فهرس المجلد الثالث من فتح القدير مع تكملته نتائج الأفكار

صفحه	مطلب
۲	كتاب البيوع -
۱۸	فصل
۲۷	باب خيار الشرط
۴۶	باب خيار الرؤية -
۵۴	باب خيار العيب -
۷۸	باب البيع الفاسد -
۱۰۵	فصل في احكامه -
۱۱۳	فصل فيما يكره -
۱۱۴	نوع منه -
۱۱۷	باب الاقالة -
۱۲۶	باب المرابحة والتولية -
۱۲۵	فصل
۱۳۴	باب الربوا -
۱۵۰	باب الحقوق -
۱۵۲	باب الاستحقاق -
۱۵۵	فصل في بيع الفضولي -
۱۶۵	باب السلم -
۱۸۷	مسائل منثورة -
۱۹۴	كتاب الصرف -
۲۰۷	كتاب الكفالة -
۲۱۲	فصل في الضمان -
۲۲۳	باب كفالة الرجلين -
۲۳۴	باب كفالة العبد وعنه -
۲۳۶	كتاب الحوالة -
۲۴۳	كتاب ادب القاضي -
۲۵۱	فصل في الحبس -
۲۶۰	باب كتاب القاضي الى القاضي -
۲۶۹	فصل آخر -
۲۸۰	باب التحكيم -
۲۹۲	مسائل شتى من كتاب القضاء
۲۹۳	فصل في القضاء بالمواريث -
۳۰۲	فصل آخر -
۳۱۰	كتاب الشهادة -
۳۲۳	فصل يتعلق بكيفية الاداء
۳۱۸	باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل -
۳۳۴	باب الاختلاف في الشهادة -
۳۴۳	فصل في الشهادة على الارث -
۳۴۵	باب الشهادة على الشهادة -
۳۵۱	فصل في تعزير شاهد الزور
۳۵۲	كتاب الرجوع عن الشهادات -
۳۶۳	كتاب الوكالة ايضا من تكملة - ۳۷۰
۳۸۸	باب الوكالة بالبيع والشراء
″	فصل في الشراء
۴۱۲	فصل في التوكيل بشراء نفس العبد
۴۱۷	فصل في البيع -
۴۳۰	فصل
۴۳۷	باب الوكالة بالخصومة والقبض -
۴۵۶	باب عزل الوكيل -
۴۶۶	كتاب الدعوى -
۴۷۷	باب اليمين -
۴۹۲	فصل في كيفية اليمين والاستحلاف -
۴۹۸	باب التحالف -
۵۱۷	فصل فيمن لا يكون خصما
۵۲۰	باب ما يدعيه الرجلان
۵۴۱	فصل في التنازع بالايدي
۵۴۸	باب دعوى النسب -
۵۶۳	كتاب الاقرار
۵۸۱	فصل
۵۸۵	باب الاستثناء وما في معناه -
۶۰۳	باب اقرار المريض -
۶۱۱	فصل في بيان الاقرار بالنسب
۶۱۸	كتاب الصلح -
۶۲۲	فصل
۶۲۵	باب التبرع بالصلح والتوكيل به -
۶۲۶	باب الصلح في الدين -
۶۲۹	فصل في الدين المشترك -
۶۳۲	فصل في التجارح -
۶۳۵	كتاب المضاربة
۶۴۱	باب المضارب يضارب
۶۴۲	فصل
۶۴۳	فصل في العزل والقسمة -
۶۴۶	فصل فيما يفعله المضارب -
۶۴۷	فصل آخر -
۶۴۸	فصل في الاختلاف -
۶۵۰	كتاب الوديعة -
۶۵۵	كتاب العارية -
۶۶۳	كتاب الهبة -
۶۷۳	باب الرجوع في الهبة -
۶۷۸	فصل
۶۸۱	فصل في الصدقة -
۶۸۲	كتاب الاجارات -
۶۸۷	باب الاجر متى يستحق -
۶۹۲	فصل
۶۹۳	باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها
۶۹۷	باب الاجارة الفاسدة -
۷۱۳	باب ضمان الاجير -
۷۱۶	باب الاجارة على احد الشرطين -
۷۱۹	باب اجارة العبد -
۷۲۳	باب الاختلاف -
۷۲۳	باب فسخ الاجارة -
۷۲۴	مسائل منثورة -
۷۳۵	كتاب المكاتب -
۷۳۷	فصل في الكتابة الفاسدة -
۷۴۳	باب ما يجوز للمكاتب ان يفعل -
۷۳۹	فصل
۷۴۰	فصل
۷۴۴	باب من يكاتب عن العبد
۷۴۵	باب كتابة العبد المشترك -
۷۴۷	باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى
۷۵۱	كتاب الولاء -
۷۵۵	فصل في ولاء المولاة -
۷۵۸	كتاب الاكراه -
۷۶۰	فصل
۷۶۳	كتاب الحجر -
۷۶۴	باب الحجر للفساد -
۷۷۲	فصل في حد البلوغ
″	باب الحجر بسبب الدين -
۷۷۷	كتاب المأذون -
۷۸۹	فصل
۷۹۳	كتاب الغصب -
۸۰۰	فصل فيما يتغير بفعل الغاصب -
۸۰۶	فصل
۸۱۳	فصل في غصب ما لا يتقوم -

فہرست کتب دینیہ سنت وجماعت موجودہ مطبع

نحمدہ ونصلی برخواطر دریا مقاطر ارباب الباب مخفی مباد کہ فہرست کتب موجودہ کارخانہ اوزہ اخبار اگرچہ بدیعہ فہرستہای جداگانہ پیوستہ اشتہار می پذیرد دیگر مناسب رفت چنین می نماید کہ اسامی بعضی کتب دینیہ سنت وجماعت از فقہ واصول وتفسیر وکلام وحدیث کہ مناسبت تام باین کتاب داشتہ باشد بنابر اطلاع علما وفضلا وشائقین وماہرین این علوم کہ اطلاع موجود بودنش راذریعہ رفیعہ باشد بقلم دہ می شود وآن اینست

کتب فقہ عربی واصول فقہ

فتاوای عالمگیری تمام وکمال
شرح الیاس شرح مختصر الوقایہ
ہدایہ شریف کامل مع ترجمہ فارسی
ہدیۃ المختار شرح رسالہ عضدیہ
احیاء العلوم عربی ہر چہار جلد
مختصر الوقایہ
جامع الرموز
شرح وقایہ محشی بحواشی مختلفہ
شرح وقایہ مع جلپی
فتاوای کنز الدقائق عربی
فرائض شریفی شرح سراجیہ
نور الانوار مع قمر الاقمار
مجموعہ تنقیح وتوضیح
وتلویح مع جلپی
شیخ الاسلام حاشیہ تلویح
ملا خسرو حاشیہ تلویح
کفایہ حاشیہ ہدایہ مع ہدایہ محشی بحواشی مختلفہ
عینی شرح ہدایہ تمام وکامل

کتب فقہ فارسی واردو

ترجمہ اردو در مختار ہر چہار جلد
حقیقۃ الصلوٰۃ
سبیل الجنان
فتاوای برہنہ تمام وکامل
مالابد منہ فارسی
کشف الحاجات یعنی مالابد اردو
مذاق العارفین ترجمہ احیاء العلوم کامل
شرح وقایہ فارسی
نور الہدایہ ترجمہ اردو شرح وقایہ
ترجمہ اردو وکنز الدقائق
حجج الحج مسمی بغایۃ الشعور
فتاوای السراج
رسالہ فرائض
مسلک المتقین
عمدۃ البضاعت فی مسائل الرضاعت
تذکرۃ الجمعہ
احکام العیدین
موضح الحق
ہزار مسئلہ
شرع محمدی
رسالہ کامل باب الحج
سراج السالکین
فضائل الشہور والایام
خیرت الفقہ
ضمان الفردوس

کتب تفسیر ومثل آن

تفسیر کشاف
خلاصۃ الکشاف
بیضاوی شریف
تفسیر اتقان
تفسیر جلیل المقدر سراج المنیر
ملا لین حاشیہ جلالین
جواہر القرآن مترجم
مجموعہ زینت القاری
تفسیر سورہ یوسف منظوم
تفسیر زاد الاخرۃ
تفسیر حسینی تمام وکامل
تفسیر سورہ فاتحہ
رموز القرآن
فضائل القرآن
تفسیر التفاسیر فی تحریر الانوار
میزان الفرقان

کتب احادیث واوراد

مسطلانی شریف شرح صحیح بخاری شریف کامل
صحیح مسلم مع نووی شریف
شرح حصن حصین
مجربات دیربی
شرح سفر السعادت
تعبیر الرویا
تحفۃ الاخیار ترجمہ مشارق الانوار
سنن ابی داؤد
اوراد نقشبندی
سید الاوراد
ترجمہ مجربات دیربی
ترجمہ تعبیر الرویا مسمی بتبادیل المنام
مصباح الادلہ ترجمہ عوارف المعارف
کیمیای سعادت
اکسیر ہدایت ترجمہ کیمیای سعادت
شرح مثنوی شریف تصنیف مولانا
بحر العلوم رح
انوار محمدی
تحقیق الانساب

إن الله على كل شيء قدير

قد طبع المجلد الثالث من الكتاب المستطاب الذي يزري بزهوها على الأنوار البهية الكاشف لمعضلات

الهداية الحاوي لمسائل الفقه الحنفية المستجمع لحقائق الرواية والمستكمل لدقائق الدراية الشهير

بالفتح القدير

مع متنه

البداية

للعلامة النحرير الإمام العلم السيد الفقيه الكامل الكمال في الحديث والتفسير شيخ الإسلام كمال الدين محمد المعروف بابن الهمام

أسكنه الله بحبوحة دار السلام تصحيح الفاضل العريف العلام مولانا محمد عظيم حسين النجيرآبادي حفظه الله ذو الإياد

في المطبع الميمنة مطابع دار الى نولكشور الواقع في لكهنؤ

بمحروسة مصر

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع

قال البيع ينعقد بالايجاب والقبول

كتاب البيوع عرف ان مشروعات الشارع منقسمة الى حقوق الله تعالى خالصة وحقوق العباد خالصة وما اجتمع فيه الحقان وحقه تعالى غالب وما اجتمعا فيه وحق العباد غالب فحقوقه تعالى عبادات وعقوبات وكفارات فابتدأ المصنف بحقوق الله تعالى الخالصة حتى اتى على آخر انواعها ثم شرع في حقوق العباد وهي المعاملات ثم في ترتيب خصوص بعض الابواب على بعض مناسبات خاصة ذكرت في مواضعها وقع في آخرها بترتيب اول اقسام حقوق العباد اعني البيع على الوقف ووجهه ان الوقف اذا صح خرج المملوك عن ملك الواقف لا الى مالك وفي البيع الى مالك فنزل الوقف في ذلك منزلة البسيط من المركب والبسيط مقدم على المركب في الوجود فقدم في التعليم كهذا ذكر ولا يخفى شروعه في المعاملات من زمان فان ما تقدم من اللقطة واللقيط والمفقود والشركة من المعاملات ثم البيع مصدر فقدر به المفعول فيجمع باعتباره كما يجمع المبيع وقد يراد به المعنى وهو الاصل فيجمع باعتبار انواعه فان البيع يكون سلما وموجبا الدين بالعين وقلبه وهو البيع المطلق وصرفا وهو بيع الثمن بالثمن ومقايضة بيع العين بالعين وبجيار ومنجزا وموجل الثمن ومرابحة وتولية ووضيعة وغير ذلك والبيع من الاضداد يقال باعه اذا اخرج العين عن ملكه اليه وباعه اي اشتراه ويتعدى بنفسه وبالحرف باع زيد الثوب وباعه منه واما مفهومه لغة وشرعا فقال فخر الاسلام البيع لغة مبادلة المال بالمال وكذا في الشرع لكن زيد فيه قيد التراضي انتهى والذي يظهر ان التراضي لا مدخلية له في اللغة ايضا فانه لا يفهم من باعه وباع زيد عبده الا انه استبدل به بالتراضي وان الاخذ غصبا واعطاء شيء آخر من غير تراض لا يقول فيه اهل اللغة باعه وشرعية البيع بالكتاب هو قوله تعالى واحل الله البيع والسنة وهي قوله عليه السلام يا معشر التجار ان بيعكم هذا يحضره اللغو والكذب فشوبوه بالصدقة وبعث عليا يعلمه والسلام والناس مبتلون بالبيوع فتقرر حكمه عليه والاجماع منعقد عليه وسبب شرعيته تعلق البقاء المقدور فيه لله تعالى على وجه جميل وذلك ان الانسان لو استقل بانتاج بعض حاجاته من حرث الارض ثم بذر القمح وخدمته وحراسته وحصده ودراسته ثم تذريته ثم تنظيفه وطحنه وعجنه لم يقدر على مثل ذلك في الاكثر ان لم نقل في الكل وان قدر فبتعاطيه سن الحرث والبذر الى غير ذلك فلا بد من ان تدفعه الحاجة الى ان يشتري شيأ ويبتدئ من اول شيء فلو لم تشرع البيع سببا للتمليك في البدلين لاحتاج

اذا كانا بلفظ الماضي مثل ان يقول احدهما بعت والآخر اشتريت لان البيع
انشاء تصرف والانشاء يعرف بالشرع والموضوع للاخبار قد يستعمل فيه فيعقد به

الى ان يوخذ على التغالب والمقاهرة او السؤال او الشجاعة او غيرها حتى يموت وفي كل منهما لا يخفى من الفساد وفي الثاني من الذل والصغار ما لا يقدر عليه كل احد ويزري بصاحبه فكان في شرعية بقاء المكلفين المحتاجين ودفع حاجاتهم على النظام الحسن وشرطه في المباشر التمييز والولاية الشرعية الكائنة عن الملك او وكالة او وصية او قرابته وغير ذلك فصح بيع الصبي المعتوه الذين يعقلان البيع واثره وفي البيع كونه مالا متقوما شرعا متعذر التسليم في الحال او في ثاني الحال فيخل بالسلم وقد قالوا شروطه منها شرط الانعقاد وهو التمييز والولاية وكون البيع متقوما ومنها شرط النفاذ وهو الملك والولاية حتى اذا باع ملك غيره توقف النفاذ على الاجازة ممن له الولاية وادراكه الفعل المتعلق بالبدلين من المتخاطبين او من يقوم مقامهما الدال على الرضا بتناول الملك فيهما وهذا مفهوم لا اسم شرعا وقد يكون ذلك الفعل قولا وقد يكون فعلا غير قول كما في التعاطي كما سيأتي وقد يكون الرضا ثابتا وقد لا يكون فان لفظ بعت مثلا ليس علة لثبوت الرضا بل امارة عليه فقد يتحقق مع انتفائه كالقيم الرطب لا بائع فكذا يتحقق بعت واشتريت ولا رضا كما في بيع المكره وعلى هذا ما اخترناه من ان حقيقة التراضي ليس جزءا من مفهوم البيع الشرعي بل شرط ثبوت حكمه شرعا قوله البيع ينعقد بالايجاب والقبول يعني اذا سمع كل كلام آخر ولو قال البائع لم اسمع وليس به صمم وقد سمعه من في المجلس لا يصدق ثم المراد بالبيع هنا المعنى الشرعي الخاص المعلوم حكمه وانما قلنا هذا لان قال ينعقد بالايجاب والقبول فجعلهما غيره يثبت هو بهما مع ان البيع ليس الا الايجاب والقبول لانهما ركناه على ما حققناه آنفا من ان ركنه الفعل الدال الى آخره هذا ولكن الظاهر ان المراد بالبيع هنا ليس الا نفس حكمه لا معنى له ذلك الحكم وما قيل البيع عبارة عن معنى شرعي يظهر في المحل عند الايجاب والقبول حتى يكون العاقد قادرا على التصرف ليس غير الحكم الذي هو الملك لانه هو الذي يثبت به قدرة التصرف والتحقق من الشرع ليس الا ثبوت الحكم المسلوم من تبادل الملكين عند وجود الفعلين اعني البشرطين جوضعها سببا له شرعا وليس هنا شيء ثالث فالملك هو قدرة يثبتها الشارع ابتداء على التصرف فخرج نحو الوكيل فاذا امتنع ان يراد الفعل الخاص لزم الآخر والايجاب لغة الاثبات لاي شيء كان والمراد هنا اثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع اولا سواء وقع من البائع كبعت او من المشتري كان يبتدي المشتري فيقول اشتريت منك هذا بالف والقبول الفعل الثاني وكل منهما ايجاب اي اثبات فسمي الاثبات الثاني بالقبول تمييزا له عن الاثبات الاول ولانه يقع قبولا ورضا بالفعل الاول وحيث لم يصح ارادة اللفظين بالبيع بل حكمهما وهو الملك في البدلين وجب ان يراد بقوله ينعقد يثبت اي الحكم فان الانعقاد انما هو للفظين لا للملك اي انضمام احدهما الى الآخر على وجه يثبت اثره الشرعي وقولنا في القبول انه الفعل الثاني يفيد كونه اعم من اللفظ فهو كذلك فان من الفروع ما لو قال كل هذا الطعام بدرهم فاكله تم البيع واكله حلال والركوب واللبس بعد قول البائع اركبها بمائة والبسه بكذا رضا بالبيع وكذا اذا قال بعتكه بالف فقبضه ولم يقل شيئا كان قبضه قبولا بخلاف بيع التعاطي فانه ليس فيه ايجاب بل قبض بعد معرفة الثمن فتفطن سيأتي مثله ففي جعل مسئلة القبض بعد قوله بعتكه بالف من صور التعاطي كما فعل بعضهم نظر وفي فتاوى قاضي خان قال اشتريت منك هذا بكذا فتصدق به على هو لا فقبل البائع قبل ان يتفرقا جاز وكذا اشتريت منك هذا الثوب بكذا فاقطعه لي قميصا فقطعه قبل التفرق وقوله اذا كانا بلفظ الماضي مثل ان يقول احدهما بعت والآخر اشتريت قال المصنف لان البيع انشاء تصرف اي اثبات تصرف يفيد حكما يثبت جبرا والانشاء على هذا الوجه لا يعرف الا بالشرع لما فيه من اثبات معنى يكون اللفظ علة له والعبد لا يقدر على ذلك لانه قدرة الاخبار عن الكائن او ما سيكون وطلبه فقولهم من الانشاء التمني والترجي والتقسيم والاستفهام اصطلاح في تسميته بالاخبار جلعنا ويطابقه او لا يطابقه انشاء وهو يعم ما ذكر وغيره مما بيناه الا ترى ان لفظ لعل زيدا ياتي وليت لي مالا يليس عند طلب ترجي ذلك وتمنيه بل دال على الترجي والتمني القائمين بالمتكلم كانه اخبر عن قيامهما به غير ان اهل الاصطلاح لا يسمونه اخبارا لما قلنا بخلاف بعت طالق فانه علة يثبت به شرعا ما ان لا قدرة للمتكلم على اثباتها والحاصل ان الانشاء على هذا الوجه لا يمكن الا ممن له الخلق والامر تبارك الله رب العالمين

ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح وقدم الفرق هناك وقوله رضيت بكذا اعطيتك بكذا او خذه بكذا في معنى قوله بعت واشتريت لانه يؤدي معناه والمعنى هو المعتبر في هذه العقود

سواء سمي غيره انشاء اصطلاحا اولا واذا كان الانشاء لا يعرف الا بالشرع ولم يضع له في اللغة لفظ يخصه استعمل الشرع في اثباته من اللغة لفظ الخبر اي وضعه علة لاثباته تعالى ذلك المعنى عنده فينعقد اي يثبت به واما تعليله بان لفظ الماضي اول على الوجود فانه لا يصدق الا تحقق الوجود سابقا فاختير له فربما يعطى قصر العلية عليه وليس كذلك بل الوجه انه تعليل لاولوية لفظ الماضي بان يستعمل فيه من غيره فانه لا يقتصر عليه كما ستسمع **قوله** ولا ينعقد بلفظين احدهما بلفظ المستقبل بخلاف النكاح فانه اذا قال زوجني فقال زوجتك ينعقد بمجرد ذلك اما البيع فاذا قال بعنيه بالف فقال بعتك لا ينعقد حتى يقول الاول اشتريت ونحوه مما قال الطحاوي انه قد ينعقد بثلاثة الفاظ قال وقدم الفرق هناك يعني قوله لان هذا توكيل يعني زوجني فاذا قال زوجتك كان ممتثلا امر الموكل مزوجا له وليا لمن زوجهما والواحد يتولى طرفي عقد النكاح بخلاف البيع وقدمنا من قال ان لفظة الامر في النكاح جعلت ايجابا لان النكاح لا يصح بالخطبة فيه وطلبه الابعد مراجعات وتامل واستخارة غالبا فلا يكون لفظ طلبه اعني زوجني مساومة بل تحقيقا فاعتبر ايجابا بخلاف البيع لا يكون مسبوقا بمثل ذلك فكان الامر فيه مساومة فلا تتم العقد بمجرد جواب الآخر وعلى هذا لا تتم فرق المصنف رحمه الله لانه مبني على كونه توكيلا قوله الفرق بان رد النكاح بعد ايجابه يلحق الشين بالاولياء بخلاف رد البيع فمبني على جعل الامر ايجابا ثم فيه نظر لانه لو صح لزم امتناع رجوعه بعد قوله زوجني بتك قبل قوله زوجتك لانه ايضا شين وانكسار يلحقهم وفيه ثمانية مواضع منها البيع والاجارة لا يكتفى بالامر فيهما عن الايجاب ومنها النكاح والخلع يقع فيهما ايجابا بالمخاطبة اذا قال بعه واشتر نفسك مني بالف فقال فعلت عتق المساومة في الهبة قال هب لي هذا فقال وهبته منك تمت الهبة المسابة قال لصاحب الدين ابرئ عما لك على من الدين فقال ابرأتك تمت البراءة الثامنة الكفالة قال كفل بنفس فلان لفلان فقال كفلت تمت فاذا كان ماضيا فقدم واجاز كفالة جازوا علم ان عدم الانعقاد بالمستقبل هو اذا لم يتعاد فا على نية الحال اما اذا تعاد فا على اثبات البيع في الحال فينعقد به في المقضاء لان صيغة الاستقبال تحتمل الحال فيثبت بالنية ذكره في التحفة في صيغة الاستقبال مطلقا وفي الكافي قصر الكلام على المضارع فقال الصحيح ما ذكره الطحاوي لان المضارع في الاصل موضوع للحال ودقوعه في الاستقبال نوع تجوز انتهى وعلى هذا ينبغي ان يقبل قوله اذا ادعاه وكذبه الآخر لانه حقيقة اللفظ بخلاف المستقبل وهو الامر فلو ادعى في قوله يعني انه اراد ومعنى اشتريته بكذا ينبغي ان لا يصدقه القاضي مثال ذلك ان يقول ابيع منك هذا بكذا او اعطيتكه فقال اشتريته او اخذته ونوى الايجاب للحال والحق ان المراد بالمستقبل الذي ينعقد به بنية الحال هو المضارع وتسميته مستقبلا على احد القولين والا فالمختار انه موضوع للحال واما الامر فلا يوجد في شيء من الكتب التمثيل به لذلك مع انه هو المستقبل في الحقيقة وذلك لانه انشاء وبينهما من الجهات كمال الانقطاع فلا يجوز به فيه فلا يقال بعته والمراد اشتريته فلا ينعقد به الا في قوله خذه بكذا فينعقد لثبوت الايجاب قضاء ومثل الامر المقرون بالسين نحو سابيعك فلا يصح بيعا ولا يجوز به في معنى بعتك في الحال فان ذكر السين ينافض ارادة الحال واعلم ان كون الواحد لا يتولى طرفي العقد في البيع مخصوص منه الاب يشتري مال ابنه لنفسه ويبيع ماله منه والوصي عند ابي حنيفة اذا اشترى لليتيم من نفسه ولنفسه منه بشرط المعروف في باب الوصية وقيده في نظم الزندويسي بما اذا لم يكن نصب القاضي **قوله** وقوله رضيت هذا بدرهم فقال بعتك وقال اشتريته بدرهم فقال رضيت فقال اعطيتك بكذا فقال فعلت او اخذت او اخذت كل هذه الالفاظ من قبل البائع او المشتري يتم بها البيع لافادتها اثبات المعنى والرضا به وكذا الفظة خذه بكذا ينعقد به اذا قبل بان قال اخذته ونحوه لانه وان كان مستقبلا لكن خصوص مادته اعني الامر بالاخذ يستدعي سابقة البيع فكان كالماضي الان استدعاء الماضي سبق البيع بحسب الوضع واستدعاء خذه سبقة بطريق الاقتضاء فهو كما اذا قال بعتك عبدي هذا بالف فقال فهو حر عتق وثبت

ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقق المراضاة

اشتريت اقتضاء بخلاف ما لو قال هو حر بلا فاء لا يعتق وانما صح بهذه ونحوها لانها تؤدي معنى البيع والمعنى هو المعتبر في هذه العقود الا يرى الى قالوا لو قال وهبتك وهبت لك هذه الدار وهذا العبد بثوبك هذا فرضي فهو بيع بالاجماع قالوا انما قال في هذه العقود احترازا عن الطلاق والعتاق فان اللفظ فيها يقام مقام المعنى وانت تعلم ان اقامة اللفظ مقام المعنى اثر في ثبوت حكمه بلا نية ليس غير فاذا فارقت هذه العقود ذلك اقتضاء ان لا يثبت بمجرد اللفظ بلا نية فلا يثبت بلفظ البيع حكمه الا اذا اراد به ح فلا فرق بين بعت وابيع في توقف الانعقاد به في النية ولذا لا ينعقد بلفظ بعت هز لا فلا معنى لقوله ينعقد بلفظ الماضي ولا ينعقد بالمستقبل ثم يقيده بما اذا لم ينو به فانه ينعقد به في الماضي وغيره بالنية ولا ينعقد بالماضي وغيره بلا نية ومن الصور لفظة نعم تصح ايجابا في قول المستفهم ابتبعني عبدك بالف فقال نعم فقال اخذته فهو بيع لازم وكذا ابعتك منها اشتريته منك بالف فقال نعم او هات الثمن وكذا اذا قال هذا علي بالف فقال قبلت ولو قال هو لك بالف او هو لك وان اعجبك وان اردت فقال وقبضي او عجبني او اردت انعقد ولو قال بعتكه بكذا بعد وجود مقدمات البيع فقال اشتريت ولم يقل منك صح وكذا على العكس وكذا اذا قال بعد معرفة الثمن ان ادت ثمنه فقد بعته منك فادى في المجلس جاز استحسانا فروع في اختلاف الايجاب والقبول قال بعتكه بالف فقال اشتريت بالفين جاز فان قبل البائع الزيادة ثم بالفين والا صح بالف اذ ليس له ولاية ايجاب الزيادة في ملكه بلا رضاه ولو قال اشتريته بالفين فقال البائع بعتكه بالف جاز كانه قبل بالفين وحط عنه الف او لو ساومه بعشرة فقال بعشرين قبضه من يده ولم يمنعه لزم بعشرة فلو كان في يد المشتري من اول الامر فذهب به الباقي بحاله فبعشرين عندهم جميعا وقال الطحاوي يلزمه باحدهما كلاما مطلقا ولو قال بعتكه بالف بعتكه بالفين فقال قبلت الاول بالف لم يجز لان البائع قد رجع عنه وليس كذا في الطلاق والعتاق فان قال قبلت البيعين جميعا بثلاثة الاف فهو كقوله قبلت الآخر بثلاثة الاف يعني يكون البيع بالفين والالف زيادة ان شاء قبلها في المجلس وان شاء رد ها وكذا بالف بمائة دينارا نما يلزمه الثاني وقيل يلزمه الثمنان والاول في الزيادات فهو وجه واذا قبل الزيادة في المجلس لزم المشتري

قوله ولهذا ينعقد اي ولان المعتبر هو المعنى ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس قيل النفيس نصاب السرقة فصاعدا والخسيس ما دونها وقوله هو الصحيح احتراز عن قول الكرخي انه انما ينعقد بالتعاطي في الخسيس فقط واراد بالخسيس الاشياء المحقرة كالبقل والرغيف والبيض والجوز استحسانا للحاجة قال ابو معاذ رأيت سفيان الثوري جارا لي صاحب لزمان فوضع عنده فلسا فاخذ رمانة ولم يتكلم ومضى وجه الصحيح ان المعنى وهو الدلالة على التراضي يشمل الكل وهو الصحيح فلا معنى للتفصيل وفي الايضاح هو خلاف ما ذكره محمد في الاصل في مواضع انتهى وفي شرح الجامع الصغير لفخر الاسلام في رجل قال الرجل يعني هذا العبد لفلان فاشتراه له ثم انكر ان يكون فلان امره بذلك ثم جاء فلان فقال انا امرته قال باخذه فلان فان قال لم امره فقد كان اشتراه له لم يكن له الا ان يسلمه المشتري له فان سلمه واخذه الذي اشتراه له كان بيعا للذي اخذه من المشتري وكان العهدة عليه اي للاخذ على المفتري قيل على صحة التعاطي في النفيس وفي المنتقى له على آخر الف درهم فقال الذي عليه المال للذي له المال اعطيك بمالك دنانير فساومه بالدنانير ولم يقع بيع ثم فارقه فجاءه بها فدفعها اليه يريد الذي كان ساومه عليه ثم فارقه ولم يستانف بيعا جاز الساعة وكذا لو ساومه رجلا بشيء وليس معه دعا ثم فارقه وجاء بالدعا فاعطاه الثمن وكالى له جاز ومن صوره ما اذا اجار المودع بامة غير المودعة وقال هذه امتك والمودع يعلم انها ليست اياها وحلف فاخذها فعل المودع للمودع وللامة التمكين وعن ابي يوسف لو قال للخياط ليست هذه بطانتي فخالف الخياط انتهى وسعه اخذها ومنها قول الدلال للبزاز هذا الثوب بدرهم فقال ضعه وفي اجناس الناطفي لو قال بكم تبيع قفيز حنطة فقال بدرهم فقال اعزله فعزله فهو بيع وكذا لو قال للقصار مثله فوزنه وهو ساكت فهو بيع

قال واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار ان شاء قبل في المجلس وان شاء رجع وهذا خيار القبول لانه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه واذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر فلم يجب ان يرجع خلوه عن ابطال حق الغير وانما يمتد الى آخر المجلس لان المجلس جامع للمتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة

حتى لو امتنع من دفع الثمن واخذ اللحم او امتنع القصار من دفع اللحم اجبر هما القاضي وكذا اذا قال زن لي ما عندك من اللحم على حساب ثلاثة ارطال بدرهم فوزن بخلاف ما لو قال زن لي ثلاثة ارطال فوزنها له الخيار لانه ليس بمعلوم بخلاف ما لو قال من هذا الجنب ومن الفخذ فكذا قوله لمن جاء يوقر بطيخ فيه الكبار والصغار بكم عشرة من هذه فقال بدرهم فعزل عشرة اختارها فذهب بها والبائع ينظر او عزل البائع عشرة فقبلها المشتري ثم ابيع واختلف في ان قبض البدلين شرط في بيع التعاطي او احدهما كاف والصحيح الثاني ونص محمد رح على ان بيع التعاطي يثبت بتقابض احد البدلين وبه نأخذ ثم نظم الثمن والمبيع ونصه في الجامع على ان تسليم المبيع يكفي لا يقضي الآخر ومنها لو رد بالخيار العيب والبائع متيقن انها ليست فاخذها ورضي فهو بيع بالتعاطي

قوله واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار وهذا خيار القبول ان شاء قبل وان شاء رده وللموجب ايها كان بائعا او مشتريا ان يرجع قبل قبول الآخر عن الايجاب لانه لم يثبت له حق يبطله الآخر بالمعارض اقوى لان الثابت له بعد الايجاب حق التملك والموجب هو الذي اثبت له هذه الولاية فله ان يرفعها كعزل الوكيل ولو سلم فلا يعارض حق التملك حقيقة الملك فلو لم يجز الرجوع لزم تعطيل حق الملك بحق التملك ودلالة الاجماع تنفيها لا يرى ان للاب حق التملك لمال ولده عند الحاجة وقيل تملكه بالفعل كان للولد ان يتصرف فيه كيف شاء ولو صادف والبائع قبول المشتري بطل واورد في الكافي الزكوة المبيعة ليس للمشتري ان يؤديها بالشبوت حق التملك للفقير وحاصل جوابه ان الاصل الموجب للدفع قائم وهو النصاب انما الغائب وهو الغنا وبعد اتحاد السبب حكما تم الامر وفيما نحن لم يوجد الاصل بل شطره فلا يكون البيع موجودا وله ان يقبل ما دام المجلس قائما فان لم يقبل حتى اختلف المجلس لا ينعقد فاختلافه باعتراض ما يدل على الاعراض من الاشتغال بعمل آخر ونحوه ما لو قام احدهما فلم يذهب فظاهر الهداية وعليه مشى جمع انه لا يصح القبول بعد ذلك واليه ذهب قاضي خان حيث قال فان قام احدهما بطل يعني الايجاب لان القيام دليل الاعراض فان قبل الصريح اقوى من الدلالة فلو قال بعد القيام قبلت ينبغي ان لا يثبت الاعراض قلنا الصريح انما كان اقوى ما دام الايجاب بعد قيامه وههنا لم يبق فان الاصل ان لا يبقى اللفظ بعد الفراغ منه ولا يجتمع قوله قبلت به الا ان للمجلس اثرا في جميع المتفرقات وبالقيام لا يبقى المجلس وقال شيخ الاسلام في شرح الجامع اذا قام البائع ولم يذهب عن ذلك المكان ثم قبل المشتري صح واليه اشير في جمع التفاريق وبه اشرح في قوله فيما يأتي وايهما قاما او اخرج وعلى اشتراط اتحاد المجلس اذا تبايعا وهما يمشيان او يسيران ولو كانا على دابة واحدة فاجاب الآخر لاختلاف المجلس في ظاهر الرواية واختار غير واحد كالطحاوي وغيره انه ان اجاب على فور كلامه متصلا جاز وفي انحلاعه عن الاول اذا اجاب بعد ما مشى خطوة او خطوتين جاز لانهما اذا كانا يمشيان شيأ متصلا لا يقع الايجاب الا في مكان آخر الا شبهة لو كان المخاطب في صلاة وفريضة فوجهه منها واجاب صح وكذا لو كان في نافلة يضم الى ركعة الايجاب الآخر ثم قبل بخلاف ما لو اكلها ريعافي يده وكوز نشرب ثم اجاب جاز وكذا الوكيل لقمة لا يبتدل المجلس الا اذا اشتغل بالاكل ولو تاجا بالبيعين لا يختلف لو مجتمعين او احدهما في فرقة وبالبيت فلو عقدا وهي تجري فاجاب الآخر لا ينقطع المجلس بجريان لانها لا يملكان ايقافها وقيل يجوز في الماشيين ايضا ما لم يتفرقا بدابتهما اما السير فلا فرق فلا وهكذا في خيار المخيرة بخلاف سجدة التلاوة ولو قال بعتك بالف ثم قال لآخر بعتك بالف فقبلا فهو للثاني لا للاول ولو قال بعتكه بكذا فلم تقبل حتى قام البائع في حاجته بطل **قوله** والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة صورة الكتاب ان يكتب اما بعد فقد بعت عبدي منك بكذا فلما بلغه وفهم ما فيه قال قبلت في المجلس انعقد والرسالة ان يقول ارسلني فلان وقال بع عبدك من فلان بكذا فاذا ذهبت يا فلان فاخبره فذهب فاخبره فقبل وبه الان الرسول يقبل

وليس له ان يقبل في بعض المبيع ولا ان يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضاء الآخر بتفريق الصفقة الا اذا بين

ثمن كل واحد لانه صفقات معنى وايهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض والرجوع وله ذلك على ما ذكرنا

فلما قبل اتصل لفظه بلفظ الموجب حكما فلو بلغه بتغيير امره لم يجز لانه ليس سؤالا بل فضولي ولو كان قال بلغه يا فلان فبلغه غيره فقبل جاز ولو كان الكتاب بعينه بكذا فكتب بعتكه لا يتم بالقبول الاول قيدت وبما ذكرنا في المبسوط لو كتب اليه بعتي بكذا فقال بعتك يتم البيع وليس مراد محمد بهما من هذا سوى الفرق بين النكاح والبيع في شرط الشهود والبيان اللفظ الذي ينعقد به البيع وقبل بالفرق بين الحاضر والغائب فبمضي من الحاضر يكون سكوتا فائدته واما من الغائب بالكتابة فيراد به احد شطري العقد هذا وليصح رجوع الكاتب والمرسل عن الايجاب الذي كتبه وارسله قبل بلوغ الآخر وقبوله سواء علم الآخر او لم يعلم حتى لو قبل الآخر بعد ذلك لا يتم البيع بخلافهما لو وكل ببيع ثم عزل الوكيل قبل البيع فباع الوكيل فانه مالم يعلم الوكيل بالعزل قبل البيع فبيعه نافذ وعلى هذا الجواب في الاجارة والهبة والكتابة فاما الخلع والعتق على مال فانه يتوقف شطر العقد في حق المرأة والعبد بالاجماع اذا كانا قابلين على القبول في مجلس بلوغ الخبر بخلاف العكس وهو ان تقول المرأة خالعت زوجي وهو غائب ويقول العبد قبلت عتق سيدي الغائب على الف فانه لا يتوقف بالاجماع وفي النكاح مر الخلاف فعند ابي يوسف يتوقف وعندهما لا قوله وليس له ان يقبل الخ يعني الا ان يرضى الآخر بذلك بعد قبوله في البعض فيكون البيع مما ينقسم الثمن عليه بالاجزاء كعبد واحد او مكيل او موزون فاما اذا كان مما ينقسم الا بالقيمة كثوبين وعبدين لا يجوز وان قبل الآخر وانما تكلم على عبارة الكتاب هذا فاعلم ما وقع فيها تجاذب فنقول الظاهر من نظم الكلام ان ضمن له في قوله وليس له راجع الى احد المتعاقدين في قوله واذا او جب احد المتعاقدين البيع او للآخر وحينئذ يكون اعم من البائع والمشتري فمعناه في البائع انه اذا اوجب المشتري البيع بان قال اشتريت هذا الاثواب وهذا الثوب بعشرة فليس للبائع ان يقبل في بعض المبيع من الاثواب والثوب لعدم رضا الآخر بتفريق الصفقة لانه قد يتعلق غرضه بالجملة بسبب حاجته الى الكل ويتعسر عليه تحصيل باقي الاثواب لغلاتها ونبعضها لا لقوم بحاجته فلو الزمنا البيع في البعض انصرف ماله ولم تندفع حاجته وتضرر بذلك من الامور واما في المشتري فمعناه اذا اوجب لبائع البيع فليس للمشتري ان يقبل في بعضه اذ يتضرر بتفريق الصفقة لان العادة ان يضم البائعون البعض الى الردي ليروجوه فلو الزمناه البيع بقي الردي وذهب ما يروجه فيتضرر بذلك ومعلوم ان القبول في بعض المبيع يكون بعض الثمن فحذفه للعلم به لكن على هذا لا حاجة لقوله ولا ان يقبض المشتري ببعض الثمن لان ذاك يستفاد من العبارة الاولى اللهم الا ان يقال ضمير كون للبائع ولفظ المشتري بالنظر للغالب والمعول لتصحيح كلامه انتهى وليس للبائع ان يقبل في بعض المبيع الذي اوجبه المشتري البيع ولا ان يقبل المشتري في بعض الثمن فاذا كان الموجب هذا البائع فالحاصل ان عدم صحة القبول في البعض للزوم تفريق الصفقة فيجب ان يعرف بما اذا اتحد او تعدد ليعلما علم انه تارة يكون من تعدد القائل وتارة من غيره فما من تعدد القائل امتناعه لما فيه من الزام الشركة مثلا ان يقول البائع للمشتريين بعتكما هذا بالف فقال احدهما اشتريت دون الآخر تعدد فلا يلزم لانه لو تم تم في النصف لانه انما خاطبها بالكل فكان مخاطبا كلا بالنصف فلو لزم صار شريكا للبائع فدخل عليه عيب الشركة بلا رضاه وكذا لو قال رجل لمالكي عبدين اشتريت كما هذه بالف فباعها احدهما دون الآخر فان بيعه اياهما في نصيب فتعددت فلما تم تضرر المشتري الموجب بالشركة ايضا واذا كان الموجب اثنين خاطبا واحدا فقالا بعناك او اشتريا منك هذا بكذا فاجاب هو في بعضه لا يلزم لكن لا لتعدد العاقد بل لاجابته في البعض لا لترى ان الموجب فيهما لو كان واحدا والباقي بحاله كان من تعدد الصفقة ايضا فعرف ان هذا من جهة آخر هي من تعدد العاقد واما من غيره فبصورتين احدهما ان يوجب البائع في مثلين او واحد قيمي او مثلي فيقبل في البعض او يوجب المشتري فيما ذكرنا بان يقول اشتريت منك يكذا فيقبل البائع في البعض فان في كل منهما الصفقة واحدة فاذا قبل في بعضها فرقها فلا يصح فلو كان بين ثمن كل منهما فلا يخلو اما ان يكون بلا تكرار لفظ البيع او بتكراره فيما اذا كرره فبالاتفاق على انه صفقتان فاذا قبل في احدهما يصح مثل ان يقول بعتك هذين العبدين بعتك هذا بالف وبعتك هذا بالف

واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب او عدم رويته
وقال الشافعي رح له ثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ولنا ان في القول به ابطال حق الغير فلا يجوز والحديث محمول على خيار القبول وفيه اشارة اليه فانهما متبايعان حال المباشرة لا بعدها او يحمل فيحمل عليه والتفرق فيه تفرق الاقوال

او اشتريت منك هذين بهذا الف وهذا بالف كذا في موضع وفي موضع ان يقول بعتك هذين بهذا الف وهذا بالفين وفيما اذا لم يكرره مثل بعتك هذين بهذا بمائة وهذا بمائة قظاهر الهداية انه صفقتان وبه قال بعضهم وقال آخرون صفقة واحدة وان مراد صاحب الهداية اذا كرر لفظ البيع فاما اذا لم يكرره وقد اتحد الايجاب والقبول والعاقد ولم يتعدد الثمن فالصفقة واحدة قياسا واستحسانا فليس لان يقبل في احدهما دون الآخر وهو قول ابي حنيفة رح والثاني قياس وهو قولهما والوجه الاكتفاء بمجرد تفريق الثمن لان الظاهر ان فائدته ليس الا قصد بان يبيع منه ايهما شاء والا فلو كان غرضه ان لا يبيعهما منه الا جملة لم يكن فائدة لتعيين ثمن كل منهما قوله واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب او عدم رويته وهو قول مالك رح وقال الشافعي واحمد رح لهما خيار المجلس لقوله عليه الصلوة والسلام المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا او يكون البيع خيارا رواه البخاري من حديث ابن عمر رض قال قال النبي صلى الله عليه وسلم البيعان بالخيار مالم يتفرقا او يقول احدهما لصاحبه اختر وروى البخاري ايضا من حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه عنه عم البيعان بالخيار مالم يتفرقا ولنا السمع والقياس اما السمع فقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اوفوا بالعقود وهذا عقد قبل التخيير وقوله تعالى لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وبعض الايجاب والقبول تصدق تجارة من تراض غير متوقف على التخيير وقوله تعالى واشهدوا اذا تبايعتم امر بالتوثق بالشهادة حتى لا يقع التجاحد للبيع والبيع يصدق قبل الخيار بعد الايجاب والقبول فلو ثبت الخيار وعدم اللزوم قبله كان ابطالا لهذه النصوص ولا مخلص له من هذا الا ان يمنع تمام العقد قبل انقضاء الخيار بقبول العقد اللزوم يعرف شرعا وقد اعتبر الشرع في كونه ملزوما اختيار الرضا بعد الايجاب والقبول بالاحاديث الصحيحة وكذا لا تتم التجارة عن التراضي الا شرعا فانما اباح الاكل بعد الاختيار لاعتباره في التجارة عن تراض واما حديث حبان بن منقذ رح حيث قال له النبي صلى الله عليه وسلم اذا بعت فقل لا خلابة ولي الخيار فقد اثبت له اشتراط خيار آخر هو ثلاثة ايام فانما يدل على ان خيار ثلاثة ايام لا يثبت الا باشتراط في صلب العقد لا اصل الخيار ولا مخلص الا بتسليم امكان اعتبار الخيار في لزوم العقد وادعاء غير لازم من الحديث المذكور كما فعل المصنف بناء على ان حقيقة المتبايعين المتشاغلان بامر البيع لان تم البيع بينهما او انفسخ لانه مجاز والمتشاغلان يعني المتساومين يصدق عند ايجاب احدهما قبول الآخر فيكون ذلك هو المراد وهذا هو خيار القبول وبهذا حمل ابراهيم النخعي لا يقال هذا ايضا مجاز لان قبول الآخر الثابت تابع واحد لا متبايعان لانا نقول هذا من المواضع التي تصدق الحقيقة فيها بجزء من معنى اللفظ كالخبر لا حقيقة له الا حال التكلم بالخبر والخبر لا يقوم به دفعة لتصدق حقيقته حال قيام المعنى بل على التعاقب في اجزاء الضرورة. تصدق مخبرا حال النطق ببعض حروف الخبر والا لا تحقق له حقيقة ولان لفهم من قول القائل زيد وعمرو هناك متبايعان على وجه التبادر انهما متشاغلان بامر التبايع من ايجاب وقبول فيه فليكن هو المعنى الحقيقي والحمل على الحقيقة متعين فيكون الحديث دليل اثبات خيار القبول لنفي توهم انهما اذا اتفقا على الثمن وتراضيا عليه ثم ايجاب احدهما البيع يلزم الآخر من غير ان يقبل ذلك اصلا للاتفاق والراضي السابق في الزامه لكلام احدهما بعده قال المصنف او هو يحمل فيحمل عليه جمعا بين ما ذكرنا من الآيات حيث كان المتبادر الى الفهم فيها تمام البيع والعقد والتجارة عن تراض بمجرد الايجاب والقبول من غير توقف الا سمار على امر آخر لا يقال انما في خيار القبول خيار احد المتبايعين وهو الثاني القائل لا خيار لهما لانه ممنوع بل الموجب لهذا له خيار ان يرجع قبل قبول الآخر وان لا يرجع وعلى هذا فالتفرق الذي هو غاية قبول الخيار تفرق الاقوال وهو ان يقول الآخر بعد الايجاب اشتريت ويرجع الموجب قبل القبول واسناد التفرق الى الناس مراد به تفرق اقوالهم كثير في الشرع والعرف قال الله تعالى وما تفرق الذين اوتوا الكتاب الا من بعد ما جاءتهم البينة

قال والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا تفضي الى المنازعة والاثمان المطلقة لا تصح الا ان تكون معروفة القدر والصفة لان التسليم والتسلم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا هو الاصل

وقال صلى الله عليه وسلم افترقت بنو اسرائيل على ثنتين وسبعين فرقة وستفترق امتي على ثلاث وسبعين فرقة كلهم في النار الا واحدة منها في قوله او يقال احدهما الصاحبة اختر الموجب بقوله بعد ايجابه للآخر اختر اقبل اولا والاتفاق على انه ليس بمراد ان بمجرد قوله اختر يلزم البيع بل حتى يختار البيع بعد قوله اختر فكذا في خيار القبول والله سبحانه اعلم واما القياس فعلى النكاح والخلع والعتق على مال والكتابة كل منها عقد معاوضة تتم بلا خيار المجلس بمجرد اللفظ الدال على الرضا فكذا البيع واما ما يقال تتعلق حق كل من المتعاقدين ببدل الآخر فلا يجوز ابطاله فيرد منعه بان ذلك بالشرع والشرع نفاه الى فائدة الخيار بالحديث وانما يرجع الكلام فيه الى ما ذكرنا من معنى المتبايعين واما ما قيل حديث التفرق رواه مالك ولم يعمل به فلو كان المراد ذلك لعمل به فغاية في النصف اذ ترك العمل به ليس حجة على مجتهد غيره بل مالك عند محجوج به **قوله** والاعواض المشار اليه سواء كانت مبيعات كالثوب والثياب او اثمانا كالدراهم والدنانير لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع فاذا قال بعتك هذه الصبرة من الحنطة او هذه الكومة من الارز والشاشات وهي مجهولة العدد بهذه الدراهم التي في يدك وهي مرئية له فقبل جاز ولزمه لان الباقي جهالة الوصف يعني القدر وهو لا يفضي الى المنازعة لامتناع من التسلم والتسليم البتة بجهالة القيمة لا تمنع الصحة في الفتاوى قال لغيره لك في يدي ارض خربة وليس اوسع شيئا فيها مني بهذه الدراهم فتباعها وهو لا يعلم قيمتها اكثر جاز البيع بخلاف السلم لان الشيء للعوض فيه للاجل فلا يصح في المسلم فيه اتفاقا ولان في رأس مال السلم اذا كان مكيلا او موزونا عند ابي حنيفة رح لما يجيء ثم المسئلة مقيدة بغير الاموال الربوية واما الربوية اذا قوبلت بغير جنسها اما الربوية اذا قوبلت بجنسها كالحنطة بالحنطة والذهب بالذهب فلا يصح مع الاشارة اليها لاحتمال الربوا واحتمال الربوا مانع لحقيقة الربوا شرعا والمقيد بمقدارها في قوله لا يحتاج الى معرفة مقدارها احتراز عن الصبرة فانه لو اراه دراهم وقال اشتريته بهذه فوجدها زيوفا او نبهرجة كان له ان يرجع بالجياد لان الاشارة الى الدراهم كالتنصيص عليها وهو ينصرف الى الجياد ولو وجدها ستوقة او رصاصا فسد البيع وعليه القيمة ان كان اتلفها ولو قال اشتريتها بهذه الصبرة من الدراهم فوجد البائع بها فيها خلاف نقد البلد جاز ولا خيار للبائع بخلاف ما لو قال اشتريت بما في هذه الخابية ثم رأى الدراهم التي كانت فيها كان له الخيار وان كانت نقد البلد لان الصبرة يعرف مقدارها فيها من خارجها وفي الخابية لا يعرف ذلك من الخارج فكان له الخيار ويسمى هذا الخيار خيار الكمية لا خيار الرؤية لان خيار الرؤية لا يثبت في النقود **قوله** والاثمان المطلقة اي عن قيد الاشارة لا تصح حتى تكون معلومة القدر بخمسة وعشرة دراهم او اكرار حنطة بخلاف ما لو اشترى بهذا الحجر ذهبا فانه ليس عوضا مشارا اليه فان المشار اليه الحجر ولا يعلم قدر جزم بما يوزن به من الذهب فلهذا اذا اشترى بوزن هذا الحجر ذهبا فوزن به كان له الخيار وما لا يجوز البيع به البيع بقيمته او بما حمل به او بما يباع به او يصيب او برأس ماله او بما اشتراه او بمثل ما اشترى فلان فلا بد وان يعلم المشتري بالقدر في المجلس فرضية عاد جائزا وكذا لا يجوز بالف درهم الا دينارا او بمائة دينار الا درهما وكذا لا يجوز بمثل ما يبيع الناس الا ان يكون شيئا لا يتفاوت كالخبز واللحم والصفة لعشرة دراهم بخارية او سمرقندية وكرحنطة بحرية او صعيدية وهذا لانها اذا كانت مجهولة الصفة تتحقق المنازعة في وصفها فالمشتري يريد دفع الادنى والبائع يطلب الارفع فلا يحصل مقصود شرعية العقد وهو دفع الحاجة بلا منازعة واعلم ان الاعواض في البيع اما دراهم او دنانير فهي ثمن سواء قوبلت بغيرها او بجنسها وتكون صرفا واما اعيان ليست بمكيلة ولا موزونة فهي مبيعة ابدا ولا يجوز فيها البيع الا عينا لا فيما يجوز فيه السلم كالثياب ولما تثبت الثياب مبيعا في الذمة بطريق السلم يثبت دينا موجلا في الذمة على انها ثمن وح يشترط الاجل لانها ثمن بل لتصير ملحقة بالسلم في كونها دينا في الذمة فلذا قلنا اذا باع عبدا بثوب موصوف في الذمة الى اجل جاز ويكون بيعا في حق العبد حتى لا يشترط

قال ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل اذا كان الاجل معلوما لاطلاق قوله تعالى وأحل الله البيع ونفعه عليه السلام الذي اشترى من يهودي طعاما الى اجل ورهنه درعه ولان يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه مانعة عن التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالبه في قريب المدة دون بعيدها قال ومن اطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد لانه المتعارف وفيه التحري للجواز فيصرف اليه فان كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد لان يبين احدها وهذا اذا كان الكل في الرواج سواء كان الجهالة مفضية الى المنازعة الا ان ترتفع الجهالة بالبيان او يكون احدها اغلب رواجا فحينئذ يصرف اليه تحريا للجواز وهذا اذا كانت مختلفة في المالية فان كانت سواء فيها كالثنائي والثلاثي والتبر في اليوم سيم قمد ولا اختلاف فيين العدالي يقرغانة جاز البيع اذا اطلق اسم الدرهم كذا قالوا ويصرف الى ما تقدر به من اي نوع كان لانه لا منازعة ولا اختلاف في المالية

قبضه في المجلس بخلاف ما لو اسلم الدراهم في الثوب حتى شرط فيه الاجل وامتنع بيعه قبل قبضه لالحاقه بالمسلم فيه او كيل او موزون او عددي متقارب كالبيض فان قوبلت بالنقود فهي مبيعات او بامثالها من المثليات فما كان موصوفا في الذمة فهو ثمن وما كان معينا فمبيع فان كان كل منهما معينا فاصحبه حرف الباء او لفظ على ان كان ثمنا والآخر مبيعا وقال خواهرزاده رح في شهادات الجامع الكيل والموزون اذا لم يكن معينا فهو ثمن دخل عليه حرف الباء او لم يدخل فكذا لو قال اشتريت منك كذا خنطة بهذا العبد لان الصحيح الابطريق السلم فيجب ان يضرب الاجل للخنطة واعلم ان التقدير المشروط قد يكون عرفا كما يكون نصا في القضاء ولو قال اشتريت منك هذا الثوب او هذه الدار او هذه البطيخة بعشرة ولم يقل دنانير او دراهم ان كان في البلد ان يتباع الناس بالدنانير والدراهم والفلوس ينعقد البيع في الدار بعشرة دنانير في الثوب بعشرة دراهم وفي البطيخة بعشرة افلس وان كان في بلد لا يتباع الناس بهذه الجملة ينصرف الى ما يتباع الناس بذلك النقد انتهى وحاصل هذا انه اذا صرح بالعدد فتعيين المعدود من كونها دراهم او دنانير او فلوسا يثبت على ما ينبغي سبب البيع ولو وقع شك فيما ينبغي سبب وجب ان لا يتم البيع قوله ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل لاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع والثمن مؤجل بيع وفي صحيح البخاري عن عائشة رضي الله عنها اشترى رسول الله صلى الله عليه وسلم طعاما من يهودي الى اجل ورهنه درعا من حديد وفي لفظ الصحيحين طعاما بنسيئة وقد سمى هذا اليهودي في سنن البيهقي اخرجه عن جابر انه عرض رهن درعا عند ابي الشحم رجل من بني ظفر في شعير ولا بد ان يكون الاجل معلوما لان جهالته تفضي الى المنازعة في التسليم والتسلم فهذا يطالبه في قريب المدة وذلك في بعيدها ولانه عليه الصلوة والسلام في موضع شرط الاجل وهو السلم اوجب فيه التعيين حيث قال من اسلف في ثمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم وعلى كل ذلك انعقد الاجماع واما البطلان فيما اذا قال بعتك بالف حالا وبالفين الى سنة فلجهالة الثمن ومن جهالة الاجل ما اذا باعه بالف على ان يودي اليه الثمن في بلد آخر ولو قال الى شهر على ان يودي الثمن في بلد آخر جاز بالف في شهر ويمثل شرط الايفاء في بلد آخر لان تعيين مكان الايفاء مما حمل له ولا مئونة لا يضع فلو كان له حمل ومئونة صح ومنه على قول محمد رح اذا باعه على ان يدفع اليه المبيع قبل ان يدفع الثمن فان البيع فاسد لان محمدا رح علله بتضمنه اجلا مجهولا حتى لو سمى الوقت الذي يسلم اليه فيه المبيع جاز البيع واما ابو يوسف رح فانما علله بالشرط الذي لا يقتضيه العقد قوله ومن اطلق الثمن في البيع اي اطلقه على ذكر الصفة بعد تعديد العدد بان قال عشرة دراهم مثلا انصرف الى غالب نقد البلد لانه هو المتعارف فينصرف المطلق اليه فان كان اطلاق اسم الدراهم في العرف يختص بجامع وجود دراهم غير بانفو تخصيص الدرهم بالعرف القولي وهو من افراد تلك الحقيقة بدلالة العرف واذا كان التعامل بها في الغالب كان من تركها بدلالة العادة وكل منهما واجب تحريا للجواز وعدم ابطال كلام العاقل فان كانت النقود مختلفة المالية كالذهب الاشرفي والناصري بمصر لكنها في الرواج سواء فالبيع فاسد لعدم امكان الصرف الى احدهما بعينه دون الآخر فما فيه من التحكم عند التساوي في الرواج واذا لم يكن الصرف الى احدها والحالة انها متفاوتة المالية جاز لارتفاع الجهالة المفضية الى النزاع لان المشتري يريد دفع الانقص مالية والبائع يريد الاعلى فيفسد البيع الا ان ترتفع الجهالة ببيان احدهما في المجلس او بر ضاء الآخر لارتفاع المفسد قبل تقرره وصار كما لو قال الدائن لمديونه نعني هذا الثوب بعض العشرة التي لي عليك وبعني الآخر بباقي العشرة فقال نعم كان صحيحا لعدم افضاء جهالة الثمن الاول الى المنازعة بضم البيع الثاني اليه اذ به يصير ثمنها عشرة وهذا معمول على قبول الدين

فان ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة وهذا اذا باعه بخلاف جنسه

لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعدان يكون يدا بيد بخلاف ما اذا باعه

بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا ولان الجهالة غير مانعة من التسليم والتسلم فشابه جهالة القيمة

بعد قول المليون نعم ونحن وان كانت مختلفة المالية والرواج معا فالبيع صحيح ويصرف الى الاروج للوجه الذى تقدم من وجوب العمل للعرف والعادة وكذا اذا كانت متساوية المالية والرواج يصح البيع ويودى من ايهما شاء لانه لا فضل لاحدهما فلو طلب البائع احدهما بعينه كان للمشترى ان يعطيه من النصف الآخر لان الامتناع عن قبض ما اعطاه المشترى مع انه لا فضل للآخر عليه ليس فيه الا المنعنت وبهذا قلنا الدراهم والدنانير لا تتعين حتى لو اداه درهما اشترى به فباعه ثم حبسه واعطاه درهما آخر جاز يعنى اذا كانا متحدى المالية والثمانى والثلاثى اسعار دراهم كانت ببلادهم مختلفة المالية وكذا الركنى والخليفة فى الذهب كان الخليفتى افضل مالية عندهم والعدالى اسم لدرهم **قوله** ويجوز بيع الطعام وهى الحنطة ودقيقها خاصة فى العرف الماضى كما يدل عليه حديث الفطرة كنا نخرج على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من طعام او صاعا من شعير فقوله والحبوب عطف العام على الخاص ويقدر وكذا باقى اى وباقى الحبوب فلا يتناول الطعام مكايلة اى بشرط اخذه من الكيل والا فنى اللغة المكايلة ان تكيل له ويكيل لك ومجازفة اى بلا كيل ولا وزن بل بارائة الصبرة والحزر فى الاصل الاخذ بكثرة من قولهم حزف له فى الكيل اى زاد الاكثر ومرجعه الى المساهلة قال المصنف وهذا يعنى البيع مجازفة مقيد بغير الاموال الربوية اذا بيعت بجنسها فاما الاموال الربوية اذا بيعت بجنسها فلا يجوز مجازفة لاحتمال الربوا وهو مانع كحقيقة الربوا وهذا ايضا مقيد بما يدخل تحت الكيل منها وما لا يدخل كحفنة بحفنتين فيجوز وفى الفتاوى الصغرى عن محمد انه كره التمر بالتمرين فقال ما حرم فى القليل والكثير حرم فى القليل والكثير تقييد ايضا ما اذا باع غير المكيل من الربويات بجنسها كفة بكفة فانه لا يخرج عن المجازفة بسبب انه لا يعرف قدره ومع ذلك نوباع الفضة كفة بميزان جاز لان المانع انما هو احتمال الربوا وهو باحتمال التفاضل وهو منتف فيما اذا وضع صبرة فضة فى كفة ميزان ووضع مقابلتها فضة حتى وزنتها فيجوز والحديث الذى ذكره ذكره بمعناه وهو ما روى اصحاب الكتب الستة الا البخارى عنه عليه السلام انه قال الذهب بالذهب الفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كانا يدا بيد ولان هذه الجهالة غير مانعة من التسليم والتسلم لتعذر التسليم على ما تقدم فلا يمنع فشابه جهالة القيمة للبعد وبه وشاهدته فانه لو اشترى من انسان ما يساوى مائة درهم والبائع لا يعلم قيمته باع لزم البيع ويجوز بانا بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره قد قيد الانا بكونه مما لا يحتمل الزيادة والنقصان كان يكون من خشب او جديدا اما اذا كان يحتمل كالزنبيل والجوالق فلا يجوز وعلى هذا بيع ملء قربة بعينها او رواية من ماء النيل عن ابى حنيفة رح انه لا يجوز لانا لما ليس عنده ولا يعرف قدر القربة لكن اطلق فى المجرد جوازه ولا بد من اعتبار القرب المتعارفة فى البلد مع غالب السقايين ولو ملأه باصغر منها لا يقبل وكذا رواية ابن سماعة عنه يوفيه فى منزله وعن ابى يوسف رح اذا ملأها ثم تراضيا جاز كما لو قالوا باع الحطب ونحوه اجمالا لا يجوز ولو حمله على الدابة ثم باع الحمل جاز لتعين قدر المبيع فى الثانى وفى الخلاصة اشترى كذا كذا قربة من ماء الفرات جاز استحسانا اذا كانت القربة معينة وعن ابى يوسف رح ايضا يجوز فى القرب مطلقا وفى المبسوط بيع الماء فى الحياض والآبار لا يجوز الا اذا جعله فى وعاء ووجه فى المبسوط مسئلة الكتاب بان فى المعين مجازفة فيجوز فى مكيال غير معروف اولى وفيه نظر فان فى المجازفة الاشارة الى عين المبيع ثابتة لتعذر الاحاطة لمقدار حجمه واقطاره وشل هذا التعيين لا يحصل بها فى كيل غير معلوم قبل ان يعب فالاولوية ممنوعة بلا شك والوجه يقتضى ان يثبت الخيار اذا كال به او وزن للمشترى كما فى الشرائع بوزن هذا الحجر نبه النص فى جمع النوازل على ان فيه الخيار اذا علم به ومعلوم ان ذكر بالوزن وفى جمع التفاريق عن محمد رح جواز الشراء بوزن هذا الحجر وفيه اشعار ما ينفى

قال ويجوز باناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره لان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لما انه يتعجل فيه التسليم فيندر

هلاكه بخلاف السلم لان التسليم فيه متاخر والهلاك ليس ببادر قبله فيتحقق المنازعة وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز في البيع ايضا والاول اصح واظهر

ان يكون هذا محمل الرواية عن ابي حنيفة رح ان لا يجوز في البيع ايضا كما لا يجوز في السلم فقوله لا يجوز اي لا يلزم قال المصنف والاول اصح اي من جهة الرواية واظهر اي من حيث الوجه المذكور في الكتاب وحاصله ان الجهالة وان كانت ثابتة لكنها لا تفضي الى المنازعة وهي المنافية وذلك لانه يتعجل فيندر بالهاكه بخلاف السلم لانه متعجل فقد يهلك ذلك الكيل والوجن ويتعذر تسليم المسلم ولا يخفى ان هذا الوجه لا ينفي ثبوت الخيار واقرب الامور الى ما نحن فيه قول ابي حنيفة رح في المسئلة التي حل هزروهي ما اذا باع صبرة على تفاضل بدرهم انه اذا كان في المجلس حتى عرف المقدار صح وثبت الخيار لانتفاء المفسد كما اذا اراه ولم يكن رآه مع ان الفرض انه رأى الصبرة قبل الكيل ووقعت الاشارة اليها لكن هذه الرواية اتم وصار كما اذا رأى الدهن في قارورة زجاج فانه يثبت الخيار بعد صبه هذا وقد روي عن ابي يوسف رح اشتراط كون ما يوزن به لا يحتمل النقصان حتى لا يجوز بوزن هذه البطيخة ونحوها لانها تنقص بالجفاف ونحو ولبعضهم على ذلك وليس شيء فان البيع يوزن حجر بعينه لا يصح الا بشرط تعجيل التسليم ولا جفاف يوجب النقصان في ذلك الزمان وما قد يفرض من تاخره يوما او يومين ممنوع بل لا يجوز ذلك كما لا يجوز الاسلام في وزن ذلك الحجر لاحتمال الهلاك فيتعذر التسليم وقطع المنازعة المنافية منه والفرض ان اقل مدة السلم ثلاثة ايام ولا شك ان تاخر التسليم فيه الى مجلس آخر يفضي الى المنازعة لان هلاكه ان ندر فاختلاف في انه يراد غير مرد التهمة فيه ليس بنادر وكل العبادات تنبني على تعميد مظنة البيع في ذلك بالتعجيل كما في عبارة المبسوط حيث قال لو اشتري بهذا الاناء بعينه فلا بأس به ثم ان في المعين البيع مجازفة يجوز فيكيال غير معروف اولى وهذا لان التسليم عقيب البيع الى آخر ما ذكره وتقدم النظر في الاولوية هذا او زد على التعليل بان الجهالة لا تفضي الى المنازعة ما اذا باع عبدا من اربعة يأخذ المشتري ايهم شاء او باع بامي ثمن شاء فالبيع باطل مع انه لا يفضي الى المنازعة اجيب بان المبطل في المورد يعني آخرا وهو عدم المبيع والثمن لا الجهالة وكان مقتضاه انه لا يجوز في عبد من ثلاثة لكن جاز على خلاف القياس كما سيأتي ولا شك ان القياس ما عن ابي حنيفة رح في القدرية من ثمار النيل فانه كبيع الطير قبل ان يصطاده كما نوه به كرامن حنطة وليس في ملكه حنطة صرحوا به انه لا يجوز الا ان يكون سلما وانا الاستحسان الثابت بالتعامل فمقتضاه الجواز بعد ان يسمي نوع القدرية في ديارنا بالمصراع اذا لم يكن معينة مثل قدرية كسافية او سقاوية او رواسية كبيرة ثم بعد ذلك التفاوت يسير اهدر في المار ونظير ما نحن فيه ما اذا باع حنطة مجموعة في بيت او منثورة في الارض والمشتري لا يعلم مبلغها ولا منتهى حفر الحفيرة ان له الخيار اذا علم ان شاء اخذها بجميع الثمن وان شاء ترك وان كان يعلم منتهى المنثورة ولا يعلم مبلغ الحنطة جاز ولا خيار له الا ان ينظر تحتها وكان اي صنعة ونحوها كذا في فتاوى القاضي وعن ابي جعفر رح باعه من هذه الحنطة قدر ما يملأ هذا الطست جاز ولو باعه قدر ما يملأ هذا البيت لا يجوز وفي الفتاوى بعت منك مالي في هذه الدار من الرقيق والدواب والثياب والمشتري لا يعلم ما فيها فهو فاسد لجهالة المبيع ولو قال ما في هذا البيت جاز وان لم يعلم به لان الجهالة يسيرة واذا جاز في البيت جاز في الصندوق والجوالق ولو قال بعت منك نصيبي من هذه الدار فشرط الجواز علم المشتري بنصيبه دون علم البائع وتصديق البائع فيما يقول ولو اشتري موزونا باناء على ان يفرغه فيزن الاناء فيحط قدر وزنه من الثمن جاز وكما تمنع الجهالة السابقة كذلك اللاحقة قبل التسليم فلذا اختلفوا فيما اذا باع الجدار الكائن في الجدة قيل لا يجوز حتى يسلم اولا تم بيع والاصح جوازه مطلقا وهو اختيار الفقيه ابي جعفر رح اذا سلم قبل ثلاثة ايام ولو سلم بعدها لا يجوز لانها تذوب في كل ساعة وهو وجه في منع قبل التسليم غير ان النقص القليل قبل الايام الثلاثة غير معتبرة فلذا اهدر وجاز وقيل انه يختلف باختلاف الصيف والشتاء فلا الجمد ورخصه فينظر الى بعده الناس كثيرا لحبس لاوقات فيجوز اذا سلمه قبل وسيأتي من هذا الباب شيء

قال ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند ابي حنيفة رح لا ان يسمي جملة قفزانها وقالا لا يجوز في الوجهين له انه تعذر والصرف الى الكل لجهالة المبيع والثمن فتصرف الى الاقل وهو معلوم لا ان تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان او بالكيل في المجلس وصار هذا كما اذا قرا وقال لفلان علي كل درهم فعليه درهم واحد بالاجماع ولهما ان الجهالة بينهما ان التهما ومثلها غير مانع كما اذا باع عبدا من عبدين على ان المشتري بالخيار ثم اذا اجاز في قفيز واحد عند ابي حنيفة رح فللمشتري الخيار لتفرق الصفقة عليه وكذا اذا كيل في المجلس او سمى جملة قفزانها لانه عثر بذلك الان فله الخيار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع

في خيار الرؤية ان شاء الله تعالى قوله ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند ابي حنيفة رح يعني ان موجب هذا اللفظ والاشارة ايجاب البيع في واحد عنده ويتوقف في الباقي الى تسمية الكل في المجلس او كيله فيه فيثبت رح على وجه يكون الخيار للمشتري فان رضي بكل يلزم البيع على البائع وان لم يرض او يتوقف على قبوله ايضا وروى ابو يوسف رح عن ابي حنيفة رح انه لا يجوز الا بتسميتهما وروى مجمد خلافه حتى لو فسخ البائع البيع بعد الكيل ورضي المشتري باخذ الكل لا يعمل فسخه وقال ابو يوسف ومحمد صح البيع في الكل وهو قول الائمة الثلاثة ثم اذا اجاز في قفيز واحد فللمشتري فيه الخيار لتفرق الصفقة عليه دون البائع لان التفريق جائز من قبله بسبب عدم تسمية جملة القفيز ان له ان تعذر صرف البيع الى الكل لجهالة المبيع والثمن ولا جهالة في القفيز فلزم فيه فاذا زالت بالتسمية او الكيل في المجلس يثبت الخيار كما اذا ارتفعت بعد العقد بالرؤية اذ المؤثر في الاصل ارتفاع الجهالة بعد لفظ للعقد وكونه بالرؤية نافيا بخلاف ما اذا علم ذلك بعد المجلس لتقرر المفسد وفي المحيط عن بعض المشايخ ان عنده يصح في الكل وان علم بعد المجلس بعيد لان ما في المجلس كالثابت في صلب العقد بخلاف ما بعده ولا يلزم اسقاط خيار اربعة ايام بعد المجلس وكذا زوال جهالة الاجل المجهول بعدها حيث يجوز العقد بزوال المفسد بعد المجلس لان المفسد فيهما لم تمكن في صلب العقد فلا يتقيد رفع المفسد بالمجلس وهذا لان الفساد فيهما لا يظهر في الحال بل تظهر عند دخول اليوم الرابع وامتداد الاجل واما اورد من الجهالة وان كانت ثابتة لكنها لا تفضي الى المنازعة لان بعد العلم بان كل قفيز بدرهم لا تتفاوت الحال بين كون القفزان كثيرا او قليلا وجوابه ان المفسد ههنا جهالة الثمن كمية خاصة وقدر العدم الاشارة ولا معرف له شرعا غير ذلك واما الجواب فيمنع كونها غير مفضية الى المنازعة لان البائع قد يطالب المشتري بتسليم الثمن وهو لا يقدر على ذلك لعدم معرفة قدره فتنازعان فيها فظاهر لانه لا يتصور ان يطالبه الا بعد ان كيله ليعرف القدر الذي يطالبه به اذ لا يمكن ان يطالبه الا بكمية خاصة مشار اليها او مضبوطة الوزن فرع يعلمها المشتري فيقدر على التسليم ولو امتنع بعد هذا بالتقدير كان مطلا الا ان المنازعة المفسدة لها ان هذه جهالة بيدهما اذ التهما بان يكيلا في المجلس هذه الجهالة التي هي كذلك لا تفضي الى المنازعة كبيع عبد من عبدين او ثلاثة على ان المشتري بالخيار يأخذ ايهما شاء وقد اورد عليه نقض اجمالي لو صح ما ذكر من ان الجهالة التي بيدهما ازالتها غير مانعة من الصحة لزم صحة البيع بالرقم عندهما وان يجوز بيع عبد من اربعة على ان المشتري مخير في تعيينه وان يجوز البيع باي ثمن شاء لكن البيع في الكل باطل اجيب بان البيع بالرقم تمكنت الجهالة به في صلب العقد وهو جهالة الثمن بسبب الرقم وصار بمنزلة القمار للخطر الذي فيه انه سيظهر كذا وكذا وجوازه اذا علم في المجلس بعقد آخر هو التقاطي كما قاله الحلواني بخلاف ما نحن فيه لانه كما يعلم بكيل البائع يعلم بكيل المشتري ومثل هذا القول بالبيع باي ثمن شاء ومثله في اخذ العبيد الاربعة في جانب المبيع فان البيع لا ينعقد في غير معين فكان بيعا بلا مبيع وكان مقتضى هذا ان لا يجوز في عبد من ثلاثة الا انه يثبت بدلالة نص شرط الخيار ثلاثة ايام ولا يخفى ان كل اجوبة هذه النقوض تصلح ادلة لابي حنيفة رح فانها تضمنت التسليم ان الجهالة وان كانت بيدهما ازالتها بعد كونها في صلب العقد وهي ان تكون في الثمن كالبيع بالرقم وباي ثمن شاء او في المبيع كبيع عبد من اربعة يمنع جواز البيع وجهالة الثمن على وجه يشبه القمار وعدم العلم به مع امكان ازالتها ثابت في محل النزاع اذ جاز ان يظهر كونه مائة او خمسين الا بكيل احدهما وكون ذلك بكيل كل منهما وفي الرقم يظهر بالبائع فقط لا اثر له من دفع منع الخطر والتمكن في صلب العقد وهو المفيد واذا فسد البيع في عبد من اربعة والجهالة في مضبوط لانحصارها في الاحتمالات اربعة

لاستعداد الفلان يفسد في صبرة لا يقف الاحتمالات في خصوص الثمن على كونه اربع امكانات او عشرة اول بل ويسجل عليها مبطلان قياسا على بيع عبد من عبدين اذا ظهر من الجواب انه معدول عن القياس ولذا امتنع في اربعة اعبد وقد رجح قول ابي حنيفة رح وظهر ان كون العاقدين يبيد هما ازالة جهالة في صلب العقد من الثمن والمبيع لا يوجب صحة البيع قبل ازالتهما بالاتفاق الاجماع على عدم الصحة في الصور المذكورة مع امكان ازالتهما فيها وغايته اذا ازيلت في المجلس وهما على رضاهما ثبت بعقد التراضي والمعاطاة لا بعين الاول كما ذكر في الرقم بل ولهذه الفروع المذكورة امثال يطول عدها يبطل البيع فيها بجهالة في الثمن او المبيع مع امكان ازالة احد المتعاقدين لها وتاخير صاحب الهداية دليلها ظاهر في ترجيح قولهما وهو ممنوع واما ما يحمل قول ابي حنيفة عليه مما ذكر في المبسوط من ان الاصل عنده انه متى اضيف كلمة كل الى ما لا تعلم نهاية قائما يتناول ادناه لصيانته عن الالغاء كالاقرار بان عليه كل درهم انما يلزمه درهم واحد وكذا اجارة كل شهر بدرهم تلزمه في شهر واحد فلا حاجة هنا لانه لو منع صحة هذا الاصل كان اثباته مبينا ما ذكر في تفاصيل المسئلة من ثبوت الجهالة في المجموع والتيقن في الواحد فهو نفسه اصل هذا الاصل فرع اشترى طعاما بغير جنسه خارج المصر وشرط ان يوفيه في منزل من المصر فالعقد فاسد لان المشترى يملكه بنفس العقد فاذا اشترط في نفسه منفعة الحمل فسد ولو كان في المصر وشرطان يحمله الى منزله فهو فاسد ولو عين بقوله تشترط ان يوفيه في منزل فلان فاسد وهو قول محمد واستحسن ابو حنيفة وابو يوسف رح جوازه بالعرف فان الانسان يشتري الحطب والشعير على الدابة في المصر ولا يكتري دابة اخرى يحمله عليها بل البائع هو يحمله بخلافه خارج المصر وبعض المشائخ لم يفرقوا بين لفظ الحمل والايفاء في الاستحسان لان المراد منهما واحد وانتصار شمس الائمة الفرق فان الايفاء من مقتضيات العقد فشرطه ملائم بخلاف الحمل قوله ومن باع قطيع غنم الخ لما ذكر الصورة السابقة في المثليات ذكر نظيرها في القيميات فاذا اضاف البيع على الوجه المذكور في الحيوانات بان قال بعتك هذا القطيع كل شاة بدرهم او هذا الثوب كل ذراع بدرهم ولم يبين عدد الغنم ولا الذرعان ولا جملة الثمن فسد في الكل عند ابي حنيفة رح اما اذا سمى احدهما فيصح بالاتفاق بالعلم بتمام الثمن بسلامته او التزاما فيما اذا اقتصر على بيان عدد القطيع وعندهما يجوز في الكل لما قلنا من ان الجهالة بيدهما ازالتها وعنده ينصرف الى الواحد لما بينا من جهالة كل الثمن والغاء كون ارتفاعها بيدهما غير ان الاحاد هنا متفاوتة فلم ينقسم الثمن على الجملة بالاجزاء فتقع المنازعة في تعيين ذلك الواحد فسد في الكل ولهذا لو باع شاة او عشرة من مائة شاة او بليخة او عشرا من ذراع بليخ كان باطلا واما الجواز فيما اذا اعرفها وذهب البائع ساكت فبالتعاطي على ما قدمنا قال العتابي ان ذلك في ثوب يضره التبعيض اما في الكرباس فينبغي ان يجوز عنده في ذراع واحد كما في الطعام وعلى هذا الخلاف كل معدود ومتقارب كحمل بليخ كل بليخة بفلس والرمان والسفرجل والخشب والاواني والرقيق والابل ولو باع نصيبه من هذا الطعام روى الحسن عن ابي حنيفة رح انه يجوز وان بينه بعد ذلك وكذا في الدار وهذا غير الاليق باصله المذكور في الخلافية وفي الخلاصة اشترى العنب كل قفيز بكذا والوزن عندهم معروف ان كان العنب من جنس واحد يجب ان يجوز في وزن واحد عند ابي حنيفة رح كما في بيع الصبرة كل قفيز بدرهم وان كان العنب اجناسا لا يجوز البيع اصلا عند ابي حنيفة كقطيع الغنم وعندهما يجوز اذا كان جنسا واحدا في كل العنب كل وزن بما قال وكذا اذا كان الجنس مختلفا هكذا اورد الصدر الشهيد والفقيه ابو الليث جعل الجواب بالجواز فيما اذا كان العنب من جنس واحد متفقا عليه وان كان من اجناس مختلفة فيه ثم قال الفقيه والفتوى على قولهما بتيسير الامر على الناس انتهى وتفريع الشهيد اوجه قوله ومن باع صبرة طعام على انها مائة قفيز مثلا بمائة تعلق العقد على ذلك الكيل المسمى

ومن اشترى عشرة اذرع من مائة ذراع من دار او حمام فالبيع فاسد عند ابي حنيفة رح وقالا هو جائز وان اشترى عشرة

اسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعا لهما ان عشرة اذرع من مائة ذراع عشر الدار فاشبه عشرة اسهم وله ان

الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع وهو المحيز دون المشاع وذلك غير معلوم بخلاف

السهم ولا فرق عند ابي حنيفة رح بين ما اذا علم جملة الذرعان او لم يعلم وهو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاف لبقاء الجهالة

بعينه حتى لو وجدت ناقصة كان للمشتري الخيار ان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن لان الثمن ينقسم بالاجزاء على اجزاء المبيع المثلي كيلا او موزونا

وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة الواحدة عليه وكذا الخلاف في كل مكيل وموزون وان وجد بها زائدة فالزيادة للبائع لان البيع

وقع على مقدار معين ليس له جهة الوصفية فما زاد عليه لم يدخل في العقد فيكون للبائع ولو كان المشتري ثوبا او ارضا على انه عشرة بعشرة

او مائة ذراع بمائة فوجد المبيع اقل فان شاء اخذ الموجود بكل الثمن وان شاء ترك وان وجد بها زائدة العشرة او المائة كان الكل للمشتري

ولو كان قال على انها مائة ذراع مثلا بمائة كل ذراع بدرهم فوجدها اقل فللمشتري الخيار ان شاء اخذ الموجود بكل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع

لتفرق الصفقة عليه وان وجدها اكثر فله الخيار ان شاء اخذ الكل كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع واصل هذا ان الذرع في المذروعات

وصف لانه عبارة عن طول فيه لكنه وصف يستلزم زيادة اجزاء فان لم يقدر بثمن كان تابعا محضا فلا يقابل بشيء من الثمن وذلك فيما اذا قال

على انها مائة بمائة ولم يزد على ذلك واذا كان تابعا محضا في هذه الصورة والتوابع لا يقابلها شيء من الثمن كاطراف الحيوان حتى ان من اشترى

جارية فاعورت في يد البائع قبل التسليم لا ينقص شيء من الثمن او اعورت عند المشتري جاز له ان يرد على ثمنها بلا بيان فعليه تمام الثمن في

صورة النقص وانما تخير لفوات الوصف المشروط المرغوب فيه كما اذا اشتراه على انه كاتب فوجده لا يحسن الكتابة وله ان الزائد في صورة الزيادة

كما اذا باعه على انه معيب فوجده سليما هذا اذا لم يقيد بالثمن فان افرد بالثمن هو ما اذا قال على انها مائة بمائة كل ذراع بدرهم صار اصلا وارتفع عن التبعية فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب ولو باعه هذه الرزمة من الثياب على انها مائة ثوب كل ثوب بدرهم فوجدها ناقصة يخير بين ان يأخذ

الاثواب الموجودة بحصتها من الثمن وبين ان يفسخ لتفرق الصفقة فكذا اذا وجد الذرعان ناقصة في هذه الصورة وهذا لانه لو اخذها بكل الثمن

لم يكن اخذ كل ذراع بدرهم ولو وجدها زائدة لم يسلم له الزيادة لصيرورته اصلا كما لم يسلم له الثوب المفرد فيما اذا زاد عدد الثياب على الشرط

فان كان بينهما فرق فان عدد الثياب اذا زادت تفسد البيع للزوم جهالة البيع لان المنازعة تجري في تعيين الثوب الذي يرد الى البائع بعيب

انه اصل من كل وجه بخلاف الذراع ليس اصلا من كل وجه فيثبت له الخيار بين ان يأخذ الزائد بحصته وبين ان يفسخ لانه وان صح له

اخذ الزائد لكنه بغير بحصته وهو زيادة الثمن ولم يكن يلتزم هذه الزيادة بعقد البيع فكان له الخيار واذا ظهر انهم اعتبروا الطول وصفا تارة واصلا

اخرى ولم يعتبروا القدر في المثليات الا اصلا دائما مع ان الطول والعرض ايضا يرجع الى القدر ويمكن ان يجعل القدر وصفا احتيج الى الفرض

فقيل لان المثل لا ينقص قيمته بنقصان القدر فان العبرة الكائنة مائة قفيز لو صارت الى قفيزين في القلة لم ينقص قيمة القفيز بخلاف الثوب

والارض الا ترى ان الثوب الذي عادته عشرة ثمنه عشرة وهو قدر ما يفصل قباء او فرجية كان ثمن اذا قسم على اجزائه يصيب كل ذراع منه

مقدارا ولو افرد الذراع وبيع بمفرده لم يساو في الاسواق ذلك المقدار بل اقل منه بكثير وذلك لانه لا يفيد الغرض الذي يصنع بالثوب لعامل

فعلمنا ان كل جزء منه لم يتكثر كثوب كامل مفرد **قوله** ومن باع عشرة اذرع من مائة ذراع من دار او حمام فالبيع فاسد عند ابي حنيفة رح وقالا

جائز وبه قال الشافعي رح وان اشترى عشرة اسهم من مائة سهم منها جاز في قولهم جميعا وبنى الخلاف على ان المعدودي من بيع عشرة اذرع

من مائة ذراع مشيعين وشائع فعندهما شائع كأنه باع عشر مائته وبيع الشائع جائز اتفاقا كما في بيع عشرة اسهم من مائة سهم وعنده معدود وقدر معين

والجوانب مختلفة بالجودة فتقع المنازعة في تعيين مكان العشرة عند البيع فلو اتفقوا على ان معدودي عشرة اذرع من مائة من هذه الدار شائع

ولو اشترى عشرة على انه عشرة اثواب فاذا هو تسعة او احد عشر فسد البيع لجهالة المبيع او الثمن ولو بين لكل ثوب ثمنا جاز في فصل النقصان بقدره ولا خيار ولم يجز في الزيادة لجهالة العشرة المبيعة وقيل عند ابي حنيفة رح لا يجوز في فصل النقصان ايضا وليس بصحيح بخلاف ما اذا اشترى ثوبين على انهما هرويان فاذا احدهما مروي حيث لا يجوز فيهما وان بين ثمن كل واحد منهما لانه جعل القبول في الهروي شرطا للعقد في المروي وهو شرط فاسد لان القبول يشترط في المعدوم فافترقا

لم يختلفوا ولو اتفقوا على انه معين لم يختلفوا فهو نظير اختلافهم في نكاح الصابئية مبنى على انهم يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم او لهم كتاب واتفقوا على الثاني اتفقوا على جوازه او على الاول اتفقوا على جوازه او على الاول اتفقوا على عدم الجواز فالشان في ترجيح المبنى فابو حنيفة رح يقول الذراع اسم لما يذرع به ومعلوم انه لم يرد بالمبيع عشر من الخشبات التي يذرع بها فكان مستعارا لما يحاذيها ومايحله معين فكان المبيع معينا مقدارا بالعشرة اذرع بخلاف عشرة اسهم لان السهم اسم الجزء الشائع فكان المبيع عشرة اجزاء شائعة من مائة سهم وقد يقال ان تعيين جملة ذراع الدار قرينة على انه انما اراد بيع الشائع لانه يعرف نسبة العشرة من الكل انها العشر والا فلا فائدة في تعيينه لان العشرة اذرع لا تتفاوت مقدارها بتعيين الكل وعدمه وقد يقال فائدته لا تتعين في ذلك بجواز ان يرفع به الفساد فانه بيع عشرة اذرع من ثوب لا يجوز على قول ابي حنيفة رح ولا على قولهما على تخريج طائفة من المشائخ وعلى قول آخرين يجوز لانهما جهالة بيد هما اذا التقاها فيذرع الكل فيعرف نسبة العشرة وصح هذا بناء على ما تقدم لهما من بيع صبرة بجواز ان يكون العاقد يرى الراي الاول ولما وضع المسئلة في الجامع في عشرة اذرع من مائة ذراع الدار قال الخصاف من ان الفساد عنده فيما اذا لم يعرف جملة الذرعان واما اذا عرف جملتها فالبيع عنده صحيح غير واقع من جهة الرواية وكذا من جهة الدراية فان الفساد عنده للجهالة كما قلنا وبمعرفة قدر جملة المبيع لا تنتفي الجهالة عن البعض الذي بيع منه واختلف المشائخ على قولهما فيما اذا باع ذراعا او عشرة اذرع من هذه الارض ولم يسم جملتها فقيل على قولهما لا يجوز لان صحته على قولهما باعتبار انه جزء شائع معلوم النسبة من الكل وذلك فمع معرفة جملتها والصحيح انه يجوز لانها جهالة بايديهما اذا التقاها بان تقاس كلها فيعرف نسبة الذراع او العشرة منها فيعلم قدر المبيع

قوله ومن باع عدلا صورتها ان يقول بعتك ما في هذا العدل على انه عشرة اثواب بمائة درهم مثلا ولم يفصل لكل ثوب ثمنا بل قابل المجموع بالمجموع فاذا هو تسعة او احد عشر فسد البيع لجهالة المبيع في صورة الزيادة لما قررناه من قريب في الفرق بين الثوب الذراع الذي صار اصلا من وجه والثمن في صورة النقصان لان الثمن لا ينقسم اجزاؤه على حسب اجزاء المبيع القيمي والثياب منه فلم يعلم للثوب الذاهب حصته معلوما من الثمن المسمى لينقص ذلك القدر منه فكان الناقص من الثمن قدرا مجهولا فصير الثمن مجهولا فلو كان فصل لكل ثوب ثمنا بان قال كل ثوب بعشرة جاز البيع في فصل النقصان بقدره اي بما سوى قدر الناقص لعدم الجهالة لكن مع ثبوت الخيار للمشتري لتفرق الصفقة عليه ولم يجز في الزيادة لان جهالة المبيع لا ترتفع به لوقوع المنازعة في تعيين العشرة المبيعة من الآخر عشر وقيل عند ابي حنيفة رح لا يجوز البيع في فصل النقصان ايضا قال في الذخيرة واكثر مشائخنا على ما ذكر في الكتاب مع ان البيع جائز في الثياب الموجودة قولهما اما على قول ابي حنيفة رح فالعقد فاسد في الكل لانه فسد في البعض بمفسد مقارن وهو العدم والاصل عند ابي حنيفة رح ان العقد متى فسد في البعض لبسبب ومقارن يفسد في الباقي وقد ذكر محمد مسئلة في الجامع تدل على هذا وهي رجل اشترى ثوبين على انهما هرويان كل ثوب بعشرة فاذا احدهما مروي بسكون الراء نسبة الى قرية من قرى الكوفة اما النسبة الى مرو المعروفة بخراسان فقد الزموا فيها زيادة الزاي فيقال مروزي وكانه للفرق بين القريتين قال فسد البيع في الثوبين جميعا عند ابي حنيفة رح وعندهما يجوز في الهروي والثابت في مسئلة الجامع الصفقة لا اصل الثوب وقد فسد في الكل لفواته ففسد في الكل والفائت احدهما اولى والية مال الحلواني وقال انه الصحيح عنده وكذا نسبه شمس الائمة السرخسي الى اكثر مشائخنا ثم قال والاصح عندي ان هذا قولهم جميعا يعني عدم الفساد في الباقي لان ابا حنيفة رح في نظائر هذه المسئلة انما يفسد العقد في الكل لوجود العلة المفسدة وهي انه جعل قبول العقد

ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف او تسعة ونصف قال ابو حنيفة رح في الوجه الاول يأخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني يأخذه بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف رحمة الله عليه في الوجه الاول يأخذ باحد عشر ان شاء وفي الثاني يأخذه بعشرة ان شاء وقال محمد رحمه الله في الاول يأخذه بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصف بنصفه فيجري عليه حكمها ولابي يوسف انه لما افرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص ولابي حنيفة رحمة الله عليه ان الذراع وصف في الاصل واما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فتعتد عدمه عاد الحكم الى الاصل وقيل في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفضل وعلى هذا قالوا لا يجوز بيع ذراع منه

فيما يفسد فيه العقد شرطا في قبوله في الآخر وهنا لم يوجد هذا لانه ما شرط قبول العقد في المعدوم ولا قصد ايراد العقد على المعدوم بل على الموجود فقط فغلط في العدد بخلاف تلك المسئلة فانه جعل قبول العقد في كل من الثوبين شرطا لقبوله في الآخر وهو شرط فاسد واقول قوله ما شرط قبول العقد في المعدوم ان كان صريحا فممنوع ولا يضر فان في الثوبين ايضا ما شرط قبوله في المروي صريحا وانما المقصود انه اذا اضاف العقد الى متعدد ومنتشر كان قبول العقد في كل شرطا في قبوله في الآخر كما في الثوبين ولا شك ان في العشرة ايضا كذلك فكان قبوله في العاشر شرطا لقبوله فيما سواه ولا وجود للعاشر فكان قبوله في المعدوم شرطا الخ وحاصل قوله وما قصدوا الى آخره ما اشار اليه المصنف وهو ان الشيئين الموجودين المعقود عليهما يوضع اذا وردا في عقد واحد كان قبول كل منهما بذلك الوصف شرطا للقبول في الآخر بذلك الوصف فاذا انعدم ذلك الوصف في احدهما كان ذلك شرطا فاسدا في القبول في الآخر بخلاف ما اذا كان معدوما بذاته ووصفه فانه ليس ح داخلا في العقد حتى يكون قبوله شرطا لصحة العقد في الآخر لانه معدوم فيجعل ذلك غلطا فلما لم يجعل شرطا لم يفسد العقد في الآخر فقد ظهر ان محط الفرق اعتبار الغلط وعدمه ولا شك ان اعتبار الغلط انما يتأتى من جهة البائع حتى معنى انما اوجب الا في تسعة ولكنه عبر عنها بالعشرة غلطا فالمشتري لما قبل في عشرة ما كان غالطا فما تلاقى الايجاب والقبول كما لو عزل تسعة اثواب من عشرة وقال بعتك هذه التسعة فقال قبلت في العشرة لا يتم العقد في التسعة ولا في العشرة ان كان معنى غلطه انه قصد الايجاب في عشرة وليس في الواقع الا تسعة لم تنعقد لان المقصود عليه معدوم وقد جعل قبول العقد قبوله شرطا لقبوله في التسعة وهذا لانه جاد في اعتقاده قيام العشرة فان لم يكن في ملكه فاحرى ان يكون البيع باطلا كما ذكر فيمن باع كرا من حنطة وليس في ملكه حنطة البيع باطلا ولانه باع ما ليس عنده وفي المحيط روى قاضي الحرمين ان العقد فاسد في الفصل الاول وفيه ابعد هذه الخطة على انها اقل من كر فوجدها كذلك جاز الا في رواية عن ابي يوسف رح وان اوجد اكثر او اكثر فالبيع فاسد ولو قال كرا او كرين جاز كيف ما كان غير انه مخير في الاقل كما لو قال على انها كر هو على هذا اذا اشترى عبدا في كرم معين على انه كذا كذا منا وكذا في العدديات المتقاربة انتفى وجه الفساد في الاكثر انه لا يعلم قدر الزائد فانه ليس للاقل من الكر والاكثر منه مقدار معين ليعرف الزائد عليه فيرد على البائع بخلاف ما اذا قال كرا او كرين ولا وجه للرواية عن ابي يوسف رح لان غايته ما في ذلك انه باع صبرة يشرطان لا تبلغ المقدار الفلاني والله اعلم **قوله** ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف او تسعة ونصف قال ابو حنيفة رح في الوجه الاول اخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني اخذه بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف في الاول يأخذ باحد عشر ان شاء وفي الثاني بعشرة ان شاء وقال محمد رح في الوجه الاول يأخذ بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير وجه قوله ان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصف بنصفه فيجري عليه حكم المقابلة وحكمها ان يجب في مقابلة كل جزء من الذراع مثله في الدرهم فنصف الذراع بنصف الدرهم وربعه بربعه وثمنه وثمنه وهكذا وفي بعض النسخ فيجري عليه اي يقابل كل جزء له نسبة فاهمه بجزء كذلك من الآخر وضمير يجري يصح عوده الى كل من الذراع والدرهم الا ان الدرهم اقرب مذكور وانما يخير في الزيادة لان سلامة النصف بمقابلة ضرر به فلا يلزمه الا بالتزامه وفي النقصان لفوات وصف مرغوب فيه وهو وصف العشرة ولابي يوسف رح انه لما افرد كل ذراع ببدرهم نزل كل ذراع بمنزلة ثوب مفرد بيع على انه ذراع لما عرف ان افراد الذراع بالثمن يخرجه عن الوصفية الى الاصلية وقد انتقص عن الذراع

فصل ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وان لم يسم لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف ولانه متصل به اتصال قرار فيكون تبعا له

فلا ينتقض شيء من الثمن وانما يثبت الخيار له لما ذكرنا من ان في الزيادة نفعا يشوبه ضرر وفي النقصان فوات الوصف المرغوب فيه ولابي حنيفة ان الذراع وصف في الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط فكان الاولى ان يقول حكم الاصل او الثوب المتصل بالشرط لان المقدار ايضا وصف على ما تقدم واخذه حكم الاصل مقيد بكونه ذراعا فاذا لم يوجد ما اخذ حكم الاصل فيبقى على الاصل من كونه وصفا لا يقابل شيء من الثمن واذا كان هكذا فلا وجه لثبوت الخيار له في فصل الزيادة لانه لم يلحقه ضرر في مقابلة الزائد بل نفع خالص كما لو اشترى ثوبا فوجده سليما وتخيير في النقصان لتفرق الصفقة ثم من الشارحين من اختار قول محمد في الذخيرة قول ابي حنيفة رح اصح وذكر حاصل الوجه المذكور له وفي قوله مقيد بكونه ذراعا اشارة الى الجواب عن قول محمد انه ينقسم اجزاء الذراع على اجزاء الذراع فقال هذا اذا كان تمام الذراع موجودا والموجود هنا بعضه وبعضه ليس كله فكان للبعض من حكم الوصف لا الذراع المقابلة به +

فصل لما ذكر ما ينعقد به البيع وما لا ينعقد ذكر ما يدخل في البيع مما لم يسم وما لم يدخل واستتبع ما يخرج بالاستثناء وغير ذلك **قوله** ومن باع دارا الخ في المحيط الاصل ان كل من كان في الدار من البناء او متصلا بالبناء تبع لها فيدخل في بيعها كالسلم المتصل والسرير والدرج المتصلة بالحجر الاسفل من الرحى يدخل الحجر الاعلى عندنا استحسانا والمراد بالحجر الرحا المبنية في الدار وهذا متعارف في ديارهم اما في ديار مصر لا تدخل رحى اليد لانها تحجر بها تنقل وتحول ولا تبنى فهو كالباب الموضوع والباب الموضوع لا يدخل بالاتفاق في بيع الدار نعم لو ادعاه احدهما لنفسه بان قال هذا ملكي وخلقه وان كانت الدار في يد البائع وادعاه المشتري لنفسه فالقول قول البائع وان كانت في يد المشتري فالقول قول المشتري واستدل المصنف على دخول البناء بان اسم الدار يتناول العرصة والبناء وبانه متصل بها اتصال قرار واستشكل الاول بمسئلة الحلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعدما انهدم بناؤها يحنث فلو كان البناء من مسمى لفظ الدار لم يحنث وهذا ابطل التعليل الاول لا يضر بالمقصود من الحكم لثبوت العلة الاخرى ثم اجيب بان البناء وصف فيها وهو لغو في المعينة فكانه حلف على نفي الدخول في هذا المكان وتحقيقه انه حلف لا يدخل هذه التي يسمى الآن دارا فلا يتقيد الدخول المحلوف عليه بكونها دارا وقت الدخول وتدخل البئر الكائنة في الدار وان كان عليها بكرة تدخل ولا يدخل الدولاب والحبل المعلقان عليها الا ان كان قال بحقوقها ويدخل البستان الذي في الدار صغيرا كان او كبيرا وان كان خارج الدار لا يدخل وان كان له باب في الدار قاله ابو سليمان وقال الفقيه ابو جعفر رح ان كان اصغر من الدار ومفتحه فيها يدخل وان كان اكبر او مثلها لا يدخل وقيل ان صغر دخل والا لا وقيل بحكم الثمن وفي المنتقى اشترى حائطا يدخل ما تحته من الارض وكذا ذكر في النتفة من غير ذكر خلاف وفي المحيط جعله قول محمد والحسن وقول ابي يوسف رح لا يدخل واما اساسه فقيل الظاهر من مذهبه انه يدخل ولانه جزء الحائط حقيقة ويدخل في بيع الحمام القدور دون قصاعه واما قدور القصارين والصباغين واجاجين الغسالين وحوائي الزياتين وجنابيهم ودنانهم وجذع القصار الذي يدق عليه المثبت كل ذلك في الارض فلا يدخل وان قال بحقوقها قلت ينبغي ان تدخل كما اذا قال بمرافقها واما الطريق ونحوه فسيأتي ان شاء الله تعالى في باب الحقوق **فروع** باع فرسا دخل العذار تحت البيع والزمام في بيع البعير فقط ولم يذكر في شيء من الكتب ما اذا باع فرسا وعليه سنج قيل لا يدخل الا بالتنصيص او يحكم الثمن ولو باع حمارا قال الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل لا يدخل الاكاف بلا شرط ولا يستحق على البائع وهو التفصيل بينهما اذا كان موكفا او غير موكف في فتاوى قاضي خان وهو الظاهر فالاكاف فيه كالسرج في الفرس وقال غيره يدخل الاكاف والبرذعة

ومن باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه لانه متصل به للقرار فاشبه البناء

تحت البيع وان كان غير موكف وقت البيع واذا دخلا بلا ذكر كان الكلام فيه ما قلنا في ثوب العبد والجارية ولا يدخل المقود في بيع الحمار لانه ينقاد دونه بخلاف الفرس والبعير ولا تامل في هذا باع عبدا او جارية كان على البائع من الكسوة قدر ما يواري عورته فان بيعت في ثياب مثلها دخلت في البيع وللبائع ان يمسك تلك الثياب ويدفع غيرها من ثياب مثلها ما يستحق ذلك على البائع ولا يكون للثياب قسط من الثمن حتى لو استحق الثوب او وجد بالثوب عيبا لا يرجع على البائع بشئ ولا يرد عليه الثوب ولو هلك الثياب عند المشتري او تعيبت ثم رد الجارية بعيب رد بها بجميع الثمن لانه لم يملك الثوب بالبيع فلا يكون له قسط من الثمن وعلى هذا ما ذكر في الكافي من رجل له ارض وفيها نخل بغيره فباعها رب الارض باذن الآخر بالف وقيمة كل منهما خمسمائة فالثمن بينهما نصفان لاستوائهما فيه فلو هلك النخل قبل القبض بافة سماوية خير المشتري من الترك واخذ الارض بكل الثمن لان النخل دخل تبعا فلا يقابله شئ من الثمن ثم الثمن كله لرب الارض لانقاض البيع في حق النخل والثمن كله بمقابلة الاصل وهو له دون التبع ولو باع اتانا لها جحش او بقرة لها عجول وكذا فصيل الناقة ومميز الركبة اختلف فيه قيل يدخلان وقيل لا يدخلان وقيل يدخل العجول دون الجحش وقيل ان ذهب مع الام الى موضع البيع دخل فيه للعرف والا فلا ولو باع غنما له مال ان لم يذكر المال في البيع فهما له مولاه وكذا لو سمى المال وهو دين على الناس او بعضه فسد البيع وان كان عينا جاز البيع ان لم يكن من الاثمان فان كان منها وكان الثمن من جنسه بان كان دراهم ودنانير والثمن كذلك فان كان الثمن اكثر جاز وان كان مثله او اقل لا يجوز لانه بيع للعبد بلا ثمن وان كان منها ولم يكن من جنسه بان كان دراهم ومال العبد دنانير او بالقلب جاز اذا تقابضا في المجلس وكذا لو قبض مال العبد وقدر حصته فقط من الثمن وان افترقا قبل القبض بطل العقد في مال العبد اشترى دارا فوجد في بعض حدودها الا آن قال البائع هو لي كان له قيرط عليه لانها وصلت الى المشتري منه وان قال ليس لي كان كاللقطة ولو قال صاحب علو وسفل لآخر بعتك علو هذا بكذا فقبل جاز ويكون سطح السفل لصاحب السفل وللمشتري حق القرار عليه **قوله** ومن باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه لانه متصل بها للقرار فاشبه البناء ولم يفصل محمد بين الشجرة المثمرة وغير المثمرة ولا بين الصغيرة والكبيرة فكان الحق دخول الكل خلافا لما قال بعض المشائخ ان غير المثمرة لا تدخل الا بالذكر لانها لا تغرس للقرار بل للقطع اذ اكبر خشبها فصارت كالزرع ولما قال بعضهم ان الصغيرة لا تدخل وفي فتاوى قاضيخان لو باع ارضا فيها اشجار صغار اتحول في فصل البيع وتباع ان كانت تقلع من اصلها تدخل في البيع وان كانت تقطع من وجه الارض فهي للبائع الا بشرط نعم الشجرة اليابسة لا تدخل لانها على شرف القلع فهي كمخطب موضوع فيها ولا يدخل الشرب والطريق في بيع الارض والدار الا بذكر الحقوق وكذا في الاقرار والصلح والوديعة وغيرها ويدخلان في الاجارة والرهن والوقف والقسمة لانها تعقد للانتفاع لا للانتفاع بها بخلاف البيع فانه يعقد لملك الرقبة فقدر ما به الانتفاع بالتجارة فيها ولا يدخل الثمر التي على رؤس الاشجار الا بالشرط وما كان من الاوراد واوراق الفرسك والتوت لانه بمنزلة الثمر ولو كان على الشجر ثمار فشرطه المشتري له فاكله البائع سقطت حصتها من الثمن ثم يثبت الخيار للمشتري في الصحيح لتفرق الصفقة عليه عند ابي حنيفة رح بخلاف ما لو اشترى شاة بعشرة فولدت ولدا يساوي خمسة فاكله البائع قال ابو حنيفة رح تلزمه الشاة بخمسة ولا خيار له والفرق غير خاف وكما يدخل في البيع اشياء بلا تسمية وهو ما يدخل تبعا كذلك يخرج منه اشياء بلا تسمية كما اذا باع قرية يخرج منها الطريق والمساجد والقارفين وسور القرية لان السور يبقى على اصل الاباحة عند القسمة فلا يدخل في البيع وفي الفصل الثالث فيما يجوز بيعه وما لا يجوز من الخلاصة باع قرية وفيها مسجد واستثناه بل يشترط

ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل به للفصل فشابه المتاع الذي فيه ومن باع نخلا او شجرا فيها ثمر فثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع لقوله عليه السلام من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع ولان الاتصال وان كان خلقة فهو للقطع كالبناء فصار كالزرع ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع وكذا اذا كان فيها زرع لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعي رح يترك حتى يظهر صلاح الثمرة ويستحصد الزرع لان الواجب انما هو التسليم المعتاد وفي العادة ان لا يقطع كذلك وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع قلنا هناك التسليم واجب انصافا حتى يترك باجر وتسليم العوض كتسليم المعوض ولا فرق بين ما اذا كان الذي بحال له قيمة او لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبائع لان بيعه يجوز في اصح الروايتين على ما بيناه فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر

ذكر الحدود واختلف المشايخ واستثنى الخياض وفي المقبرة لابد من ذكر الحدود والا ان يكون ربوة **قوله** ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل به للفصل اي للقطع اي ايا لانتفاعه بها فشابه المتاع الذي فيه اي في المبيع فاندفع ما اورد عليه من بيع الجارية الحامل ونحو البقرة الحامل فانه يدخل حملها في البيع مع انه متصل للفصل فان قولك لفصل الله تعالى وهذا المعنى متبادر فترك التقييد به وايضا الام وما في بطنها مجانس متصل فيدخل باعتبار الجزئية بخلاف الزرع فانه ليس مجانسا للارض فلا يمكن اعتبار الجزئية ليدخل بذكر الاصل فبعد ذلك ينظر ان كان اتصاله للفصل في ثاني الحال فيدخل بطريق التبعية لشدة الاتصال لا بجزئية والجزئية فان قيل ينبغي ان يدخل لان الاتصال قائم في الحال والانفصال معدوم فيه فيترجح الموجود على المعدوم اجاب بان الموجب للدخول انما شمول حقيقة المسمى في البيع له او تبعيته له والتبعية بان يكون مستقرا الاتصال به لا مجرد اتصال الحالي مع انه بعرضة الفصل وانتفاء المجانسة ظاهر فلم تتحقق موجب الدخول والله اعلم **قوله** ومن باع نخلا او شجرا فيه ثمر فثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع لنفسه اي يشتري للشجرة مع الثمرة التي فوقها ولا فرق بين الموبرة وغير الموبرة في كونها للبائع الا بالشرط وتدخل في الثمرة الوردة والياسمين والخلاف ونحوها من المشمومات فالكل للبائع وعند الشافعي ومالك واحمد تشترط في ثمر النخل التابير فان لم تكن ابرت فهي للمشتري والتابير التلقيح وهو ان يشق غلاف الكم ويذر فيها من طلع الفحل فانه من يصلح ثمرات النخل لما روى اصحاب الكتب الستة عن سالم بن عبد الله بن عمر عن ابيه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من باع عبدا وله مال فماله للبائع الا ان يشترط المبتاع ومن باع نخلا موبرا فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع وفي لفظ البخاري من من ابتاع نخلا بعد ان تابر فثمرتها للذي باعها الا ان يشترط المبتاع وحاصله استدلال بمفهوم الصفة فمن قال به يلزمه واهل المذهب يمنعون حجيته وقد روى محمد رح في شفعة الاصل عنه عم من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع من غير فصل بين الموبر وغير الموبر وهو الحديث الذي ذكره المصنف وقيل ان في مرور تخصيص الشيء بالذكر فلا يدل على نفي الحكم عما عداه انما يلزمهم لو كان لقبا ليكون مفهوم لقب لكنه صفة وهو حجة عندهم كما ذكرنا ولو صح حديث محمد رح فهم يحملون المطلق على المقيد وعلى اصول المذهب ايضا يجب لانه في حادثة واحدة في حكم واحد والذي يلزمهم من الوجه القياس على الذروع وهو المذكور في الكتاب بقوله انه متصل للقطع للابقاء فصار كالزرع وهو قياس صحيح وهم يقدمون القياس على المفهوم اذا تعارضا وضح فيجب ان يحمل الابار على الاثمار لانهم لا يفردونه عنه فكان الابار علامة الاثمار فعلق به الحكم بقوله نخلا موبرا يغني مثمرا وما نقل عن ابن ابي ليلى من ان الثمرة مطلقا للمشتري بعيد اذ يصار الاحاديث المشهورة واذا كانت الثمرة للبائع يقال له اقطعها وسلم البيع وكذا اذا كان فيها زرع يقال له اقلعه وسلم المبيع لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعي رح يترك حتى يظهر صلاح الثمرة ويستحصد الزرع وهو قول مالك واحمد رح لان الواجب هو التسليم المعتاد ولهذا لا يجب في الدار تسليمها في الحال ان ابيعت ليلا وكان له فيها متاع بل ينتظر طلوع النهار ووجود الحالين وفي العادة لا يقطع الا بعد ما قلنا وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع فانه يترك حتى يحصد رضي المؤجر او لم يرض واذا كان كذلك فلا يبالي بتضرر المشتري بالانتفاع بملكه بلا عوض لانه حين اقدم على الشراء والعادة ما ذكرنا كان ملتزما للضرر المذكور ويقال يستحصد الزرع يستحصد

ولما اذا بيعت الارض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه كالمودع فيها كالمتاع ولو نبت ولم تظهر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه وقد قيل يدخل فيه وكان هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل ان ينال المشتري والمناجل

بكسر الميم ما يحصد به وقت حصاده وأجاب المعربان هناك اي في الاجارة ايضا يجب التسليم وكذا تجب الاجرة في التبعية لان تسليم المعوض تسليم العوض في الاجارة في تمامة من تسليم ان المتعاد في الاجارة التبعية في الاجرة وعدم تسليم عين الارض في الحال والاول يرضى الموجب بالتبعية واخذ الاجرة كان له ان يكلفه ان يسلمه في الحال وليس له ذلك فظهر ان التسليم المتعاد يجب اعتباره ثم يقول هو في البيع تبعا الى ما ذكرنا معا وفي الاجارة تبعا كره اجره ولا تخلص من هذا الا ان يتم منع انه متعاد في البيع كذلك فالافتراق بين البيع والاجارة بان اقدام البائع على البيع مع علمه بان البائع يلتزم للمشتري تفريغ ملكه وتسليمه فارغا وان الرضا بالقطع فلا تجب عليه تبقية الارض والشجر على حكم ملكه بخلاف المستاجر فانه لم يوجد منه عند انقضاء مدة الاجارة فعل يدل على الرضا بالقطع فتمرد ورجحه فوجب عليه جانبه تبقيته على حكم ملكه بالاجرة اتجه ان يقال انما يكون اقدامه على البيع رضا بالقطع في الحال لو لم يكن له خيار الى السبع معتادا واما اذا كان غير معتاد فلا وقد مضت العادة المستمرة بذلك بل هي مشتركة فقد يتركون يبيعون بشرط القطع والله اعلم ثم هل تدخل ارض الشجر في البيع ببيعها ان اشترا بالقطع لا تدخل وبالاجماع وان اشترا بها مطلقا لا تدخل عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح لان الارض اصل والشجر تبع فلا ينقلب الاصل تبعا وهو قول الشافعي رح وعند محمد وهو رواية عند ابي حنيفة رح وقول الشافعي رح يدخل ما تحتها بقدر ما يمكن قلعها وفي جميع النوازل الفضلي النسفي هو المختار لانه اشترى الشجر وهو اسم للمستقر على الارض والا فهو جذع وحطب فيدخل من الارض ما يتم به حقيقة اسمها فهو دخول بالضرورة فيقدر بقدرها وقيل بقدر ما تبقى فيها عند الزوال وقيل بقدر عروقها العظام ولو شرط قدر ما فعلى ما شرط قوله ولا فرق بين ان يكون له قيمة او لا في الصحيح احترازا عن قول البعض انه ان لم يكن له قيمة قد خل والصحيح لا تدخل في الحالتين ان كان له قيمة او لم تكن وعلله بان مبيعه يقلع في اصح الروايتين معه كونه ليس للقرار وما يقلع هكذا ليس للقرار لا يدخل في البيع تبعا للغير بخلاف البناء فانه يجوز بيعه منفردا ولكنه موضوع للقرار قوله واما اذا بيعت الارض فقد بذر فيها صاحبها ولم تنبت لم يدخل لانه موضوع فيها كالمتاع هكذا اطلق شيخ الاسلام كذا اطلقه غير واحد وقيد في الذخيرة بما اذا لم يعفن البذر اما اذا عفن فهو للمشتري لان العفن لا يجوز بيعه على الانفراد فصار كجزء من اجزاء الارض فيدخل في بيع الارض واختار الفقيه ابو الليث انه لا يدخل بكل حال كما هو اطلاق المصنف وفي فتاوى الفضلي كما في الذخيرة قال ولو عفن البذر في الارض فهو للمشتري والا فللبائع ولو سقاه المشتري حتى نبت ولم يكن عفن وقت البيع فهو للبائع والمشتري متطوع ولو باعها بعد ما نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيكون للبائع وقيل يدخل ولم يرجح المصنف منها شيأ ورجح في التبيين قال فيه قال الفقيه لا يدخل والصواب انه يدخل نص عليه القدوري في شرحه وفي شرح الاسبيجابي انتهى وقول الفقيه ابي الليث هو قول ابي القاسم وفي فتاوى قاضي خان قال الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل هذا اذا صار الزرع مقصودا اي لا يدخل فان لم يكن مقصودا يدخل الزرع من غير ذكر قال وانما تعرف قيمته بان تقوم الارض مبذورة وغير مبذورة فان كانت قيمتها مبذورة اكثر من قيمتها غير مبذورة علم انه صار مقصودا انتهى وبهذا ظهر ان حكاية اتفاق المشائخ على عدم الدخول مطلقا ليست واقعة بل قولان عدم الدخول مطلقا والتفصيل بين ان تعفن فيدخل او لا فلا وكان المناسب ان يقول تقوم الارض بلا ذلك الزرع وبه فان زاد فالزائد قيمته واما تقويمها مبذورة وغير مبذورة فانما يناسب من يقول انه اذا عفن البذر يدخل ويكون للمشتري ويعلله بانه لا يجوز بيعه وحده لانه حينئذ ليس له قيمة قال المعز وكان هذا بتشديد النون يعني الاختلاف في دخول الزرع الذي ليست له قيمة فان ذلك وعدمه بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل ان يتناول المشافر والمناجل من قال لا يجوز بيعه قال يدخل ومن قال يجوز بيعه قال لا يدخل ولا يخفى ان كلا من الاختلافين مبني على سقوط التقويم وعدمه فعلى القول بعدم جواز بيعه وحده دخوله في البيع كلاهما بناء على سقوط التقويم والقول بجواز بيعه وحده عدم دخوله في البيع كلاهما مبني على عدم سقوط

ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانها ليسا من حقوقها ولو قال بكل قليل وكثير هو له فيهما ومنهما من حقوقها

او قال من مرافقها لم يدخلا فيه لما قلنا وان لم يقل من حقوقها او من مرافقها دخلا فيه

اما الثمر المجذوذ والزرع المحصود لا يدخل الا بالتصريح به لانه بمنزلة المتاع

تقومه والاوجه جواز بيعه على رجاء تركه كما يجوز بيع الجحش كما ولد على رجاء حيوته فينتفع به في ثاني الحال قوله ولا يدخل الزرع والثمر الخ بذكر الحقوق والمرافق يعني اذا باع ارضا فيها زرع وشجر وعليه ثمر او باع شجرا فقط وعليه ثمر وقال بعتها او اشتريتها بجميع حقوقها ومرافقها لا يدخل الزرع والثمر بذلك لانها ليسا من الحقوق والمرافق وكذا لو قال بكل قليل وكثير هو له فيهما او منهما من حقوقها او من مرافقها لم يدخلا ايضا لما ذكرنا بعينه ولو كان اقتصر على قوله بكل قليل وكثير هو له فيهما او منهما دخلا اي الزرع والثمر فيه هذا في المتصل بالارض والاشجار اما الثمر المجذوذ والزرع المحصود فيها فلا يدخل ولو قال بكل قليل وكثير هو فيها ما لم ينص عليه والمجذوذ والمحصود لغتان مجتمعتين بمعنى اي المقطوع غير ان المهملتين هنا اولى لمناسبة المحصود قوله ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها لا خلاف في عدم جوازه بيع الثمار قبل ان تظهر ولا في عدم جوازه بعد الظهور قبل بدو الصلاح بشرط الترك ولا في جوازه قبل بدو الصلاح بشرط القطع فيما ينتفع به ولا في الجواز بعد بدو الصلاح لكن بدو الصلاح عندنا ان يأمن العاهة والفساد وعند الشافعي هو ظهور النضج وبدو الحلاوة والخلاف انما هو في بيعها قبل بدو الصلاح على الخلاف في معناه لا بشرط القطع عند الشافعي ومالك واحمد لا يجوز وعندنا ان كان بحال لا ينتفع به في الاكل ولا في علف الدواب خلاف بين المشائخ قيل لا يجوز وبنسبه قاضي خان لعامة مشائخنا والصحيح انه يجوز لانه مال منتفع به في ثاني الحال ان لم يكن منتفعا به في الحال قد اشار محمد في كتاب الزكوة الى جوازه فانه قال في باع الثمار في اول ما تطلع وتركها باذن البائع حتى ادرك فالعشر على المشتري فلو لم يكن جائزا لم يوجب فيه العشر على المشتري وصحة البيع على هذا التقدير بناء على التعويل على اذن البائع على ما ذكرنا من قريب والا فلا انتفاع به مطلقا فلا يجوز بيعه والحيلة في جوازه باتفاق المشائخ ان يبيع الكثرى اول ما تخرج مع اوراق الشجر فيجوز فيها تبعا للاوراق كانه ورق كله وان كان بحيث ينتفع به ولو علفا للدواب فالبيع جائز باتفاق اهل المذهب اذا باع بشرط القطع او مطلقا ويجب قطعه على المشتري في الحال فان باعه بشرط الترك فان لم يكن تناهى عظمه فالبيع فاسد عند الكل وان كان قد تناهى عظمه فهو فاسد عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو القياس ويجوز عند محمد استحسانا وهو قول الائمة الثلاثة واختاره الطحاوي لعموم البلوى وفي المنتقى ذكر ابو يوسف مع محمد وجه قولهما في الصورتين انه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير وهو صفقة في صفقة لانه ان شرط بالاجرة فشرط اجارة في البيع او باجرة فشرط اجارة فيه ومثل هذا بيع الزرع بشرط الترك وجه قول محمد في المتناهي الاستحسان بالتعامل لانهم تعارفوا التعامل كذلك فيما تناهى العظم فهو شرط يقتضيه العقد وهذا دعوى الشافعي فيما تناهى عظمه وما لم يتناهى انه يجوز لان العادة تركهم اياه الى الجداد ومحمد يقول بمنعه فيه لما فيه من اشتراط الجزء المعدوم وهو الاجزاء التي تزيد بمعنى من الارض والشجر الى ان يتناهى العظم ولا يخفى ان الوجه لا يتم في الفرق لمحمد الا بادعاء عدم العرف فيما لم يتناهى عظمه اذ القياس عدم الصحة للشرط الذي لا يقتضيه العقد في المتناهي وغيره يخرج منه المتناهي للتعامل فكون ما لم يتناهى على اصل القياس انما يكون لعدم التعامل فيه والجزء المعدوم طرد ولو باع ما لا يتناهى عظمه مطلقا عن الشرط ثم تركه فاما باذن البائع اذنا مجردا او باذن في ضمن الاجارة بان استأجر الاشجار الى وقت الادراك او بلا اذن ففي الصورتين الاوليين يطيب له الفضل والاكل اما في الاذن المجرد فظاهر واما في الاجارة فلانها اجارة باطلة لعدم التعارف في اجارة الاشجار والحاجة فان الحاجة ليست بمتعينة في ذلك وانما تتعين لو لم يكن مخلص الا بالاستيجار وههنا يمكن ان يشتري الثمار مع اصولها فيتركها عليها ولا يخفى ما في هذا من العسر فانه يستدعي مؤنة ما لا حاجة له اليها وما لا يقدر على ثمنه وقد لا يوافقه البائع على بيع الاشجار فالاول اولى واصل الاجارة يقتضي القياس

قال ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها او قد بدا جاز البيع لانه مال متقوم اما لكونه متقوما في الحال او في الثاني وقيل لا يجوز قبل ان يبدو صلاحها والاول اصح وسواء اشتراها مطلقا او بشرط القطع وان شرط تركها على النخل فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير وهو صفقة في صفقة وهو اعارة او اجارة في بيع وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا اذا تناهى عظمها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لما قلنا وبه نأخذ استحسانا ومحمد رحمه الله اعتبر العادة بجذاذ ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط في البيع المعدوم وهو الذي يزيد بعضه من الارض واشترى ما مطلقا او تركها باذن البائع طاب له الفضل وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد في ذات الحب وله بحبة محظورة وان تركها بعد ما تناهى عظمها لم يتصدق بشيء لان هذا تغير حالة لا تحقق زيادة وان اشتراها مطلقا او تركها على النخل وقد استأجر النخل الى وقت الادراك طاب له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الاذن معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستأجر الارض الى ان يدرك لانه كبيت لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة للجهالة فاورثت خبثا ولو اشتراها مطلقا فاثمرت ثم آجر قبل القبض وسلم البيع لانه كما قبله تسليم المبيع التعذر التمييز ولو اثمرت بعد القبض يشترك كما في الولد وخلاطه والقول قول المشتري في مقدار ما له في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والخلاف في الاصول يبتنى على ملكه

فيهما البطلان الا ان الشرع اجاز ها للحاجة فيما فيه تعامل والتعامل في اجارة الاشجار المجردة فلا يجوز وكذا لو استأجر اشجارا ليتخذ عليها قبابا لا يجوز ذكره الكرخي فاذا ابطلت بقي الاذن معتبرا فيطيب بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستأجر الارض الى ان يدرك حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة هنا فاسدة لان الارض يجوز اجارتها وانما فسدت لجهالة الاجل فاورثت خبثا اما هناك الاجارة باطلة والباطل لا وجود له فلم يوجد الا الاذن فطاب اما الفاسد فله وجود فكان الاذن ثابتا في ضمنه باعتباره فمنع وهناك صار الاذن مستقلا بنفسه وهذا بناء على عدم عذره بالجهل في دار الاسلام ان كان جاهلا بطلان الاجارة وفي الثالثة لا يطيب له ويتصدق بما زاد لانه حصل بجهة محظورة اما اذا باع قبل تناهي عظمه فتركه المشتري بغير اذن البائع فانه لا يتصدق بشيء لانه لم يزد في ذاتها شيئا وهذا قول المصرلان هذا تغير حاله لا تحقق زيادة اي تغير من وصف الى آخر بواسطة انضاج الشمس عليه نعم عليه ثمن غصب المنفعة يتعلق به لا بالعين المبيعة باثبات خبث فيه لوجه قول الشافعي وباقي الائمة في الخلافية ما في الصحيحين عن انس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وعن بيع النخل حتى تزهو قيل ما تزهو قال تحمار او تصفار وفي صحيح البخاري في الزكوة عن ابن عمر رضي الله عنهما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحها وكان اذا سئل عن صلاحها قال حتى تذهب عاهتها واخرج ابو داود والترمذي وابن ماجة عن انس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد قال الترمذي حديث حسن غريب لا نعرفه مرفوعا الا من حديث حماد بن سلمة ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم ولنا ما تقدم من قوله عم من اشترى نخلا قد ابرت فثمرتها للبائع الا ان يشترط المبتاع فجعله للمشتري بالشرط فدل على جواز بيعه مطلقا لانه لم يقيد دخوله في البيع عند اشتراط المبتاع ولو يقيد صلاحه وفي موطأ مالك عن عمرة بنت عبد الرحمن قالت ابتاع رجل ثمرة حائط في زمن النبي صلى الله عليه وسلم فعالجه وقام حتى تبين له النقصان فسأل رب الحائط ان يضع له او يقيله فحلف لا يفعل فذهب بالمشتري الى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك فقال يا بي ان لا يفعل خيرا فسمع بذلك رب الحائط فاتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال هو له ولو لا صحة البيع لم تترتب الاقالة عليه اما النهي المذكور فهم قد تركوا ظاهره فانهم اجازوا البيع قبل ان يبدو صلاحها بشرط القطع وهذه معارضة صريحة لمنطوقه فقد اتفقنا على انه متروك الظاهر وهو لا يحل ان لم يكن لموجب وهو عندهم فعليله عليه السلام بقوله عليه الصلوة والسلام ارايت ان منع الله الثمرة بم يستحل احدكم مال اخيه فانه يستلزم ان معناه انه نهى عن بيعها مدركة قبل الادراك ومزهية قبل الزهو وقد فسر انس رضي الله عنه زهوها بان يحمر او تصفر وفسرها ابن عمر رضي الله عنه بان يأمن العاهة فكان النهي عن بيعها محمرة قبل الاحمرار ومصفرة قبل الاصفرار امنة من العاهة قبل ان يؤمن عليها وذلك لان العادة ان الناس يبيعون الثمرة قبل ان تقطع فنهى عن هذا البيع قبل ان توجد الصفة المذكورة واما ما ذكرنا من نهيه عم من بيع العنب حتى يسود وهو لا يكون عنبا قبل السواد ليفيده فانه قبله حصرم فكان معنا على القطع النهي عن بيع العنب عنبا قبل ان يصير عنبا وذلك لا يكون الا بشرط الترك الى ان يصير عنبا فصار محل النهي بيع الثمرة قبل بدو الصلاح بشرط الترك الى ان يبدو الصلاح ويدل عليه تعليل النبي صلى الله عليه وسلم بقوله ارايت لو منع الله الثمرة بم يأخذ احدكم مال اخيه فالمعنى اذا بعتموه عينا قبل ان يصير عنبا بشرط الترك الى ان تصير عنبا فمنع الله الثمرة فلم تصر عنبا بم يستحل احدكم يعني البائع مال اخيه المشتري والبيع بشرط القطع لا يتوهم فيه ذلك فلم يكن متناولا للنهي فاذا صار محل النهي بيعها بشرط تركها الى ان يصلح فقد قضينا عهدة هذا النهي فاذا قد افسدنا هذا البيع وبقي بيعها مطلقا غير متناول للنهي بوجه من الوجوه هذا ما ترك الله الاستدلال لهم في هذه المخالفة بالحديث وترجح فالحديث المذكور لنا فيها اعني بيت البابا

قال ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا معلومة خلافا لمالك رح لان الباقي بعد الاستثناء مجهول بقدره

وما ذكرناه استثناء بخلاف ما سيجيء لان الباقي معلوم بالمشاهدة قال رح قالوا هذا في رواية الحسن وهو قول الطحاوي

تأمل ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد بيع

تفيزه من صبرة جاز فكذا الاستثناء بخلاف استثناء الحمل واطراف الحيوان لانه لا يجوز بيعه فكذا استثناؤه

سالم من المعارض وكذلك المبيع وهو انه مبيع منتفع به في الحال او في ثاني الحال الخ وبهذا التقرير ظهر ان ليس حديث التابير عاما عارضه خاص وهو حديث بدو الصلاح وان الترجيح هنا ينبغي ان يكون للخاص لانه مانع وحديثنا مبيح فلا يتناول احدهما ما يتناول الآخر فالحاصل ان البيع بالمبيد وصلاحا بالشرط القطع وهو جائز اتفاقا لانه غير متناول للنهي لما ذكرناه واما مطلقا فاذا كان حكمه لزوم القطع كان مثله البيع بالمبيد وصلاحا بشرط القطع فلا يتحقق محل النهي الا بهما بشرط الترك ونحن قائلون بانه فاسد فلو اشتراها مطلقا فاثمرت ثمرا اخر قبل القبض فسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز فاشبه هلاكه قبل التسليم ولو اثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقدار ثمن يمينه لانه في يده وكذا في بيع الباذنجان والبطيخ اذا حدث بعد القبض خروج بعضها اشتركا كما ذكرناه وكان الحلواني يفتي بجوازه في الكل ورجحه انه مروي عن اصحابنا وكذا حكي عن الامام الفضلي وكان يقول الموجود وقت العقد اصل وما يحدث تبع نقله شمس الائمة عنه ولم يقيد عنه بكون الموجود وقت العقد يكون اكثر بل قال عنه اجعل الموجود اصلا في العقد وما يحدث بعد ذلك تبعا وقال استحسن فيه لتعامل الناس فانهم تعاملوا بيع ثمار الكرم بهذه الصفة ولهم في ذلك عادة ظاهرة وفي نزع الناس عن عاداتهم حرج وقد رأيت رواية في نحو هذا عن محمد رح وهو في بيع الورد على الاشجار فان الورد مثلا حق ثم جوز البيع في الكل بهذا الطريق وهو قول مالك رح والمخلص من هذه اللوازم الصعبة ان يشتري اصول الباذنجان والبطيخ والرطبة ليكون ما يحدث على ملكه وفي الزرع والحشيش يشتري الموجود بعض الثمن ويستأجر الارض مدة معلومة بعلم غاية الادراك وانقضاء الغرض فيها بنا في الثمن وفي ثمار الاشجار يشتري الموجود ويحيل له البائع ما يوجد فان خاف ان يرجع يفسخ كما قال الفقيه ابو الليث في الاذن في ترك الثمر على الشجر وهو ان ياذن المشتري على انه متى رجع عن الاذن كان ماذونا في الترك باذن جديد فيحتاج له على مثل هذا الشرط

قوله ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا معلومة خلافا لمالك اجازه قياسا على استثناء شجرة معينة قلنا قياس مع الفارق لان الباقي بعد اخراج المستثنى غير مشار اليه ولا معلوم الكيل المخصوص فكان مجهولا بخلاف الباقي بعد اخراج الشجرة فانه معلوم مقدر بالاشارة قالوا هذه رواية الحسن عن ابي حنيفة رح وهو قول الطحاوي والشافعي واحمد رح وعلى ما ذكرنا من التعليل لا يرد ما قيل ينبغي ان يجوز البيع على كل حال لانه ان بقي شيء بعد اخراج المستثنى فظاهر وان لم يبق شيء يكون الاستثناء باطلا لانه مستغرق فيبقى الكل مبيعا لان ورود هذا على التعليل يجوز ان لا يبقى بعد الاستثناء شيء وتعليل المصنف بجهالة المبيع وهو يوجب الفساد وان ظهر ارتفاعها بالآخرة واتفق ان بقي مقدار معين لان العبرة للنهاية قبل ذلك في الحال هي الفاسدة قال المصنف رح فما على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه ومن العقد بيع قفيز من صبرة جائز فكذا الاستثناء وبخلاف استثناء الحمل من الجارية الحامل او الشاة وفي اطراف الحيوان لا يجوز كما اذا باع شاة او الشاة الا اليتها او هذا العبد الا يده فيصير مشتركا بخلاف ما لو كان مشتركا على الشيوع فانه جائز وانما قال ينبغي لان جواب هذه المسئلة ليس مصرحا به في ظاهر الرواية وهو ان كل ما جاز افراده بالعقد عليه جاز استثناؤه وبيع البعض مبينا الا ان عامة المجوزة اقيس بمذهب ابي حنيفة رح في مسئلة بيع صبرة طعام كل قفيز بدرهم فانه افسد البيع بجهالة قدر المبيع وقت العقد وهذا لازم في استثناء ارطال معلومة مما على الاشجار وان لم يفض الى المنازعة فالحاصل ان كل جهالة مفضية الى المنازعة مبطلة تحقيقا لما لزم ان لم يفض اليها بعض مواضع بل لابد مع عدم المفضية الى المنازعة في الصحة من كون البيع على حدود الشرع الا يرى ان المتبايعين

ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلي في قشره وكذا الارز والسمسم وقال الشافعي رح لا يجوز بيع الباقلي الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الاول عنده وكذا في بيع السنبلة قولان وعندنا يجوز ذلك كله لان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه فاشبه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه ولنا ما روي عن ابي عليه السلام انه نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ولانه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع كونه مأكولا منتفعا بخلاف تراب الصاغة لانه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربوا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو باعه بجنسه لا يجوز ايضا لشبهة الربوا لانه لا يدري قدر ما في السنابل ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح اغلاقها لانه يدخل فيه الاغلاق تبعا لانها موكدة فيها للبقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لانه بمنزلة بعض منه اذ لا ينتفع به بدونه

تقدير انسيان على شرط لا يقتضيه العقد وعلى البيع باجل مجهول كقدوم الحاج ونحوه ولا يعتبر ذلك متعاوا اما ما قيل في توجيه المنع لئلا البيع لا يبلغ الا بتلك الارطال فبعيد اذ المشاهدة تفيد كون تلك الارطال يستغرق الكل اولى فلا يرضى المشتري حينئذ بذلك الاستئناء **قوله** ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلا في قشره وكذلك الارز والسمسم وقال الشافعي رح لا يجوز بيع الباقلا الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الاول عنده وفي بيع الحنطة في السنبل قولان واجاز بيع الشعير في الذرة وعندنا يجوز ذلك كله لان المقصود وهو المبيع مستور بما لا منفعة فيه فلا يجوز بيعه كتراب الصاغة اذا بيع بجنسه بجامع استتاره بلا منفعة فيه والمعول في استدلاله نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وفي هذا غرر فانه لا يدري قدر الحنطة الكائنة في السنابل وذا البيع ما اريد الا لاجل السنابل فيرجع الى جهالة قدر المبيع والزم على هذه ان لا يجوز بيع اللوز ونحوه في قشره الثاني لكنه ترك لتعامل المتوارث ولنا ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع النخل حتى يزهو وعن بيع السنبل حتى يبيض رواه مسلم واصحاب السنن الاربعة ويقال زهى النخل والعنب يزهو وزاهى لغة وفي الاشتقاق عن الزهو لغتان وانكر الاصمعي الرباعية يزهي كما نقل الزمخشري عن العين الكائن يزهو الثلاثية لا يقال انتم لم تعملوا بصدر الحديث لانا نقول قد بينا انا ما ملزمون فان الاتفاق على انحطاط النهي عما بيع بشرط الترك الى الزهو وقد منعناه ولانه مال متقوم معلوم فيجوز بيعه كالشعير في سنبله بخلاف بيعه بمثله في سنبلة الحنطة لاحتمال الربا اما انه مال متقوم فظاهر واما انه معلوم فشار اليه وبالاشارة كفاية في التسليم اذ المانع من رؤيته فيهما لا يخل بدركه فذكره في الجملة وليس معرفته على التحرير شرطا والا امتنع بيع الصبرة المشاهدة وارد المطالبة بالفرق بين ما اذا باع حب قطن في قطن بعينه او نوى تمر في تمرة بعينه اي باع ما في هذا القطن من الحب وما في هذا التمر من النوى فانه لا يجوز مع انه اليه في غلافه اشار ابو يوسف رح الى الفرق بان النوى ههنا معتبر عدما بالكائن في العرف فانه يقال هذا تمر وقطن ولا يقال هذا نوى في تمرة ولا حب في قطنة ويقال هذه حنطة في سنبلها وهذا لوز وفستق ولا يقال هذه قشور فيهما لوز ولا يذهب اليه وهم بخلاف تراب الصاغة فانه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا حتى لو باع بخلاف جنسه جاز وما ذكرنا يخرج الجواب عن امتناع بيع اللبن في الضرع واللحم والشحم في الشاة والالية والاكارع والجلد فيها والدقيق في الحنطة والزيت في الزيتون والعصير في العنب ونحو ذلك حيث لا يجوز لان كل ذلك معدوم في العرف لا يقال هذا عصير وزيت في محله فكذا الباقي واعلم ان الوجه يقتضي ثبوت الخيار للمشتري بعد الاستخراج في ذلك كله لانه لم يره **قوله** ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح اغلاقها المراد بالغلق ما نسميه ضبة وهذا اذا كانت مركبة لا لخلل تركب للبقاء الا اذا كانت موضوعة في الدار ولهذا لا تدخل الاقفال في بيع الحوانيت لانها لا تركب وانما تدخل الالواح وان كانت منفصلة لانها في العرف كالابواب المركبة والمراد بهذه الالواح ما نسمي في عرفنا بمصراريت الدكان وقد ذكرنا فيما عدم الدخول والمعول عليه وقوله لانه لا ينتفع الا به يقيد ان يدخل تبعا للغلق يعني لا ينتفع بالغلق الا بالمفتاح واذا دخل الغلق دخل المفتاح كما لو اشترى غلقا فانه يدخل مفتاحه واورد عليه انه يلزم ان يدخل الطريق في بيع الدار وهو لا يدخل مع انه لا ينتفع بها الا به اجيب بمنع ان شرار الدار مقصور على الانتفاع بذا تجابل قد يكون لغرض مجرد الملك ليأخذ بالشفعة او يستغلها او يتجر بها وكذا الدكان العقد عليها مقصورا على ذلك كما في الاجارة او ظننا الطريق **فرع** بناء بأجنحة فيه من حيث انه يتناول البيع بلا تنصيص من المالك عليه وان كان من معنى آخر اشترى ما ينساغ اليه الفساد ولم يقبضه المشتري ولم ينقد الثمن حتى غاب كان للبائع ان يبيعه من آخر ويحل للمشتري الثاني ان يشتريه وان كان يعلم بالحال لان المشتري الاول رضي بهذا فسخ دلالة

قال واجرة الكيال وناقد الثمن على البائع اما الكيل فلان فيه تسليم وهو على البائع ومعنى هذا البيع مكايلة وعد اجرة الوزان والذراع والعداد واما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد رح لان النقد يكون بعد التسليم لانه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج اليه ليميز ما تعلق به حقه من غيره او ليعرف العيب ليرده وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري لانه يحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه قال واجرة وزان الثمن على المشتري لما بينا انه هو المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم قال ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن اولا لان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لما انه لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة قال ومن باع سلعة بسلعة او ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا لاستوائهما في التعيين وعدمه فلا حاجة الى تقديم احدهما في الدفع

فيعمل للبائع بيعه وحل للمشتري ان يشتريه وانما كتبناها لانها كثيرا ما تقع في الاسواق **قوله** واجرة الكيال ووزان المبيع وذراعه وعداده ان كان البيع بشرط الكيل او الوزن او الذراع او العد على البائع لان عليه ايفاء المبيع ولا يتحقق ذلك الا بكيله ووزنه ونحوه ولان كل من ذلك يميز ملكه عن ملك غيره ومعلوم ان الحاجة الى هذا اذا باع مكايلة او موازنة ونحوه اذ لا يحتاج الى ذلك في المجازفة واجرة وزان الثمن على المشتري باتفاق الائمة الاربعة لانه يحتاج الى تسليم الثمن وتمييزه عنه فكانت مؤنة عليه واما اجرة الناقد الثمن فاختلفت الروايات والمشائخ فروى ابن رستم عن محمد رح انه على البائع وهو المذكور في المختصر ووجه ان النقد يحتاج اليه بعد التسليم فح يكون في يد البائع وهو المحتاج اليه لاحتياجه الى تمييز حقه وهو الجياد عن غير حقه وروى ابن سماعة عنه انه على المشتري وبه كان يفتي الصدر الشهيد لانه يحتاج الى تسليم الجيد وتعرفه بالنقد كما يعرف المقدار بالوزن فكان هو المحتاج اليه وعن محمد رح اجرة النقد على من عليه الدين كما في الثمن انه على المشتري الا اذا قبض الدين ثم ادعى عدم النقد فالاجرة على رب الدين وفي الخلاصة الصحيح انه على المشتري وكذا قال القدوري انه على المشتري الا اذا قبض البائع الثمن ثم جاء يرده بعيب لزيافة قال واختار في الواقعات انه على المشتري وفي باب العين لو اشترى حنطة مكايلة فالكيل على البائع وصبها في وعاء المشتري على البائع ايضا هو المختار وفي المنتقى اخراج الطعام من السفن على المشتري ولو اشترى حنطة في سنبلها فعلى البائع تعييلها بالدرس والتذرية ودفعها الى المشتري وهو المختار وقطع العنب للمشتري جذاذا على المشتري وكذا كل شئ باعه جزافا كالثوم والبصل والنجور اذا خلا بينها وبين المشتري وكذا قطع التمر يعني اذا خلا البائع بينها وبين المشتري الكل من الخلاصة **قوله** ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن اولا لان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن لتعيين حق البائع بالقبض لانه قبل القبض لم يتعين ولو عين دراهم اشتري بها لما عرف انها لا تتعين بالتعيين في البيع فلا بد من تقدم قبضها ليتساويا ولو كان المبيع غائبا لا يلزم المشتري دفع الثمن وللبائع حبس جميع المبيع ولو بقي من ثمنه درهم واحد ولا يسقط حق حبس البائع للمبيع ولو اخذ بالثمن كفيلا او رهن المشتري به رهنا اما لو احال البائع به عليه وقيل يسقط حق الحبس وكذا اذا احال المشتري البائع به عند ابي يوسف وعن محمد رح فيه روايتان في رواية كقول ابي يوسف رح وفي رواية اذا احال البائع رجلا به سقط واذا احال المشتري البائع به لا يسقط ولم يسلم المبيع هو في ضمان البائع في جميع زمان حبسه فلو هلك في يد البائع بفعله او بفعل المبيع نفسه بان كان حيوانا فقتل نفسه او بامر سماوي بطل البيع فان كان قبض الثمن اعاده الى المشتري وان كان بفعل المشتري فعليه ثمنه ان كان البيع مطلقا او بشرط الخيار للمشتري وان كان الخيار للبائع او كان البيع فاسدا لزمه ضمان مثله ان كان مثليا او قيمته ان كان قيميا وان هلك بفعل اجنبي فالمشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع وعاد المبيع الى ملك البائع ويضمن له الاجنبي في المثلي المثل والا فالقيمة فان كان الضمان من جنس الثمن وفيه فضل لا يطيب له وان كان من خلافه طاب وان شاء اختار البيع واتبع الاجنبي في الضمان فان له ذلك وعليه الثمن للبائع فان كان في الضمان فضل فعلى ذلك لتفصيل **قوله** ومن باع سلعة بسلعة او ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا لاستوائهما في تعيين حق كل منهما قبل التسليم فايجاب تقديم دفع احدهما بعينه على الآخر تحكم فيد فعان معا ولا بد من معرفة التسليم والتسلم الموجب للبراءة في التجريد تسليم المبيع ان يخلي بينه وبين المبيع على وجه تمكن من قبضه من غير حائل وكذا تسليم الثمن وفي الاجناس يعتبر في صحة التسليم ثلثة معان ان يقول خليت بينك وبين المبيع وان يكون المبيع بحضرة المشتري على صفة يتاتى فيه الفعل من غير مانع

باب خيار الشرط

قال خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري ولهما الخيار ثلثة ايام فما دونها

وان يكون مفرزا غير مشغول بحق غيره وعن ابي يوسف المتاع لغير البائع لا يمنع فلو اذن له بقبض المتاع والبيت صح وصار المتاع وديعة عنده وكان ابو حنيفة رح يقول القبض ان يقول خليت بينك وبين المبيع فاقبضه ويقول المشتري وهو عند البائع قبضته فان اخذ برأسه وصاحبه عنده نقاده فهو قبض دابة كان او بعيرا او ان كان غلاما او جارية فقال له المشتري تعال معي او امش قحطا معه فهو قبض وكذا لو ارسله في حاجته وفي الثوب ان اخذه بيده او خلا بينه وبينه وهو موضوع على الارض فقال خليت بينك وبينه فاقبضه فقال قبضته فهو قبض وكذا القبض في البيع الفاسد بالتخلية ولو اشترى حنطة في بيت ودفع البائع المفتاح اليه وقال خليت بينك وبينها فهو قبض وان دفعه ولم يقل شيئا لا يكون قبضا ولو باع دارا غائبة فقال سلمتها اليك فقال قبضتها لم يكن قبضا وان كانت قريبة كان قبضا وهي ان تكون بحال يقدر على انتقالها فما هي بعيدة واطلق في المحيط ان بالتخلية يقع القبض وان كان البيع يبعد عنها وقال الحلواني ذكر في النوادر اذا باع ضيعة وخلا بينها وبين المشتري ان كان يقرب منها يصير قابضا او يبعد لا يصير قابضا قال والناس عنه غافلون وانهم ليشترون الضيعة بالسواد ويقرون بالتسليم والقبض وهو الاصح به القبض وفي جامع شمس الائمة يصح القبض فان كان العقار غائبا عنهما عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وفي جميع النوازل دفع المفتاح في بيع الدار تسليم اذا تهيأ له فتحه من غير تكلف وكذا لو اشترى بقرا في السرج فقال البائع اذهب فاقبض ان كان يرى بحيث يمكنه الاشارة اليه يكون قبضا ولو باع خلا او نحوه في دن وخلا بينه وبين المشتري في دار نفسه وختم المشتري على الدن فهو قبض ولو اشترى ثوبا فامره البائع بقبضه فلم يقبضه حتى اخذه انسان ان كان حين امره بقبضه امكنه من غير قيام صح التسليم فان كان لا يمكنه الا بالقيام لا يصح ولو اشترى طيرا في بيت والباب مغلق فامره البائع بالقبض فلم يقبضه حتى هبت ريح ففتحت الباب فطار لا يصح التسليم وان فتحه المشتري فطار صح التسليم لانه يمكنه التسليم بان يحتاط بالفتح ولو اشترى فرسا في خيشه فقال البائع سلمتها اليك ففتح المشتري الباب فذهب الفرس ان امكنه اخذه من غير عون كان قبضا وهو تاويل مسئلة الطير وفي مكان آخر من غير عون ولا حيل ولو اشترى دابة والبائع راكبها فقال المشتري احملني معك فحمله فعطبت هلكت على المشتري قال القاضي الامام هذا اذا لم يكن على الدابة سرج فان كان عليها سرج وركب المشتري في السرج يكون قابضا والا فلا ولو كان راكبين قباع المالك منهما الآخر لا يصير قابضا كما اذا باع الدار والبائع والمشتري فيها ❊

باب خيار الشرط قد عرف ان البيع علة لحكمه من لزوم تعاكس الملكين في البدلين والاصل لا يتخلف حكم العلة عنها فتقدم هو الاصل ثم شرع بذكر ما يتعلق بالعلة التي تتخلف عنها مقتضاها وهو البيع بشرط الخيار وظهر ان شرط الخيار مانع ثبتت على خلاف القياس لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ويقال للبيع المشروط فيه الخيار علة اسما ومعنى لا حكما وللمستلزم علة اسما ومعنى وحكما وقد عرف ذلك من اصطلاحهم في الاصول والموانع خمسة اقسام مانع يمنع انعقاد العلة وهو حرية المبيع فلا ينعقد البيع في الحر لانها لا تنعقد الا في محلها ومحل البيع المال والحر ليس بمال فلا وجود للبيع اصلا فيه بانقطاع الوتر يمنع اصل الرمي بعد القصد اليه ومانع يمنع تمام العلة وهو البيع المضاف الى مال الغير كما صابه السهم بعد الرمي حائطا فرده عن سنه ومانع يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة وهو خيار الشرط يمنع ثبوت حكمه وهو خروج المبيع عن ملكه على مثال استنار المرمي اليه بترس يمنع من اصابة الغرض منه ومانع يمنع من تمام الحكم بعد ثبوته كخيار الرؤية للمشتري ومانع يمنع لزومه كخيار العيب واضافة الخيار الى الشرط على حقيقة الاضافة

والاصل فيه ما روى ابن حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري رض وكان يغبن في البياعات فقال له النبي عليه السلام اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة

وهي اضافة الخيار الى سببه اذ سببه الشرط وحين ورد شرعية جعلناه داخلا في الحكم مانعا من ثبوته تعليلا للعلة بقدر الامكان وذلك لان عدم ثبات الخطر في ثبوت الملك وبذلك يشبه القمار فقلنا شبهه ولقائل ان يقول القمار ما حرم بمعنى الخطر بل باعتبار تعليق الملك بما لم يضعه الشرع سببا للملك فان الشارع لم يضع ظهور العدد للغلاني في ورقة مثلا سببا للملك والخطر طرد في ذلك لا اثر له نعم يتجه ان يقال اعتبرناه في الحكم تعليلا بخلاف الاصل واما كونه فيه غرر وقد نهى عن بيع الغرر في البيع وهذا في ان الملك هل ثبت اولا **قوله** خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري ولهما ثلاثة ايام يروى بنصب ثلاثة ايام على الظرف اي في ثلاثة ايام ويرفعها على انه خبر مبتدا محذوف اي هو ثلاثة ولا يخفى ما فيه والصواب ان تقدر مدته ثلاثة ايام ثم في فتاوى قاضي خان اذا شرط الخيار لهما لا يثبت حكم العقد اصلا ويثبت الخيار في البيع الفاسد كالصحيح **قوله** والاصل فيه ما روى ان حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري رض كان يغبن في البياعات الحديث روى الحاكم في المستدرك من حديث محمد بن اسحق عن نافع عن ابن عمر قال كان حبان بن منقذ رجلا ضعيفا وكان قد اصابته في راسه مامومة فجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم الخيار الى ثلاثة ايام فيما اشتراه وكان قد ثقل لسانه فقال له النبي صلى الله عليه وسلم بع وقل لا خلابة وكان يشتري الشيء فيجيء به الى اهله فيقولون له هذا غال فيقول ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد خيرني في بيعي وسكت عليه وحبان بفتح الحاء ومنقذ بالمعجمة ورواه الشافعي من طريق محمد بن اسحق قال اخبرنا سفيان عن محمد بن اسحق به ثم قال الشافعي رح والاصل في بيع الخيار انه فاسد ولكن لما شرط رسول الله صلى الله عليه وسلم في المصراة خيار ثلاثة ايام في البيع وروى انه جعل لحبان بن منقذ خيار ثلث فيما ابتاع انتهينا الى ما قال صلى الله عليه وسلم واخرجه البيهقي في سننه عن ابن عمر شهمت رجلا من الانصار يشكو الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انه لا يزال يغبن في البيوع فقال له اذا بايعت فقل لا خلابة ثم انت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ايام قال ابن اسحق فحدث به محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدي منقذ بن عمرو قد اصيب في راسه وكان يغبن في البيع فذكر نحوه ورواه ابن ماجه عن محمد بن يحيى بن حبان قال هو جدي منقذ بن عمرو وكان قد اصابت امه في راسه فكسرت لسانه وكانه لا يدع على ذلك التجارة وكان لا يزال يغبن فاتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك الحديث وهو يقتضي ان المقول له منقذ بن عمرو لا حبان ابنه ولا شك ان هذا منقطع وغلط من عزاه لابي داود وكذا رواه البخاري في تاريخه الاوسط عن محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدي منقذ بن عمرو فذكره قال وعاش مائة وثلاثين سنة والحديث وان دار على ابن اسحق فالاكثر على توثيقه ورجح مالك بما قال فيه ذكر ذلك السهيلي في الروض الانف وكذا رواه ابن ابي شيبة عن محمد بن يحيى بن حبان قال قال عليه الصلوة والسلام لمنقذ بن عمرو قل لا خلابة واذا بعت بيعا فانت بالخيار فلا شك ان كون الواقعة لحبان او رجلان هذا منقطع وذلك موصول هذا وشرط الخيار مجمع عليه واما ما روى في الموطا الصحيح عن ابن عمر ان رجلا ذكر للنبي صلى الله عليه وسلم انه كان يخدع في البيوع فقال اذا بايعت فقل لا خلابة والخلابة الخديعة فليس فيه دليل على المقصود والعجب ممن قال الاصل في جواز شرط الخيار ثم ذكر هذا الحديث وهو لا يمس المطلوب **فروع** يجوز الحاق خيار الشرط بالبيع لو قال احدهما بعد البيع ولو بايام جعلتك بالخيار ثلاثة ايام صح بالاجماع حتى لو شرط الخيار بعد البيع البات شهرا او رضيا به فسد العقد عند ابي حنيفة خلافا لهما ولو الحقا به شرطا فاسدا بطل الشرط ولا يفسد العقد في قولهما ويفسد في قول ابي حنيفة رح ولو باع على انه بالخيار على ان لكل منهما ان يستطلع ويستخدمه جاز وهو على خياره ولو قال في بيع البستان على انه بالخيار على ان له ان ياكل من ثمرته لا يجوز لان الثمرة له حصته من الثمن وليس بمباح

لا يجوز اكثر منها عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر والشافعي وقالا لا يجوز اذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رض انه اجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتاجيل في الثمن ولابي حنيفة رح ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وانه ما جوز زناه بخلاف القياس بما رويناه من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة

ان يطالب بالثمن قبل ان يسقط المشتري خياره ولو قال رضيت بالخيار كان له خياره ذلك المجلس فقط ولو قال الى الظهر فعند ابي حنيفة رح يستمر الى ان يخرج وقت الظهر وعندهما لا يدخل الغاية **قوله** ولا يجوز اكثر منها اي من ثلاثة ايام عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر والشافعي رح لما لا يجوز عند ابي حنيفة اذا زاد على ثلاثة كذلك لا يجوز اذا اطلق وقالا لا يجوز اذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رض انه اجاز البيع الى شهرين وهذا دليل جواز الدعوى لانها جوزاه اكثر من ثلاثة ايام طالت المدة او قصرت وحديث ابن عمر رض يفيد جواز اكثر من الثلاثة بدلالة لا غير ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التروي ليندفع الغبن وقد تمس حاجة الى الاكثر فصار كالتاجيل في الثمن شرع للحاجة الى ان التاجيل مخالف لمقتضى العقد ثم جاز اي مقدار تراضيا عليه وبقدلها قال احمد لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم وقال مالك اذا كان المبيع مما لا يبقى اكثر من يوم كالفاكهة لا يجوز ان يشترط الخيار فيه اكثر من يوم وان كان وضيعة لا يمكن الوقوف في ثلاثة ايام ويجوز ان يشترط اكثر من الثلاثة لانه شرع للحاجة ويمكن ان يقال لم يتعين اشتراط الاكثر شرطا بقلانه ان كان لامكان ان يذهب فيراها قبل انقضاء الثلاث ثم يشتري لانه حاجة الى شرط الخيار اصلا لان الرؤية حاصلة وقد تأخرت سواء ستة وان كان للتروي في امر هائل يساوي الثمن المذكور او لا وهي منتفع بها على الكمال او لا ون لم يربها فقد الا يتوقف على اكثر من الثلاثة لانه يعرف بالسؤال والمراجعة للعارفين وذلك يحصل في مدة الثلاث واما ما يتسارع اليه الفساد فحكمه مسطور في فتاوى القاضي اشتري شيئا يتسارع اليه الفساد على انه بالخيار ثلاثة ايام في القياس لا يخير المشتري على شيء وفي الاستحسان يقال للمشتري اما ان تفسخ البيع واما ان تأخذ المبيع ولا شيء عليك من الثمن حتى يجيز البيع او يفسد المبيع عندك دفعا للضرر عن الجانبين وهو نظير ما لو ادعى في يد رجل بشراء شيء يتسارع اليه الفساد كالسمكة الطرية وجحد المدعى عليه فاقام المدعي البينة ويخاف فسادها في مدة التزكية فان القاضي يأمر مدعي الشراء ان ينقد الثمن ويأخذ السمكة ثم القاضي ينبهها من آخر ويأخذ ثمنها ويضع الثمن للاول والثاني على يد عدل فان عدلت يقضي للمدعي الشراء بالثمن الثاني ويدفع الثمن الاول للبائع ولو ضاع الثمنان عند العدل يضيع الثمن الثاني من مال مدعي الشراء لان بيع القاضي كبيعه ولو لم تعدل البينة فانه يضمن قيمة السمك للمدعي عليه لان المبيع لم يثبت ويبقى اخذ ماله الغير بجهة البيع فيكون مضمونا عليه بالقيمة والوجه يقتضي ان هذا فيما اذا كان المبيع في يد البائع واما اذا كان في يد المشتري فلا يلزمه شيء لانه اذا فسد لزمه الثمن ان كان الخيار له والقيمة ان كان الخيار للبائع والله اعلم وجه قول ابي حنيفة رح ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم فيثبت قصا على خلاف القياس في المدة المذكورة للتروي فيما يدفع الغبن عنه ولا شك ان النظر لا ستكشاف كونه في هذا المبيع مغبونا او غير مغبون يتأتى في ثلاثة ايام بل في اقل منها فان معرفة كونه مغبونا في هذه الصفقة ليس من المعلوم البالغة في الخفاء والاشكال ليحتاج في حصول الى مدة تزيد عليها فكان الزائد على الثلاث ليس في محل الحاجة اليه لحصول المعنى المذكور فلا يجوز الحاقه بالثلث دلالة كما لا يجوز بالقياس ولو فرض من الغباوة بحيث لا يستفيد كونه مغبونا لم يعذر ولا يبنى الفقه باعتباره ولان مثله زائل العقل وبهذا يظهر ان قول ابن الجوزي في التحقيق في حديث حبان انه خرج مخرج الغالب غير صحيح ولانه عليه الصلوة والسلام ضرب الثلاث لمن كان غائبا في ضعف المعرفة على ما ذكر من امر حبان انه كان رجلا ضعيفا وكانت بدابته موضحة مأمومة افسدت عياله وانه منقد وكان قد اصابته امة في راسه فكسرت لسانه وناعت عقله وبلغ من السن مائة وثلاثين كما في تاريخ البخاري الاوسط فاي حالة تزيد على هذه من الضعف الا عدام العقل بالكلية ومع ذلك لا يجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم سوى ثلاثة ايام ولا شك

الا انه اذا اجاز في الثلث جاز عند ابي حنيفة رح خلافا لهما هو يقول انه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا وله انه اسقط المفسد قبل تقرره فيعود جائزا كما اذا باع بالرقم واعلم في المجلس وكان الفساد باعتبار اليوم الرابع فاذا اجاز قبل ذلك اتصل المفسد بالعقد وهذا قبل ان العقد فيفسد بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وهذا على الوجه الاول ولو اشترى على ان لا يعقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع بينهما جاز الى الرابع

ايام لا يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجوز الى اربعة ايام او الثوب فان نقد في الثلث جاز في قولهم جميعا والاصل فيه ان حذف في معنى اشتراط الخيار اذ الحاجة ماسة الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به وقد مر ابو حنيفة على اصله في الملحق به وفي الزيادة على الثلث وكذا محمد في تجويز الزيادة وابو يوسف اخذ في الاصل بالاثر وفي هذه المسئلة قياس آخر اليه مال ان فرد جوابه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط واشتراط الصحيح منافيه مفسد للعقد فاشتراط الفاسد اولى وجه الاستحسان ما بينا

في منع الزائد مع انه وجد في السبع ما ينفيه صريحا وهو وان لم يبلغ درجة الحجة ولا شك انه يستانس به بعد تمام الحجة وهو ما روى عبد الرزاق من حديث ابان بن ابي عياش عن انس ان رجلا اشترى من رجل بعيرا وشرط عليه الخيار اربعة ايام فابطل رسول الله صلى الله عليه وسلم البيع وقال الخيار ثلاثة ايام الا انه اعل بابان مع الاعتراف بانه كان رجلا صالحا وكذا اخرج الدارقطني عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال الخيار ثلاثة ايام وفيه احمد بن مسيرة متروك واما ما استدلوا به من حديث ابن عمر المذكور في الكتاب فلا يعرف في شيء من كتب الحديث والآثار واما القياس على الاجل فنقول بموجبه ولا يضرنا فان الشارع لما شرع الاجل على خلاف القياس شرعه مطلقا فعلمنا باطلاقه هنا لما شرع الخيار شرعه مقيدا بثلاثة ايام او ثلاث ليال فعلمنا بتقييده حتى انه لو شرع الاجل ايضا مقيدا بمدة كنا نقول لا يزاد عليها ايضا ولوجود الاقتصار على مورد النص نقل عن سفيان الثوري وابن شبرمة ان شرط الخيار للبائع لا يجوز لان نفس الخيار ما ورد الا للمشتري قلنا ممنوع بل للاعم فانه صلى الله عليه وسلم قال لذا ابايعت وهو يصدق بكونه بائعا ومشتريا **قوله** الا ان استثنار من قوله ولا يجوز اكثر منها اي لا يجوز في وقت من الاوقات الا في وقت اجازته داخل الثلاثة عند ابي حنيفة رح خلافا لزفر وبه قال الشافعي رح هو اي زفر يقول انه اي العقد انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا باع الدرهم بدرهمين ثم اسقط الدرهم الزائد لا يقع صحيحا او باع عبدا بالف ورطل خمر ثم اسقط وهذا لان البقاء على حسب الثبوت فان الباقي هو الذي كان قد ثبت ولابي حنيفة انه اي من له الخيار اسقط المفسد وهو اشتراط اليوم الرابع قبل تقرره او قبل ثبوته وتحققه لان ثبوته بمضي ثلاثة ايام فيعود جائزا كما اذا باع بالرقم وعلمه في المجلس فرضي به وهذا لان المفسد ليس هو شرط الخيار بل وصله بالرابع وهو يعرض الفضل قبل مجيئه فاذا اسقط فقد تحقق زوال المعنى المفسد قبل مجيئه فيبقى العقد صحيحا ثم اختلف المشايخ في حكم هذا العقد في الابتداء فعند مشايخ العراق حكمه الفساد بحسب الظاهر اذ الظاهر دوامها على الشرط فاذا اسقط تبين الامر خلاف الظاهر فينقلب صحيحا وقال مشايخ خراسان والامام السرخسي وفخر الاسلام وغيرهما من مشايخ ما وراء النهر هو موقوف وبالاسقاط قبل الرابع ينعقد صحيحا واذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد العقد الآن وهو الاوجه كذا في الظهيرية والذخيرة وذكر الكرخي نصا عن ابي حنيفة رح ان البيع موقوف على اجازة المشتري واثبت للبائع حق الفسخ قبل الاجازة لان لكل من المتعاقدين حق الفسخ في البيع الموقوف ولا يخفى انه لا معنى للفساد بحسب الظاهر دون الباطن الا عدم الفساد في نفس الامر الى ان يدخل الرابع فيثبت الفساد في نفس الامر فحقيقة القولين لا فساد قبل الرابع بل موقوف ولا تحقق الخلاف الا ان يكون الفرض ان الفساد ثابت على وجه يرتفع شرعا باسقاط خيار الرابع قبل مجيئه وهذا هو ظاهر الهداية حيث قال ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وقوله وهذا على الوجه الاول يعني قوله اسقط المفسد قبل تقرره وهو كما تقلب فان التعليل هو الذي يبنى على الاصل لان اصل القاعدة يبتنى على التعليل والجواب عن المسائل المقيس عليها لزفر ان الفساد فيها في صلب العقد لانه بسبب المبيع وهو البدل فلم يمكن رفعه وههنا في شرطه وكما ينقلب العقد جائزا اذا اسقط الخيار قبل مضي الثلاثة كذلك لو اعتق العبد او ادمات العبد او المشتري او حدث به ما يوجب لزوم البيع ينقلب جائزا في قول ابي حنيفة رح ويلزمه الثمن **قوله** ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع بينهما جاز والمنتفع بهذا الشرط هو البائع وكذا لو قبض الثمن وقال ان رده البائع الى ثلاثة ايام فلا بيع جاز هذا البيع بهذا الشرط ويصير كخيار الشرط حتى اذا قبض المشتري المبيع يكون مضمونا عليه بالقيمة ولو اعتقه المشتري لا ينفذ عتقه

قال وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لان تمام هذا السبب بالمراضاة ولا تتم مع الخيار وهذا لو اعتقه ينفذ عتقه ولا يملك المشترى التصرف فيه وان قبضه باذن البائع فلو قبضه المشترى وهلك في يده في مدة الخيار فهو مضمون بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقي مقبوضا في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البائع انفسم البيع ولا شئ على المشترى اعتبارا بالصحيح المطلق

ولو اعتقه البائع نفذ وان الى اربعة ايام لم يجز عند ابى حنيفة وابى يوسف فان نقد الثمن قبل مضى الثلاثة تم البيع فان لم ينقد فيها فسد البيع ولا ينفسخ نص عليه ظهير الدين وقال لابد من لفظ هذه المسئلة حتى لو اعتقه المشترى وهو في يده عتق لان كان في يد البائع وقال محمد يجوز الى اربعة ايام واكثر على قياس قوله في شرط الخيار فان دفع الثمن في الثلاثة جاز في قولهم جميعا والاصل فيه اى في صحة هذا البيع الى ثلاثة ايام في الثمن ان هذا في معنى اشتراط الخيار فيلحق به دلالة لا قياسا والدلالة لا يشترط فيها سوى التساوى وفهم الملحق بمجرد فهم الاصل مع فهم اللغة وكل من علم صحة اشتراط الخيار للمتروى ثلاثة ايام لكل من المتبايعين يتبادر اليه ان شرعيته للمتروى لدفع ضرر الغبن في المبيع والثمن فيتبادر اليه جواز رد لدفع الغبن في الثمن للمماطلة وكون هذا لا ينفسخ بتمام المدة قبل دفع الثمن وذاك ينفسخ بتمامها بلا رد لا اثر له لان المعتبر في الدلالة الاشتراك في الجامع الذى يفهمه من فهم اللغة الا ترى سمعت انه لا ينفسخ بتمامها بل مرجع فاسدا وقد سمر ابو حنيفة رح على اصله في الملحق به وهو انه لا يزاد على الثلاثة وكذلك في الملحق وكذا محمد حيث جعله جائزا بلا تقييد بمدة وابى يوسف فرق فاخذ في الاصل بالاثر يعنى اثر ابن عمر في جواز شرط الخيار اكثر من ثلاثة ايام واخذ في هذه المسئلة بالقياس اى من نفى الضرر على الثلاثة وابا في الثلاثة فبحديث ابن البر حيا على ما سنذكره له في خيار التعيين بدا على ما ذكر عن ابى يوسف هنا وقد روى عنه انه رجع الى قول محمد رواه الحسن بن ابى مالك عنه وفي شرح المجمع الاصح انه مع ابى حنيفة رح وكثير من المشائخ لم ترجحوا عنه شيأ وحكموا على قوله بالاضطراب وفي هذه المسئلة قياس آخر يقتضى ان لا يجوز هذا البيع اصلا وهو انه بيع شرطت فيه اقالته فاسدة لتعلقها بالشرط وهو عدم دفع الثمن في ثلاثة الايام والاقالة لا تتعلق بالشرط لان فيها معنى التمليك حتى جعلت بيعا جديدا في حق ثالث وهو لو شرط الاقالة الصحيحة وهى لم تتعلق بالشرط بان قال بعتك على ان اقبلك وتقبلها او قال اشتريت منك على ان تقيلني لا يصح لانه شرط لا يقتضيه العقد فاشتراط الفاسدة اولى وبهذا القياس قال زفر ومالك والشافعي واحمد فكلهم منعوا صحة البيع والوجه عليهم ما قدمناه من الالحاق بالدلالة لا بالقياس وهو المراد بقول المصرح وجه الاستحسان ما بينا **قوله** وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لان تمام هذا السبب الذى هو البيع بالمراضاة لما عرف من قوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم ولا تتم الرضا مع الخيار لانه يفيد عدم الرضا بزوال ملكه فلم يتم السبب في حق البائع فانه لا يعمل الا مع وجود الشرط وهو الرضا ولا يوجب حكمه في حقه ولا يخرج المبيع عن ملكه فلهذا تصرفه فيه فنقد عتقه فيه ولو كان في يد المشترى ولا يملك المشترى التصرف فيه وان قبضه باذن البائع لبقاء ملك البائع فيه بلا اختلال وبالتعليل المذكور يعرف ان خيار المشترى يمنع خروج الثمن من ملكه لاتحاد نسبته الى كل من له الخيار وانه اذا كان الخيار لهما لا يخرج المبيع من ملك البائع ولا الثمن من ملك المشترى ولو قبض المشترى المبيع وكان الخيار للبائع هلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا في حق المبيع ولا يملك نفاذه بالهلاك لانه لا نفاذ بلا محل فبقي في يدى المشترى مقبوضا لا على وجه الامانة المحضة كالوديعة والاعارة كما نقل عن ابن ابى ليلى رح انه لم يضمنه لانه ما رضى البائع بقبضه الا على جهة العقد فاشبه ما قبل ان يكون كالمقبوض على سوم الشراء في المقبوض على سوم الشراء القيمة اذا هلك وهو قيمي والمثل في المثلى اذا كان القبض بعد تسمية الثمن اما اذا لم يسم ثمن فلا ضمان في الصحيح وعليه فرع ما ذكره الفقيه ابو الليث في العيون في رجل اخذ ثوبا فقال اذهب به فان رضيته اشتريته فضاع في يده لم يلزمه شئ وان قال ان رضيت اشتريته بعشرة كان ضامنا للقيمة وبثبوت الضمان بالقيمة على المشترى في هذا البيع قال مالك والشافعي في المشهور وعندهم وجه في ضمانه بالثمن وهو قياس قول احمد لانه قال يخرج المبيع من ملك البائع ثبوت الخيار له لان السبب قد تم بالايجاب

قال وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع لان البيع في جانب الاخر لازم وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لانه مشروع لقطع الغبن والاخر قال لان المشتري لا يملكه عند ابي حنيفة رح وقالا يملكه لانه لما خرج عن ملك البائع لزوم بدخل في ملك المشتري ويكون زائلا الى ملك ولا عهد لنا به في الشرع ولابي حنيفة رح انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بانه دخل المبيع في ملكه لاجتمع البدلان في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع لان المعاوضة تقتضي المساواة ولان الخيار شرع للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة ولو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره بان كان قريبه فيفوت النظر قال فان هلك في يده هلك بالثمن ولكن اذا دخله عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ووجه الفرق انه اذا دخله عيب يمتنع الرد والهلاك لا يعرى عن مقدم عيب فيهلك والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف ما تقدم لان بدخول العيب لا يمتنع الرد حكما لخيار البائع فيهلك والعقد موقوف

والقبول وثبوت الخيار ثبوت حق الفسخ وليس من ضرورة ثبوت حق الفسخ انتفاء الملك كخيار العيب قلنا قولك تم البيع بالايجاب والقبول ان اردت في حق حكمه منعناه او تمت صورته نسلم ولا يفيد في ثبوت حكمه حتى يوجد شرط عمله وهو تمام الرضا على ما ذكرنا وتقييد المصر الملاك يكون في مدة الخيار ليخرج ما اذا هلك بعدها واضح يضمن بالثمن لانه هلك بعد ما انبرم البيع لعدم فسخ البائع في المدة وهو هلك المبيع في يد البائع والحال ان الخيار له لا اشكال في انه منفسخ ولا شيء على المشتري اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق عن شرط الخيار فان فيه اذا هلك المبيع في يد البائع قبل التسليم انفسخ البيع والتقييد بالصحيح ليس لاخراج الفاسد لان الحال في البيع الفاسد كذلك اعني الانفساخ بهلاك المبيع في يد البائع بل لان الاعتبار بالاصالة له والفاسد يأخذ حكمه منه **قوله** وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع وقوله لان البيع الى آخره تعليل لمحذوف وهو قولنا فيخرج المبيع عن ملك البائع لان البيع في جانبه لازم بات فقد تم السبب في حقه وانتفاء ما يمنعه من عمله اذا كان خيار المشتري لا يمنعه فيخرج وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البدل الذي هو من جهة من له الخيار لما ذكرنا انه يوجب عدم الرضا بخروج ملكه عنه فلا يؤثر السبب خروجه لعدم شرط عمله فيبقى على ملكه كما كان وقوله الا ان المشتري لا يملكه بمعنى لكن وهو استدراك لامر متبادر عند قوله يخرج المبيع من ملك البائع اذا كان الخيار للمشتري وهو المقدر الذي ذكرناه فانه يتبادر بحكم العادة انه اذا خرج المبيع من ملك البائع يدخل في ملك المشتري وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يملكه المشتري وبه قال مالك واحمد والشافعي في قول لانه لما خرج عن ملك البائع ولم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا الى ملك مالك ولا عهد لنا به في الشرع في باب التجارة والمعاوضة فيكون كالسائبة فلا يزيد شرار متولي امر الكعبة اذا اشترى عبدا لسدانة الكعبة والضيعة الموقوفة ببعيدها اذا ضعف احدهما فاشترى ببدله آخر فانه لا يدخل في ملك المشتري لان ذلك ليس من هذا الباب بل من باب الاوقاف وحكم الاوقاف ذلك كذا لا ترد التركة المستغرقة بالدين كانها خرجت من ملك الميت ولا تدخل في ملك الورثة ولا الغرماء للقيد المذكور ولابي حنيفة رح انه لما لم يخرج الثمن من ملكه فلو قلنا انه يدخل المبيع في ملكه تجتمع البدلان الثمن والمبيع في ملك احد المتعاوضين حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع وان يكون والمعاوضة تقتضي المساواة بين المتعاوضين في تبادل ملكيهما بخلاف ضمان غاصب المدبر اذا ابق من عنده سواء قلنا انه بدل الجناية او الملك حيث لا يخرج المدبر به من ملكه فيجتمع العوضان في ملك واحد فانه ضمان جناية لا ضمان لمعاوضة شرعية وهذا لان الزم في الشرع ما ذكرناه فان المشتري للسدانة والوقف كائن في المعاوضة وهو يخرج ولا يدخل في ملك احد ولان خيار المشتري شرع نظرا له ليتروى فيقف على المصلحة في رواية ولو اشتبنا الملك له بمجرد البيع مع خياره انتقض مقصوده اذ ربما كان المبيع من يعتق عليه فيعتق من غير اختياره فيعود شرع الخيار على موضوعه بالنقض اذ كان مفوتا للنظر وذلك لا يجوز وقد اورد على هذا لو لم يثبت الملك للمشتري لم يستحق به الشفعة لان استحقاقها بالملك ولذا لا يثبت بحق السكنى لكنه يستحقها اذا بيعت دار بجوارها بالاتفاق او الاجماع اجيب بانه انما استحقها لانه صار احق بها نظرا لا لانه ملكها كالعبد المأذون يستحقها اذا بيعت دار بجواره بهذا المعنى وحاصل هذا منع قصر استحقاق الشفعة على حقيقة الملك بل هو او ما في معناه وهذا تكلف لا يحتاج اليه وسياتي المسئلة معللة بانبرام البيع في ضمن طلب الشفعة فيثبت مقتضى تصحيحها وما في الاجناس لو بيعت دار بجنبها فاخذها بالشفعة لا يبطل خيار الرؤية فله ان يردها اذا رآها ويبطل خيار الشرط فان هلك المبيع في يد المشتري ولو في مدة الخيار يهلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب لا يرجى زواله في المدة كان قطعت يده ولو بغير صنعه فانه يلزمه الثمن ويمتنع الرد بخلاف ما لو كان يرجى زواله في المدة كان مرض فان المشتري بالخيار لكن ليس له ان يرده مريضا بل حتى يبرأ في المدة فان مضت المدة و

قال ومن اشترى امرأة على أنه بالخيار ثلثة أيام لم يفسد النكاح لأنه لم يملكها المالك من الخيار وان وطيها لأن الوطي يحكم النكاح الا اذا كانت بكرا لان الوطي ينقصها وهذا عند ابي حنيفة وقالا يفسد النكاح لانه ملكها وان وطيها يرد بها لان وطيها بملك اليمين فيمتنع الرد وان كانت ثيبا وطئها فله ان يردها لان الوطي لا ينقصها وهذه المسئلة اخوات كلها تبتنى على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه ومنها عتق المشتري على المشتري اذا كان قريبا له في مدة الخيار ومنها عتقه اذا كان المشتري بشرط الخيار ومنها ان حيض المشترية في المدة لا يجتزى به في الاستبراء عنده وعندهما يجتزى ولو ردت بحكم الخيار الى البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده وعندهما يجب اذا ردت بعد القبض

ولم يرد لزم البيع فيه وعن ابي يوسف رح يبطل خيار المشتري في كل عيب بأي وجه كان الا في خصلة وهي ان النقصان اذا حصل في يد المشتري يفسخ البائع لا يبطل خياره بل ان شاء رده فان شاء اجاز البيع واخذ الارش من البائع وقوله بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع متصل بقبله بملك بالثمن يعني الفرق بين ما اذا كان الخيار للبائع فهلك المبيع في يد المشتري فانه يهلك بالقيمة وبين ما اذا كان للمشتري فهلك في يد المشتري يهلك بالثمن هو ان الهلاك لا يخلو عن مقدمة عيب وحصول العيب يمنع الرد حال قيامه كائنا ما كان فاذا اتصل به الهلاك لم توجد حالة مجوزة للرد فهلك وقد انبرم العقد وانبرام العقد يوجب الثمن لا القيمة بخلاف ما تقدم من كون الخيار للبائع فان تعيب المبيع لا يمنع الرد حكما لخيار البائع فيهلك والعقد موقوف فيبطل العقد فلا يجب الثمن بل القيمة **قوله** ومن اشترى امرأة على انه بالخيار ثلاثة ايام لم يفسد النكاح عند ابي حنيفة رح لانه لا يملكها لما لا من الخيار والمبيع لا يدخل في ملك المشتري بالخيار مملوكا والمبيع اذا فسخ رجعت الى مولاها بلا نكاح عليها وان وطيها بعد السيد له ان يردها بالخيار لان الوطي لا يلزم هنا ان يكون اجازة لانه لا نكاح له في النكاح ملكا قائما يحمل له الوطي فلم يلزم كون وطيه اجازة الا اذا كانت بكرا لان الوطي ينقص البكر فيمتنع الرد بالعيب الذي حدث عنده ومن هذا يعرف انه لو نقصها الوطي وهي ثيب يمتنع الرد عنده ايضا للنقص الذي دخلها لا للذات الوطي فان قيل مر لها زوجها مولاها الذي باعها فقد رضي بالنقصان بزوال البكارة وعين اثبت له الخيار فقد رضي بالرد فيكون راضيا برد ها ناقصة اجيب بمنع بقاء الرضى بذلك بعد البيع بل لما باعها فسخ ذلك الرضا ورضا بباقي احكام هذا البيع واحكام هذا البيع ما ذكرنا وقالا يفسد النكاح لانه ملكها فان وطيها لا يرد ها ولو كانت ثيبا لان الوطي بعد انفساخ النكاح ليس الا بملك اليمين فكان مسقطا للخيار ورضا بالبيع وهذه المسئلة من فروع الخلاف في ثبوت الملك في المبيع للمشتري بشرط الخيار وعدمه ولها اخوات ذكرناها المصر تفريعا على الخلاف في ذلك منها عتق العبد المشتري على المشتري بشرط الخيار في مدة الخيار اذا كان ذا رحم محرم عندهما وعنده لا يعتق حتى تقضي المدة ولم يفسخ لانه لم يملكه ومنها ان من قال ان ملكت عبدا فهو حر فاشترى عبدا بشرط الخيار فانه لا يعتق عند ابي حنيفة رح لانه لم يملكه بسبب الخيار فلم يوجد الشرط عندهما وجد فيعتق لانه ملكه لما لو قال ان اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبدا بشرط الخيار فانه يعتق بالاتفاق لوجود الشرط وهذا شرار فيكون كالمنشئ للعتق بعده ومن حيث ثبوت الحرية لا من كل وجه فلذا لا يعتق عن الكفارة اذا نوى الحالف بشرائه ان يعتق عن كفارته ومنها لو اشترى جارية على انه بالخيار فحاضت في مدة الخيار او وجد بعض الحيضة فيها ثم اختار البيع عنده لا يجتزئ بتلك الحيضة لانها قبل الملك والموجود بعد الملك بعض الحيضة فلا بد من حيضة اخرى لحل الوطي عندهما يجتزئ بها لوجودها بعد الملك وينبغي ان يقيد بكون ذلك بعد القبض لان السبب لوجوب الاستبراء الملك والملك لم يوكد يكون بالقبض ولو اختار الفسخ فردها الى البائع لا يحتاج البائع الى استبرائها عند ابي حنيفة رح سواء كان الفسخ قبل القبض او بعده وعندهما ان كان قبل القبض لا استبراء عليه استحسانا وان كان في القياس يجب وان كان الفسخ بعد القبض وجب على البائع استبراؤها قياسا واستحسانا لاستحداث الملك بعد ملك المشتري الملك لم يوكد بالقبض فيثبت توهم الشغل واجمعوا ان العقد لو كان باتا ثم فسخ باقالة او غيرها ان كان قبل القبض فالقياس ان يجب على البائع الاستبراء وفي الاستحسان غير واجب وان كان بعد القبض فالاستبراء واجب قياسا واستحسانا ولو كان الخيار للبائع فسخ في المدة فظاهر الرواية انه لا يجب عليه الاستبراء لانها لم تخرج عن ملكه وان اجازه فعلى المشتري استبراؤها بحيضة بعد الاجازة بالاجماع

ومنها اذا ولدت المشترية في المدة بالنكاح لا تصير ام ولد له عنده خلافا لهما ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم اودعه عند البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك عنده وعندهما من مال المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري عبدا ماذونا له فابرأه البائع عن الثمن في المدة بقي خياره عنده لان الرد امتناع عن التملك والماذون له يلتحقه وعندهما يبطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض وهو ليس من اهله ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلما يبطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك اراقتها وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها فلا يتملك رضا باسقاط الخيار وهو مسلم

ومنها اذا ولدت مشتراة بعد ما اشتراها على انه بالخيار في المدة لا تصير ام ولد عنده وتصير ام ولد عندهما وقد قيد الشارحون كلام المصنف تبعا لصدر الشريعة بكون الولادة قبل القبض وليس بقيد لما ذكره في المبسوط لو ولدت عند المشتري ينقطع خياره لانها تعيبت بالولادة وتصير ام ولده بالاجماع وصورة الطحاوي هذه المخالفة فيما اذا ولدت قبل الشراء قال اشترى جارية وقبضها ولدت منه ولد الشرط الخيار فعند ابي حنيفة رح لا تصير ام ولده وخياره على حاله اذا اختارها صارت ام ولده وعندهما تصير ام ولده بالشراء ويبطل خياره ويلزمه الثمن وكذا اذا كاتبها وغير ذلك مما يتقيد بكونه قبل القبض حسن وهو يصدق بالصورتين ما قبل القبض وبالشراء وما قبل القبض بعد الشراء ومنها اذا قبض المشتري بشرط الخيار له البيع باذن البائع ثم اودعه عند البائع فهلك في يده في المدة فهلك من مال البائع عنده لارتفاع القبض بالرد لانه لما لم يملكه ارتفع القبض بالايداع لان البائع لا يصلح ان يكون مودعا لملك نفسه فلا يكون الايداع صحيحا وهلاك المبيع قبل القبض يبطل البيع وعندهما يهلك من مال المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام ملكه وقد يقال عدم صحة الايداع باعتبار ان المالك لا يصلح مودعا لملك نفسه صحيح لكن الواقع ان المبيع يخرج من ملك البائع بالاتفاق فلا يكون مودعا لملك نفسه فصح وديعة المشتري لتحقق ايداع غير المالك كالمضارب وغيره وقد يراد ملكه بحسب المال الا انه ليس بلازم بجواز ان لا يزال الى ملكه بان يختار المشتري البيع انا لو كان الخيار للبائع فسلمه الى المشتري ثم ان المشتري اودعه في مدة الخيار للبائع فهلك في يده قبل نفاذ البيع او بعده يبطل البيع في قولهم جميعا ولو كان البيع باتا فقبضه المشتري باذن البائع او بغير اذنه وله فيه خيار رؤية او عيب فاودعه البائع فهلك في يده هلك على المشتري ولزمه الثمن اتفاقا لان هذين الخيارين لا يمنعان ثبوت الملك فصح الايداع منه ومنها لو اشترى بالخيار عبدا ماذونا فابراه البائع من الثمن في المدة يصح ابراؤه استحسانا لانه يسلم للبائع لم يملك الثمن على المشتري بالخيار فلا يصح ابراؤه مما لا يملكه وفي الاستحسان يصح لوجود سبب ملكه للثمن وهو البيع واذا صح ابراؤه بالاتفاق بقي على خياره في السلعة ان شاء اجاز البيع فيأخذها بالثمن وان شاء رده فيرد السلعة للبائع عند ابي حنيفة رح لانه لم يملك المبيع فكان رده امتناعا عن تملك شيء بلا عوض والماذون يليه اي يملك ذلك كما له ان يمتنع عن قبول الهبة وعندهما لا يرتد من الثمن والواقع ان المبيع يدخل في ملك المشتري بالخيار لو رده كان متبرعا مملكا بغير عوض والعبد الماذون ليس من اهل التبرعات فاذا امتنع الرد انبرم البيع بلا شيء واستشكل تصوير المسئلة بسبب ان الثمن لا يخرج عن ملك المشتري بشرط الخيار فكيف يتصور الابراء منه والجواب ان الابراء يعتمد شغل الذمة وليس من ضرورته زوال ملك المشغول ذمته عن مقداره الا يرى ان المديون مشغول الذمة ولم يزل ملكه عن شيء من ماله وانما اشتغلت ذمته بصحة السبب لان شرط الخيار ليس داخلا على السبب بل على حكمه كما تقدم ولو جود البيع لابد ان تشتغل الذمة بالثمن ولا يظن انه يقارن وجوب داينه بل الثابت اصل الوجوب والبيع في اصل لوجوب طلب صلاحا على ما عرف ومنها اذا اشترى ذمي خمرا من ذمي على ان المشتري بالخيار ثم اسلم المشتري في مدة الخيار بطل خياره عندهما لانه ملكها فلا يملك رده وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها باسقاط الخيار بعد الاسلام فتعين بطلان البيع وهو مسلم لانه كان الخيار للبائع واسلم فبطلان البيع بالاجماع هذا آخر ما فرغه المصروم من الدروع ايضا على الخلاف في دخول المبيع في ملك المشتري بالخيار ما اذا اشترى مسلم من مسلم عصيرا بالخيار فتخمر في المدة فسد البيع عنده بعجزه عن تملكه باسقاط خياره وتم عندهما بعجزه عن رده بفسخه ومنها اذا اشترى دارا على ان بالخيار وهو ساكنها باجارة او اعارة فاستدام سكناها قال الامام السرخسي لا يكون اختيارا وانما الاختيار ابتداء السكنى وقال خواهر زاده

قال ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ في مدة الخيار وله ان يجيز فان اجاز بغير حضرة صاحبه جاز

استدامة السكنى اختيار عندهما لانه يملك الثمن وعنده ليس باختيار لانه بالاجارة او الاعارة لم يملك شيأ ومنها حلال اشترى ضيابا فقبضه ثم احرم والثمن في يده ينتقض البيع عنده ويرد الى البائع ولا يلزم المشتري ولو كان الخيار للبائع ينتقض بالاجماع ولو كان للمشتري فاحرم البائع للمشتري ان يرد ومنها ان الخيار اذا كان للمشتري وفسخ العقد فالزوائد تردّ على البائع عنده ولانها لم تحدث على ملك المشتري وعندهما للمشتري لانها حدثت على ملكه قوله ومن شرط له الخيار سواء كان بائعا او مشتريا او اجنبيا له ان يجيز في مدة الخيار باجماع الفقهاء وله ان يفسخ فان اجاز بغير حضرة صاحبه بريد بغير علمه جاز فاذا كان الخيار للبائع فنفاذ البيع باحدى معان ثلاث بمضي مدة الخيار وهبته وباعتاقه وجنونه في المدة فان آفاق فيها قال لا سبيل الا صح انه على خياره ولو سكر من الخمر لم يبطل بخلاف سكره من البيع ولو ارتد فعلى خياره رواية واما فوته بحكم الخيار فهو موقوف عند ابي حنيفة رح خلافا لهما والمعنى الثالث ان يجيز البيع كان يقول اجزت البيع ورضيته واسقطت خياري ونحو ذلك واذا كان الخيار للمشتري فنفاذه بما ذكرنا من الامور الثلاثة للبائع وبالفعل بان يتصرف في المبيع تصرف الملاك في مدة الخيار بان يعتق او يكاتب او يدبر او يبيع المبيع او يسلمه او يرهنه او يؤجره وان لم يسلمه على الاصح وكذا اذا اعتق عتقة في المدة فوجد الشرط فيها وان ذلك ان يباشر في المبيع فعلا لا يحتاج اليه للاستعمال او لا يحل في غير الملك بحال فان كان يحتاج اليه للاستعمال او يحل في غير الملك فهو على خياره فالوطء اجازة وكذا التقبيل بشهوة والمباشرة بشهوة دواعي الوطء والنظر الى الفرج بشهوة لا بغير شهوة لان ذلك يحل في غير الملك في الجملة فان الطبيب والقابلة يحل لهما النظر والمباشرة لهم التقبيل لا الا ان النظر اليه من حيث هو مس ولو انكر الشهوة في هذه الاركان القول قوله لانه ينكر سقوط خياره وكذا اذا فعلت الجارية ذلك يسقط خياره في قول ابي حنيفة رح وقال محمد لا يكون فعلها البتة اجازة للبيع لان شرط الخيار ليختار به ولا ليختار عليه ولابي حنيفة رح ان حرمة المصاهرة تثبت بهذه الاشياء وكانت ملحقة بالوطء فصارت هذه الاشياء من حيث هي ملحقة بالوطء في ايجاب حرمة كالمضاف الى الرجل واما المباضعة مكرها كان او مطاوعا فاختيار لها عند ابي حنيفة رح فظاهر واما عند محمد رح فلان الوطء تنقيص حتى لو وجدت من غير المشتري يمتنع الرد فاما المباشرة اذا ابتدأها المشتري كارها ثم تركها وهو يقدر على الامتناع فهو اختيار وانما يلزم سقوط الخيار في غير المباضعة اذا اقترن بشهوتها لان فعلها يلزم اسقاط خياره فيتوقف على افرازه بما يسقط خياره ولو دعي الجارية الى فراشه لا يسقط خياره والاستخدام ليس باجازة لانه يمتحن به والاستخدام ثانيا اجازة الا اذا كان في نوع آخر وقد اختلف كلامه في الفتاوى الصغرى فقال الاستخدام مرارا لا يكون اجازة وقال في موضع آخر قال المرة الثانية تبطل الخيار واكل المبيع وشربه ولبسه يسقط الخيار وفي فتاوى قاضي خان اذا لبسه مرة واستخدمها مرة لا يبطل خياره ويبطل بمرتين وركوبها ليستقيها ليس بإجازة الا ان يعلفها اجازة وقيل ان لم يمكنه بدون الركوب لا يكون اجازة واطلق في فتاوى قاضي خان انه لا يبطل خياره فقال وركوبها ليستقيها او ليردها على البائع لا يبطل خياره استحسانا فجعل الاستحسان ولو قطع حوافر الدابة او اخذ بعض عرفها لا يبطل ولو نسخ من الكتاب لنفسه او غيره لا يسقط ولو درس فيه يسقط وقيل على العكس وبه اخذ ابو الليث وطلب الشفعة بالدار المشتراة رضا بها بخلاف خيار الرؤية والعيب لو حدث به عيب في خيار المشتري بطل خياره سواء حدث بفعل البائع او بغير فعله عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح ولم يبطل العقد بفعل البائع لان البائع لا يقدر على الزام البيع ومتى قلنا انه يلزم بجناية ثبت له قدرة الزامه فتفوت فائدة شرط الخيار للمشتري بخلاف ما اذا كان من اجنبي فان لزومه لا من قبله ولهما ان ما ينقص بفعل البائع في ضمان المشتري فيلزم العقد في ذلك القدر الذي تلف

ولان فيه خطرا لان يكون الاخر حاضرا عند ابي حنيفة رح وخلافهما رح وقال ابو يوسف يجوز وهو قول الشافعي
والشرط هو العلم وانما كنى بالحضرة عنه لانه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالمأذون
ولهذا لا يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع ولهما انه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يدري عن المفسدة
لانه عساه يعتمد قيام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما اذا كان الخيار للبائع او لا
يطالب السلعة مشتريا فيما اذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل بخلاف الاجارة لانه لا لزام فيه

في ضمانه وتقرر على البائع حصته من الثمن فتوارد الباقي كان تفريقا للصفقة على البائع قبل التمام في حق الرد وهو لا يجوز كفعل
الاجنبي واذا عرف هذا عرف ان المشتري يرجع على البائع بالارش ولو كان الخيار للبائع وحدث به عيب فهو على خياره لان ما
انتقض بغير فعله فهو غير مضمون على البائع وكذا لو سقط اطرافه لم يسقط شيء من الثمن لكنه تخير المشتري ولو حدث بفعل البائع انتقض
البيع لان ما انتقض مضمون عليه ويسقط حصته من الثمن ولو بقيتا اخيار تفرقت الصفقة على المشتري ولو نزع الدابة فهو رضا ولو
حلب لبنها فهو رضا عند ابي حنيفة رح رواه ابو يوسف عنه وقال ابو يوسف لا يكون رضا حتى يشربه او يستهلكه ولو سقى حرثا في الارض
فيها اذا اشترى الارض وحصد الزرع او فصل منه شيئا فيما اذا اشترى الزرع فهو رضا ولو سقى دوابه من النهر وشرب هو فليس برضا
ولو طحن في الرحا فهو رضا وقد ذكر فيها تفصيل وذلك في رحا الماء وليست في دار فاما لو كان البيع دارا فيها ساكن فطالب المشتري الاجرة
من الساكن فهو اجازة ولو غسل العبد او الجارية او مشطها بالمشط والدهن والبسها فليس برضا قوله وان فسخ اي من له الخيار في المدة بغير
حضرة الآخر اي بغير علمه لم يجز عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وهو قول مالك رح وانما كنى بالحضرة عن العلم حتى لو لم يبلغه الفسخ الا بعد المدة تم البيع
لعدم اعتبار ذلك الفسخ وقال ابو يوسف رح يجوز وهو قول الشافعي رح وكذا الخلاف في خيار الرؤية والفسخ بالقول في المدة بان يقول فسخت
او رددت البيع وغير ذلك مما يدل على رد البيع وهذا الفسخ بالقول وهو الذي الخلاف في جوازه بغير علم الآخر واما الفسخ بالفعل فيجوز
بغير علمه اتفاقا وكان مقتضى النظر ان من قال بمنع الفسخ بغير علم صاحبه بالقول ان يقول به فيما هو فعل اختياري كالقول من حيث انه
اختيار يثبت به الانفساخ بخلاف الموت وفعل الامتداد ودخول العيب بغير صنعه والهلاك فان كان الخيار للبائع فهو ان يتصرف في المبيع تصرف
الملاك كالعتق والبيع والوطء وجميع ما قدمنا انه اجازة اذا صدر من المشتري من الافعال فهو فسخ اذا صدر من البائع له اي لابي يوسف
انه اي الفاسخ منهما مسلط على الفسخ من جهة صاحبه يعني الذي لا خيار له فلا يتوقف فسخه على علمه كبيع الوكيل يجوز مع عدم علم الموكل
ولهما انه تصرف في حق الغير وهو الذي لا خيار له بالرفع ولا يدري عن الضرر لانه اي الغير الذي لا خيار له عساه يعتمد على تمام البيع السابق
اذ انقضت المدة ولم يتلزمه الفسخ فيتصرف المشتري فيه فيما اذا كان الخيار للبائع والواقع انه فسخ فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك وقد تكون
القيمة اكثر من الثمن او لا يطلب لسلعته مشتريا اعتمادا على نفاذ البيع لما لم يتلزمه الفسخ في المدة اعتمادا على تمامه فيما اذا كان الخيار للمشتري
وهذا نوع ضرر يجيء من قبل الانفراد بالفسخ فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل فصل اجال بعدم علمه لا يثبت حكم العزل في حقه ما لم يعلم به كيلا يتضرر بازدياد
الثمن من ماله اذا كان وكيلا بالشراء وبيلان قوله وتقرر اذا كان وكيلا بالبيع وربما يعتمد المشتري منه النفاذ فيتشعب الفساد والحاصل فيما
تعارضا قياس ابي يوسف رح على تصرف الوكيل وقياسهما على عزل الوكيل ثم في قياسهما امور طردية لا معنى لها وهو قوله تصرف في حق الغير بالرفع
فان هذا لا اثر له في نفي الصحة بلا علم انما اثره في نفي الصحة بلا اذن فان كونه حق الغير انما يمنع التصرف بلا اذن فهو بالنسبة الى العلم طرد والاذن
قد وجد في ضمن شرط الخيار له فان قيل لا نسلم ان شرط الخيار تضمن الاذن له بالفسخ مطلقا انما يكون ذلك لو لم يكن مظنة ان يلحقه ضرر اما اذا كان
الفسخ بغير علمه طريق ضرر يلحقه فلا قلنا فاستقام رح ان المؤثر ليس الا كون فسخ مظنة ذلك الضرر وصح قولنا ان ما سواه لا اثر له من كونه تصرفا
في حقه بلا علمه رح فيقتصر النظر على اثبات التضرر ولا يخفى ان الضرر الذي ذكرانه يلحق المشتري اذا كان الخيار للبائع في حيز التعرض لان ضرر الفسخ

ولا نقول انه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة بتر الفسخ لحصول العلم به ولو بلغه بعد مضي المدة بتر العقد بمضي المدة قبل الفسخ

القيمة انما يكون بناء على زيادة القيمة على الثمن وهو غير لازم ولا اكثر بل قد يكون الثمن اكثر من القيمة فهو في محل التعارض بل الغالب ان البيع يكون بما هو قيمة المبيع خصوصا بباعات الاسواق فيطل ذلك الشق واما ضرر البائع باعتماده فلا يطلب لسلامة مشتريه فانما تحقق من تقصيره حيث لم يستكشف من المشتري في المدة هل فسخت او لا وشل هذا كثير في الفقه اعني الزام ما هو ضرر لتقصيره من لزمه في احتياط لنفسه مع الممكنة بخلاف الوكيل فان ضرره لازم بالزام ثمن ما يشتريه عليه ان كان وكيلا بالشراء لان الشراء اذا وجد نفاذا لا يتوقف فيتضرر بالزام ثمن ما لا غرض له فيه ولا حاجة له فيه فلا يكون مالكا بمقداره بهذا راقوا له اعني عقوده اذا كان وكيلا بالبيع وهذا آخر ما على النفس من اقتراض المال لدفع الدين لما يلزمه عند الناس من تحقير شانه ووضع قدره فالوجه لابي يوسف والشافعي اقوى والله اعلم وقد رجح ولا نقول انه مسلط من جهته وكيف وهو لا يملك الفسخ ولا يملك تسليط منشاه لفظية فان المراد من سلط اذن له في التصرف في حقه ذلك بالرفع في المدة فاذا منع تضمن شرط الخيار الاذن بلا علمه للضرر فكان الاذن مقيدا بعدم محل الضرر وهو حال العلم فجوابه ما ذكرنا من انتفاء ضرورة التعارض وعدم تاثيره في آخرى التقصير من يلزمه وبهذا اجابوا عن المعارضة القائمة لو لم يتضرر من لا خيار له بالفسخ يتضرر هو ايضا لانه يمكن انه يختفي صاحبه في المدة حتى تنقضي فقالوا هذا الضرر انما لزمه من جانبه بتقصيره في اخذ الكفيل واما جواب بان الضرر بالانتفاء على صاحب الخيار يعجزه عن احضاره لا بالانتفاء ففي سعة فضل الله التجاوز عنه وقيل الظاهر انه لا يختفي لانه امين حيث اثبت الخيار لصاحبه واعلم ان الالزام بهذا النوع في احد الروايتين في فتاوى قاضيخان جاز الى باب البائع ليرد فاختفى فيه فطلب من القاضي ان ينصب خصما عن البائع ليرده عليه قال بعضهم ينصب نظر للمشتري وقال محمد بن سلمة لا يجيبه لان المشتري ترك النظر لنفسه حيث لم يا خذ منه وكيلا مع احتمال غيبته فلا ينظر له فان لم ينصب القاضي وطلب المشتري من القاضي الاعذار عن محمد روايتان في روايته يجيبه فيبعث منادیا ينادي على باب البائع ان القاضي يقول ان خصمك فلانا يريد ان يرد البيع عليك فان حضرت والا انتقضت البيع ولا ينتقض القاضي بلا اعذار وفي روايته لا يجيبه الى الاعذار ايضا وقيل لمحمد يعني على هذه الرواية كيف يصنع المشتري قال ينبغي للمشتري ان يستوثق فيا خذ منه وكيلا ثقة اذا خاف الغيبة حتى اذا غاب يرده على الوكيل وطريق نقض القاضي على احدى الروايتين انه اذا قال الخصم الى اعذرت اليه فاشهدت فلو يقول القاضي اشهدوا انه زعم انه اعذر الي صاحبه في المدة كل يوم واختفى فان كان الامر كما زعم فقد ابطلت عليه الخيار فان ظهر وانكر فعلى المدعي البينة بالخيار والاعذار وهذا لانه لا يمكن من اقامة البينة على ذلك قبل ظهوره لانه لا يحكم على غائب ولا تسمع حال غيبته للحكم بها عليه واذا عرف هذا فالمسائل الموردة تنقضي مسلمة لانها على وفق ما تخرج من قول ابي يوسف لكنا نورد ها بناء على تسليم تمام الدليل فمنها ان المخيرة تتم اختيارها بنفسها بلا علم زوجها ويلزمه حكم ذلك وجيب بان لزوم حكم الطلاق على الزوج بايجابه نفسه وهو تخييره وهو بعد الرضا والعلم وهو مدفوع بان اثبات خيار الفسخ بمنزلة اثبات خيار الطلاق فان كان الطلاق بايجابه فيجوز حال غيبته فكذا الفسخ بايجابه فيجوز حال غيبته ومنها الرجعية ينفرد بها الزوج ويلزم حكمها المراة حتى لو تزوجت بعد ثلاث حيض فسخ اذا اثبت الرجعة قبلها اجيب بان الزوج لا يلزمها حكما جديدا الان الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح وانما تثبت البينونة عند فراغ العدة لشرط عدم الرجعة فكان عليها ان تستكشف شرط تصرفها بل هو موجود ادلى ومنها الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص فان حكمها يلزم غير بلا علمه واجيب بانها اسقاطات لا يلزم بها شيء من اسقطه عنه فلا يتوقف على علمه ومنها خيار المعتقة

قال واذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل الى ورثته وقال الشافعي يورث عنه لانه حق لازم ثابت في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين ولنا ان الخيار ليس الا مشيئة وارادة ولا يتصور انتقال الارادة انما ينتقل الانتقال مجال خيار العيب لان الموروث استحق المبيع سليما فكذا الوارث فاما نفس الخيار لا يورث وخيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لا ان يورث الخيار +

يصح اختيارها الفرقة بلا علم وجها اجيب بانه لا رواية فيهما وعلى تقدير التسليم فالتخيير اثبته لها الشرع مطلقا وله الولاية عليها ولا يخفى ان هذا من فساد الوضع فان كون الشرع اثبت حكم التصرف على الآخر بغير علمه في خيار المخيرة يقتضي ان الشرع لا يوقف صحة التصرف على علم الآخر في ثبوت حكمه في حقه فان قلت فما الضرر الذي يلزمه اولا حتى يحتاج الى جوابه قلنا امتناعه عن تزوج امته بناء على قيام نكاح التي اعتقت ومنها خيار المالك في بيع الفضولي بدون علم المتعاقدين اجيب بان عقدهما لا وجود له في حق المالك اذ لا ولاية لهما عليه فاذا رد فقد بقي عدم شرط الثبوت فانعدم اصلا في حقه فانه يقع الانعقاد حكما ومنها العدة فانها تلزم على المرأة بتطليق الزوج وان كان بغير علمها اجيب بان العدة لا تجب بالطلاق حتى يتوقف نفاذ الطلاق على علم من تجب عليه العدة الا يرى انها لا تجب بالطلاق قبل الدخول بل الطلاق تصرف في حق نفسه بازالة ملكه اقدره الله تعالى عليه فانما تلزم في ضمن الطلاق والعبرة للمتضمن لا للمتضمن واما هنا فليس جواز الفسخ له تسليط صاحبه لما ذكرنا وقد عرف ما فيه فروع اشتريا خلا ما على انهما بالخيار فرضي احدهما لا رد للآخر عنده وقالا له رد نصيبه ولو كان الخيار للعاقدين فقال البائع بحضور المشتري اجزته ثم قال المشتري فسخته بحضور البائع فسخ فان هلك في يد المشتري سقط الثمن ولو باعه المشتري بالفسخ ثم البائع بالاجازة ثم هلك فعلى المشتري قيمته ولو تفاسخا العقد ثم هلك في يد المشتري قبل الرد بطل حكم الفسخ ذكره في المجتبى وفي الفتاوى باع ارضا على ان البائع بالخيار ثلاثة ايام وتقابضا ثم نقض البائع البيع تبقى الارض مضمونة على المشتري وللمشتري حبسها لاستيفاء الثمن الذي كان دفعه الى البائع فان اذن البائع بعد ذلك للمشتري في زراعتها فزرعها لنفسه لمالك عند المشتري وكان للبائع ان يأخذها متى شاء قبل ان يرد الثمن وليس للمشتري حبسها لانه لما زرعها باذن البائع صار كانه سلمها الى البائع ولو مرض العبد والخيار للمشتري فلقي البائع فقال نقضت البيع ورددت العبد عليك فلم يقبل البائع ولم يقبضه فان مضت المدة والعبد مريض لزم المشتري وان صح فيها فلم يرده حتى مضت كان له ان يرده على البائع بذلك الرد الذي كان منه ومن باع على انه بالخيار فصالحه المشتري على دراهم او عرض بعينه على ان يسقط الخيار ويمضي البيع فعل جاز وطاب له اذ حاصله زيادة في الثمن وكذا لو كان الخيار للمشتري فصالحه البائع على ان يسقط الخيار ويحط عنه من الثمن كذا او يعطيه هذا العرض جاز لانه زيادة في المبيع او حط من الثمن ولو امره ببيع عبده على ان يشترط الخيار ثلاثة ايام فباعه مطلقا لم يجز ولو امره مطلقا فباعه بشرط الخيار للآمر او للاجنبي صح ولو وكله بالشراء توكيلا صحيحا فهو على ما ذكرنا من التفصيل الا ان العقد متى لم ينفذ على الآمر ينفذ على المأمور بخلاف البيع لان الشراء اذا لم يجد نفاذا نفذ على العاقد قوله واذا مات من له الخيار بطل خياره وما لو كان هو مشتريا ولم ينتقل الى ورثته واذا بطل خياره يلزم البيع فان كان الخيار للبائع دخل ثمن المبيع في ملك المشتري ان كان الخيار للمشتري دخل المبيع في ملك ورثته وللبائع الثمن في التركة ان لم يكن قبضه وقيد بمن له الخيار لانه اذا مات العاقد الذي لا خيار له فالآخر على خياره بالاجماع فان امضى البيع مضى وان فسخ انفسخ وقال الشافعي يورث عنه وبه قال مالك وعلى ما هو في كتبهم المشهورة لانه اي الخيار حق الانسان لازم حتى ان صاحبه لا يملك ابطاله فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين فانهما يورثان بالاتفاق ولنا ان الخيار ليس الا مشيئة وارادة فلا يتصور انتقاله لانه وصف شخصي لا يمكن فيه ذلك والارث فيما يمكن فيه الانتقال وهو الاعيان ولفظ مشيئة منصوب على انه خبر ليس وما في الشروح من انه بدل عن الخبر فتقديره ان الخيار ليس شيئا الا مشيئة مبني على قولهم تعريف في العربية من ان يقدر المعمول غير ما فرغ العامل له ويجعل ما بعد الا بدله والمختار ان المفرغ له هو المعمول ففي ما قام الا زيد زيد فاعل بخلاف ما قاموا عليه من خيار العيب لان الارش فيه يعين من جملة الجزء المستحق فاذا دخل في ملكه تمام الاجزاء وبعضها متعين كان له ان يختار

قال ومن اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره فايهما جاز جاز وايهما نقض نقض واصل هذا ان اشتراط الخيار لغيره جائز استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر ره لان الخيار من موجب العقد واحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري ولنا ان الخيار لغير العاقد لا يثبت الا بطريق النيابة عن العاقد فيقدر الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائبا عنه تصحيحا للتصرف وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فايهما اجاز جاز وايهما نقض نقض ولو اجاز احدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره ولو خرج الكلام منهما معا يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفاسخ في اخرى وجه الاول ان تصرف العاقد اقوى لان النائب يستفيد الولاية منه وجه الثاني ان الفسخ اقوى لان له حق الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الاجازة ولما ملك كل واحد منهما التصرف تجانسا بحال التصرف وقيل الاول قول محمد ره والثاني قول ابي يوسف ره واستخرج ذلك مما اذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معا فمحمد ره يعتبر فيه تصرف الموكل وابو يوسف ره يعتبرها

ان يترك حقه او يطلبه وهذا معنى ثبوت خيار العيب غير ان طلبه لا يمكن شرعا الا برد الكل واخيار التعيين فجعله اصلا آخر للشافعي لا يصح على اصله لانه لا يجيز خيار التعيين فكانه ذكره الزاما للنا وجوابه كذلك ان المورث هو احد العينين المخير في تعيينه فينتقل الى الوارث كذلك ولازمه اختلاط الملكين فصار كما اذا ورث مالا مشتركا فيثبت حكم ذلك وهو وجوب التعيين والافراز وهو معنى الخيار فجاز الخيار لانه مال للعين للمورث ضمنا لا قصدا على وجه الاستقلال ولا يكون ذلك فيما فيه خيار الشرط لان البيع ليس ملزوما للخيار لينتقل الى الوارث بما فيه على انه لا يتصور فيما اذا كان الخيار للمشتري فانه لم يدخل المبيع في ملكه عند ابي حنيفة رح فلا يورث ووجه قوي على ما تقدم وقيل على اصل الدليل قولكم لا يتصور انتقال الوصف ان اردت حقيقته فمسلم لكن مرادنا بالانتقال ان يثبت للوارث شرعا ملكا واستحقاقا مخلفا عن الميت واستحقاقه لا عين ذلك الملك الاستحقاق المقيد باضافته الى الميت لان ذلك غير ممكن فالوجه في الاستدلال ليس الا ان يقال ثبوت ذلك شرعا في املاك الاعيان معلوم متفق عليه واما ثبوته عن الشرع في غيرها من الحقوق فتوقف على الدليل السمعي ولم يوجد ونفي المدرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي فان قالوا بل قد وجد وهو ما روي عنه عليه الصلوة والسلام انه قال من ترك مالا او حقا فلورثته ومن ترك كلا او عيالا فالي قلنا الثابت قوله مالا في الصحيح واما الزيادة الاخرى فلم تثبت عندنا ومالم تثبت لم يتم الدليل واما الجواب بان الملك انما ينتقل في ضمن انتقال العين فبعيد انه في غاية الضعف اذ لا معنى لكون الارث انتقالا لنفس ذات العين والملك بيعهما بقابل تامل فان حقيقة انتقالها انما هو في الملك قال الى ان المراد انتقال ملكها ليس غير ثم بينا المراد ولقولهم انتقل ملكها بما ينفي كل ذلك الكلام في الجوابات المكتوبة في بعض الشروح هذا ويلزمه على تقدير ثبوته ان يورث خيار المجلس عندهم والمنقول عنهم عدمه ثم تفرع عدم انتقال الخيار الى الورثة على ابي حنيفة رح اما على قولهما فينبغي ان يورث لانهما يثبتان الملك للمشتري بالخيار وفي العين فينتقل الى الورثة عن مملوكة له فيها خياران يفسخ كما في خيار العيب بعينه وفي خيار البائع ينتقل الثمن مملوكا لهم قوله ومن اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره يعني لغير العاقد الذي هو ليس عاقدا والا فغيره يصدق على البائع فايهما اجاز من الشارط العاقد او المشروط له الذي هو غير عاقد جاز وايهما نقض البيع انتقض فالنقض من مبتدا والجملة الشرطية وهي ايهما اجاز جاز خبره واذا تضمن المبتدا معنى الشرط جاز دخول الفاء في خبره نحو الذي ياتيني فله درهم واصل هذا اي جواز اشتراط لغير العاقد ان جوازه استحسان وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر وقول الشافعي رح وجه قولنا قال مالك واحمد وهو الاصح من مذهب الشافعي رح الان في ثبوته للعاقد مع ذلك الغير وجهين في وجه يثبت للغير وحده وعلى قوله الموافق لقول زفر فيه وجهان في وجه يفسد البيع وفي وجه يصح البيع ويبطل الشرط وجه قول زفر ان الخيار من موجب العقد واحكامه فلا يجوز اشتراطه لغير العاقد كاشتراط الثمن على غير المشتري واشتراط ملك المبيع لغير المشتري واشتراط تسليم الثمن او المبيع على غير العاقدين ولان هذا التعليق الفسخ البيع وانبرامه بفعل الغير والبيع لا يحتمل ذلك وقياسا على خيار الرؤية والعيب ووجه الاستحسان ان الحاجة قد تمس الى اشتراطه للغير لان شرعيته لاستخلاص الرأي وقد يكون الانسان يعلم من نفسه قصور الراي والتدبير غيره واثق بهما في ذلك بل لغيره فمن يعلم جزمه وجوده رأيه ومعرفته بالقيم واحوال البياعات فيشترط الخيار له ليحصل المقصود ومن شرعيته فيجب تصحيحه واجنبيته عن العقد انما يمنع ان سلمنا صحة ما نبغيه لو جعلناه اصلا مستقلا لكنا لم نعتبره الا تبعا للثبوت الاشتراط للعاقد فيثبت اشتراط النفسه اقتضاء لتصحيح التصرف فيثبت لها

قال ومن باع عبدين بالف درهم على انه بالخيار في احدهما ثلثة ايام فالبيع فاسد وان باع كل واحد منهما بخمس مائة على انه بالخيار في احدهما بعينه جاز البيع والمسئلة على اربعة اوجه احدها ان لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الاول في الكتاب وفساده لجهالة الثمن والمبيع لان الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فبقي الداخل فيه احدهما وهو غير معلوم والوجه الثاني ان يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانيا في الكتاب وانما جاز لان المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد في الذي فيه الخيار وان كان شرطا لانعقاده في الاخر لكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلا للبيع كما اذا جمع بين حر ومدبر والثالث ان يفصل ولا يعين والرابع ان يعين ولا يفصل والعقد فاسد في الوجهين اما لجهالة المبيع او لجهالة الثمن

واستشكل باستلزامه ثبوت ما هو الاصل بطريق الاقتضاء والثابت به انما هو ما يكون تبعا قلنا الملازمة ممنوعة لان الحرية تبعية والاصالة بالنسبة الى ما هو المقصود اولا بالذات لا بالنسبة الى الوجود فالمقصود بالذات في قوله اعتق عبدك عني بالف انما هو العتق فكان التملك مقصودا لغيره بهذا المقصد ليصح العتق عنه وان كان اصلا بالنسبة الى الوجود فكذا ههنا المقصود اولا وبالذات ليس الا الاشتراط للاجنبي لانه الذي به يحصل مقصود العاقد بالفرض فكان ثبوته للعاقد تبعا للمقصود ليصح المقصود به فكان ثبوته بطريق الاقتضاء واقعا على ما هو الاصل في الاقتضاء هذا هو التحقيق انشاء الله تعالى ولا حاجة في جوابه الى تكلف زائد فان قيل فلم لم يجز اشتراط الثمن على الاجنبي فثبت كذلك اقتضاء كما ثبت الخيار له وثبت للعاقد اقتضاء اجيب بان الثمن دين على العاقد والكفالة ليس فيها نقل الدين على الكفيل فلو ثبت الكفالة اقتضاء لاشتراط على الاجنبي لثبت المقتضى وهو اشتراط فانه انما يعني به ثبوته على المشترط عليه على ما هو ثابت على العاقد نعم لو كان ذكر الثمن صريحا بالثمن الدين صح وعند صيرورة الخيار لهما يكون لكل منهما الخيار فايهما اجاز جاز وايهما نقض البيع انتقض فلو اجاز احدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره ولو خرج الكلام ان معا يعتبر تصرف العاقد في رواية كتاب البيوع نقض او اجاز والتقييد بالفسخ في اخرى هي رواية كتاب المأذون سوار كان من العاقد وكيلا الاجنبي وجه الاول ان تصرف العاقد اقوى لان النائب يستفيد الولاية منه والتصرف الصادر عن اصالة اقوى من التصرف الصادر عن نيابة واستشكل بما اذا وكل رجلا آخر بطلاق امرأته فطلق الموكل والوكيل معا قالوا اذا وقع طلاق احدهما لا طلاق الموكل بعينه ولو كان الحكم للاصيل يقين طلاقا اجيب بان الوكيل في الطلاق سفير كالوكيل في النكاح فكانت عبارته عبارة فالصادر من كل منهما عين الصادر من الآخر وجه الثاني ان لا يترجح كونه اصيلا دون وكيلا لان الوكيل بعد ما استفاد الولاية على الفعل كان مثله فاستويا ثم يترجح بنفس التصرف والنسخ اقوى لانه يلحق المجاز فيبطله والاجازة لا يلحق المنسوخ فيبرمه قال شمس الائمة الصحيح ما ذكر في المأذون ثم قالوا الاول قول محمد والثاني قول ابي يوسف واستخرج هذا التخريج من مسئلة اختلفا فيها هي ما اذا وكل غير بيع عبده فباع الموكل من رجل والوكيل من آخر فمحمد جعل البيع ممن باع منه الموكل ترجيحا لتصرفه للاصالة وابو يوسف يعتبرهما على السواء فيجعل العبد مشتركا بينهما ويخير كل منهما لتفرق الصفقة وعيب الشركة وقيل عند محمد تفسخ في النصف وتفسخ في النصف اي فيما اذا شرط الخيار لغيره لكن يتخير صاحبه لتفرق الصفقة عليه قوله ومن باع عبدين بالف على انه بالخيار في احدهما ثلثة ايام فالبيع فاسد الخ والمسئلة على اربعة اوجه في ثلثة البيع فاسد وفي واحدة صحيح احدها ان لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهي المذكورة في الجامع الصغير ويمكن ان يكون هو المراد بالكتاب في قوله وهو الوجه الاول المذكور في الكتاب والاظهر انه يريد به البداية لان الهداية شرحها وفسادها بجهالة المبيع والثمن جميعا وذلك لان الذي فيه الخيار لا ينعقد البيع فيه في حق الحكم فكان كانه خارج عن البيع والبيع انما هو في الاخر وهو مجهول بجهالة من فيه الخيار ثم ثمن البيع مجهول لان الثمن لا ينقسم في مثله على المبيع بالاجزاء وثانيها وهو الوجه الجائز ان يعين كلا بان يقول بعتك كل واحد من هذين بخمسمائة على اني بالخيار في هذا الانتفاء المفسد بجهالة احد الامرين فان قيل ان انتفى مفسد الجهالة فقد تحقق مفسد آخر وهو انه جعل قبول العقد في الذي فيه الخيار وهو غير داخل في الحكم شرطا لانعقاده في الذي ليس فيه الخيار وذلك مفسد كما لو جمع بين حر وعبد حيث لا يجوز البيع في العبد اجاب عنه المصنف بعد الاشارة الى السؤال بقوله وقبول العقد في الذي فيه الخيار ان كان شرطا لانعقاد العقد في الآخر لكن هذا غير مفسد للعقد لكونه اي من فيه الخيار محلا للبيع فهو كما لو جمع بين قن ومدبر وباعهما بالف حيث ينعقد البيع في القن

قال ومن اشترى ثوبين على ان ياخذ ايهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلثة ايام فهو جائز وكذلك الثلثة فاكثر اربعة اثواب والبيع فاسد والقياس ان يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله وجه الاستحسان ان شرع الخيار للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والاوفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه يحتاج الى اختيار من يثق به او اختيار من يشتريه لاجله ولا يمكنه البائع من الحمل اليه الا بالبيع فكان في معنى ما ورد به الشرع غير ان هذه الحاجة تندفع بالثلث لوجود الجيد والوسط والردىء فيها والجهالة لا تفضي الى المنازعة في الثلث لتعيين من له الخيار وكذا في الاربع لان الحاجة اليها غير متحققة والرخصة تثبت بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة فلا تثبت باحدهما

بحصته وان كان قبول العقد في المدبر شرطا فيه وذلك لدخول المدبر في البيع لحاجة له في الجملة ولهذا اوقف القاضي بجواز بيعه جاز فكان القبول شرطا صحيحا بخلاف ما شبه به من الجمع بين الحر والعبد لان الحر ليس بمال اصلا فلا يدخل في البيع بحال فكان اشتراط قبوله اشتراط شرط فاسد في الجمع بين القن والمدبر في البيع خلاف سيأتي انشاء الله تعالى في آخر البيع الفاسد وثالثها لم يفصل ولم يعين الذي فيه الخيار كان للبائع ان يعتق كل واحد من هذين بخمسمائة على اني بالخيار في احدهما فسد البيع بجهالة المبيع بسبب جهالة من فيه الخيار وروايتهما ان يعين الذي فيه الخيار ولا يفصل الثمن وهو ان يقول بعتك هذين بالف على اني بالخيار في هذا والفساد فيه بجهالة الثمن لان المبيع وان كان معلوما تعيين من فيه الخيار لا ان ثمنه مجهول لما قلنا ان الثمن لا ينقسم عليهما بالسوية فان قلت ما الفرق بين هذا الذي لم يعين فيه الثمن وبين ما اذا جمع بين عبدين في البيع بثمن واحد فاذا احدهما مدبر او مكاتب او جارية تين فاذا احدهما ام ولد حيث يصح البيع في القن بحصته من جملة الثمن مع ان ثمن كل منهما مجهول الكمية حال العقد ولا فصح في المسئلة المذكورة في الكتاب بالحصة اجيب ان من مشائخنا من لم يشتغل بالفرق وقال قياس ما ذكر هنا ان لا يجوز العقد في تلك المسائل في القن وبصير ما ذكر هناك رواية في تلك المسائل ومنهم من اشتغل بالفرق وهو الصحيح وهو ان البائع من حكم العقد هنا مقترن بالعقد لفظا ومعنى فاثر الفساد لان شرط الخيار يمنع الانعقاد في المشروط فيه فيكون كالمعدوم فلم ينعقد فيه ابتداء فينعقد في الآخر بالحصة ابتداء بخلاف تلك المسائل فان المانع مقترن فيها معنى لا لفظا فيدخل المدبر ومن معه في البيع لما ذكرنا من حملهم في الجملة ثم يخرجون بناء على استحقاقهم العتق بحكم شرعي ما لم يتصل به حكم قاضي يستند وعلى ما ذكرنا تتفرع ما في فتاوى قاضي خان باع عبدين على انه بالخيار فيهما وقبضهما المشتري ثم مات احدهما لا يجوز البيع في الباقي وان تراضيا على اجازته لان الاجازة حينئذ بمنزلة ابتداء العقد في الباقي بالحصة ولو قال البائع في هذه المسئلة نقضت البيع في هذا وفي احدهما كان الخيار كما كان لم يتكرر خياره فيهما باق كما كان كما لو باع عبدا واحدا وشرط الخيار لنفسه فنقض البيع في نصفه **قوله** ومن اشترى ثوبين على ان ياخذ الخ المراد ان يشتري اخذ ثوبين او ثلثة غير معين على ان ياخذ ايهما شاء وهذا خيار التعيين يعني اي الثوبين او الثلاثة شاء على انه بالخيار ثلثة ايام فيهما يعينه بعد تعيينه للبيع اما اذا قال بعتك عبدا من هذين بمائة ولم يذكر قوله على انك بالخيار في ايهما شئت لا يجوز اتفاقا كقوله بعتك عبدا من عبيدي وان اشترى احد اربعة لا يجوز والقياس ان يفسد البيع في الكل في اخذ الاثنين والثلاثة كما يفسد في الاربعة وهو اي القياس قول زفر والشافعي وجه الاستحسان ان شرع الخيار في خيار الشرط للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لان الانسان قد يحتاج الى راي غيره في اختيار المبيعات وهو ليس بحاضر وليس بحيث يحضر لعلوه او لتجهما خصوصا اذا كانت اهله لا ينبغي ان يتركها تلج الاسواق وتمارس الرجال لشراء حاجتها فيحتاج ان يرفع اليه العدد من ذلك النوع ليختار الاوفق ولا يمكنه البائع من حمله اليه الا مبيعا فكان في معنى ما ورد به النص فيجوز غير ان الحاجة تندفع بالثلث لتحقق الجيد والردىء والوسط فيها فيندفع بجعل واحد من كل نوع من الثلاثة فلا تشرع الرخصة في الزائد لان شرط الرخصة للحاجة وقول المصر والجهالة لا تفضي الى المنازعة جواب عن استقلال زفر والشافعي بهما واذا ظهر ان جواز هذا البيع للحاجة الى اختيار ما هو الاوفق لمن يقع الشراء والارفق حاضرا او غائبا ظهر انه لا يجوز للبائع ان يخيف خيار التعيين بالمشتري لان البائع لا حاجة له الى اختيار الاوفق والارفق لان المبيع كان له قبل البيع وهو ادرى بما يلائمه منه فيرجوانبه البائع الى القياس ولهذا نص في الجامع على انه

فرقيل بشرط ان يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا للاعتبار وفاقا لا شرطا واذا اراد كم خيار الشرط لابد من توقيت خيار التعيين بالثلث عنده وبمدة معلومة اينما كانت عندهما خلافا لابن ابي ليلى حتى لو استرى ثوبين وفي بعضها اشترى احد الثوبين وهو الصحيح لان المبيع في الحقيقة احدهما والآخر امانة ولكونه مبيعا وامانة ولكونه مبيعا وامانة احدهما او تعيب لزم البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة لامتناع الرد بالتعيب وكونه مبيعا جميعا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما الشيوع البيع والامانة فيهما ولو كان فيه خيار الشرط له ان يردهما جميعا ولو مات من له الخيار واوارثه ان يرد احدهما كان الباقي خيار التعيين لان الخيار حق الوارث فاما خيار الشرط لا يورث وقد ذكرنا الفرق بين

لا يجوز في جانب البائع وذكر الكرخي انه يجوز استحسانا لانه بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البائع قياسا على الشرط وانما تستحسن الفرق ثم اختلف المشايخ في انه هل من شرط جواز هذا البيع اعني البيع الذي فيه خيار التعيين ان يكون فيه خيار الشرط كما قدمناه في الصورة قيل نعم كما هو المذكور في الجامع الصغير تصويبا على ما ذكرناه ونسبه قاضي خان الى اكثر المشايخ وقال شمس الائمة في جامعه هذا الصحيح وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير وغيره والمذكور في الجامع الصغير من السهو وقع اتفاقا لا قصدا وصححه فخر الاسلام قال الصحيح عندنا انه ليس بشرط وهو قول ابن شجاع وجه الاشتراط وهو قول الكرخي ان القياس يأبى جواز هذا العقد بجهالة المبيع وقت لزوم العقد وانما جاز استحسانا بموضع السنة وهو شرط الخيار فلا يصح بدونه ولا يخفى ضعف هذا الكلام فانه يقتضي ان شرط الالحاق بالدلالة ان يكون في محل الصورة الملحقة الصورة الثانية بالعبادة وكان يلزم ان لا يصح البيع بخيار النقد الا في بيع فيه خيار الشرط لان صحة البيع على انه ان لم ينقد الى ثلاثة ايام فلا بيع مما ثبت بدلالة نص خيار الشرط ولا يعلم اشتراط ذلك غير انهما ان تراضيا على خيار الشرط مع خيار التعيين ثبت حكمه وهو جواز ان يرد كلا من الثوبين الى ثلاثة ايام ولو بعد تعيين الثوب الذي فيه البيع لان حاصل التعيين في هذا البيع الذي فيه شرط الخيار انه عين المبيع الا انه يحتاج لا انه يسقط خياره ولو رد احدهما كان بخيار التعيين ويثبت البيع في الآخر بشرط الخيار ولو مضت الثلاثة قبل رد شيء وتعينه لبطل خيار الشرط وانبرم البيع فيهما وعليه ان يعين ولو مات المشتري قبل الثلاثة ثم مبيع احدهما وعلى الوارث التعيين لان خيار الشرط لا يورث والتعيين ينتقل الى الوارث ليميز ملكه من ملك غيره على ما ذكرناه ولهذا لا يتوقف في حق الوارث كما ذكره المصنف لانه صار بمنزلة الشريك المختلط اذا كمل غير فاما بطلب شريكه القسمة لم تتعين عليه ولا يفوت قبضه وان لم يتراضيا على خيار الشرط معه لابد من توقيت خيار التعيين بالثلاثة عند ابي حنيفة كما في خيار الشرط لانه اصله وعندهما اي مدة تراضيا عليها بعد كونها معلومة وعلى هذا يجب انه اذا كان فيه خيار الشرط فمضت المدة حتى ابرم في احدهما ولزم التعيين ان يقيد التعيين بثلاثة من ذلك الوقت وح فاطلاق الطحاوي قوله خيار الشرط موقت بالثلاث في قوله غير موقت بهما عندهما وخيار التعيير غير موقت فيه نظر وقد طولب بالفرق على قول ابي يوسف حيث قصر المدة على الثلاثة في خيار النقد اخذا بالقياس ولم يقتصر في خيار التعيين عليها اجيب بان في خيار النقد تعليقا صريحا بإداة الشرط فلا يكون الوارد في خيار الشرط واردا فيه بخلاف خيار التعيين فانه ليس فيه صريح التعليق فكان في معناه وهذا يوجب ان اخذه في خيار النقد في الثلاثة باثر لابن عمر فيه ونفي الزائد بالقياس واثر ابن عمر نقله الفقيه ابو الليث في شرح الجامع عن محمد بن الحسن عن عبد الله بن المبارك عن ابن جريج عن سليمان مولى ابن البرصاء قال بعت من عبد الله بن عمر جارية على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع بيننا فاجازه ابن عمر هذا البيع ولم يرو عن احد من الصحابة خلافه الا انه لا يطابق قول المصنف في خيار النقد فيها تقدم فانه يوافق ابا يوسف مع اخذه في الاصل بالاثر وفي هذا بالقياس قوله ولو هلك احدهما او تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة لامتناع الرد بالعيب علله المصنف بامتناع الرد بالعيب فيعرف منه ان هذا اذا كان بعد ان قبضهما لامتناع رده بسبب العيب الذي حدث فيه عنده وتقدم ان الهلاك لا يجري عن مقدمة عيب فلو هلك احدهما بعده بلا صنع شيء لانه تعين امانة اما لو هلك احدهما قبل القبض او تعيب فلا يبطل البيع والمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بثمنه وان شاء ترك ولو هلكا الكل قبل القبض بطل البيع ولو هلكا معا بعد القبض لزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع المبيع والامانة فليس احدهما اولى بكونه مبيعا من الآخر وكذا اذا هلكا على التعاقب ولم يعرف السابق منهما واثر هذا انما يظهر اذا كان ثمنهما متفاوت الكمية فان كانا متفقين فلا وكذا اذا هلكا على التعاقب

ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار اخرى الى جنبها فاخذها بالشفعة فهو رضا لان طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها لانه ما ثبت الا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب بيضفة رح خاصة

فاختلفا في الهلاك ولي فادعى البائع انه اكثرهما ثمنا وقال المشتري الاقل فان القول قول المشتري مع يمينه على ما استقر عليه قول ابي يوسف ومحمد رح وكان ابو يوسف يقول اولا يتحالفان فايهما نكل لزمه دعوى الآخر وان حلفا يجعل كانهما هلكا معا ثم رجع الى ما ذكرنا من قول محمد رح وايهما ابين قبل فان اقاما ما يقضي بينة البائع لاثباتها الزيادة ولو تعيبا معا بطل خيار الشرط وامتنع عليه ردهما وخيار التعيين على حاله فيمسك ايهما شاء بثمنه ويرد الآخر ولا يغرم من قيمة عيب المردود شيأ استحسانا لان المعيب محل للابتداء البيع ايضا بخلاف الهلاك ليس محلا للابتداء فليس مخلا للتعيين ولو كان البيع فاسدا فقبضهما فاحدهما مضمون عليه بالقيمة والآخر امانة ولو ماتا جميعا ضمن نصف قيمة كل منهما بخلاف البيع الصحيح يضمن نصف ثمن كل نان قيل من اين يتعين المعيب للبيع دون الامانة واحدهما لا على التعيين مبيع كما ان احدهما لا على التعيين امانة وللتناقض الرد بان اعتبار البيع عمل بالدليلين الحادث وهو البيع فانه سبب لايجاب الضمان ذكره القاضي الغزنوي في مختلفاته واما عدم الضمان على الامين فباستصحاب الحال فان قيل فلم لم يضمن الآخر اذا هلك ثانيا باعتبار انه مقبوض على سوم الشراء اجاب بمنع انه كذلك بل المقبوض كل منهما على حقيقة الشراء لاحدهما وليس هنا شيء على سوم الشراء لان ما على سوم الشراء لا يخرج فيه عقد بل يعين الثمن فقط وهنا يخرج تمام العقد فلزم بالضرورة ان قبض العينين على ان احدهما غير عين مبيعا واحدهما غير عين امانة فاذا فرض وجود ما يعين المبيع منهما من الاسباب تعين الآخر للامانة فان قيل لا شيء العكس حكم طلاق احدى الزوجين وعتق احد العبدين هنا حيث يتعين للطلاق والعتاق الباقي للهلاك البيع وهنا يتعين الهالك للبيع اجاب على القسمي بانه لا فرق في الحاصل لان الهالك يهلك على ملكه في المسائل كلها غير انه اذا هلك كل من الزوجة والعبد على ملكه تعين الباقي بالضرورة للطلاق والعتاق فاذا هلك العبد هنا على ملكه تعين الباقي للامانة وانت تعلم ان حقيقة السؤال انه لاي شيء جعل الهالك هنا هو المحل للتصرف دون الباقي وهناك جعل المحل للتصرف الباقي دون الهالك مع ان التصرف في الكل لافي الاحد الدائر بين المعينين فلابد من الفرق وهو ان العبد هنا لما اشرف على الهلاك خرج من ان يكون محلا للرد بالوجه الذي قلناه من المختلفات فتعين العقد فيه بتعيين الباقي للضرورة وحين اشرفت الزوجة والعبد على الهلاك لم يخرجا عن كونهما محلا للرد بالوجه محلا للطلاق والعتاق وهو التصرف فتعين الباقي لها ضرورة وهذا بخلاف ما اذا اشترى كل واحد منهما بعشرة على انه بالخيار ثلاثة ايام فهلك احدهما فانه يمتنع عليه رد الآخر لان العقد تناولهما جميعا حتى ملك باتمام العقد فيهما فاذا تعذر عليه رد احدهما لا يتمكن من رد الآخر لما فيه من تفريق الصفقة على البائع قبل التمام وهنا العقد انما تناول احدهما حتى لا يملك باتمام العقد فيهما قوله ومن اشترى

دارا على انه بالخيار ثلاثة ايام او اقل او اكثر عندهما فبيعت دار الى جانبها فاخذها بالشفعة فهو رضا بالبيع فيسقط خياره واستشكل من هذا ان من اشترى دارا بالخيار له ان يشفع بها فيما يباع بجنبها لان له الاجازة والرضا والشفعة بها رضا بها لانها تدل على اختياره للملك فيما يشفع به لانه اي الشان ما ثبتت الشفعة الا لدفع ضرر الجوار وذلك اي ضرر الجوار يحصل باستدامة الملك فحيث شفع دل على انه مستديم للملك فيقتضي سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة رح خاصة لانه القائل بان المشتري بالخيار للمشتري لا يدخل في ملك المشتري فلا يشفع بها وقد قال يشفع بها فيحتاج الى جعله فعلا يفيد الرضا بالبيع فيبرم البيع فيثبت الملك من وقت عقد الخيار فيكون سابقا على شراء ما فيه الشفعة اما على قولهما فلا حاجة لانهما قالا ان المشتري بالخيار ملكها فيجعله الشفعة بها والوجه انهما ايضا يحتاجان الى زيادة ضميمة لان الملك وان كان ثابتا عندهما فلدفع فهو مزلزل والشفعة لدفع الضرر المستقر

قال رد اشترى الرجلان عبدا فاختار احدهما الخيار رضي احدهما ليس للآخر ان يرده عند ابي حنيفة رح وقالا له ان يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية لهما ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده احدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر زائد وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضاء برد احدهما لتصور اجتماعهما على الرد قال ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب وكان بخلافه فالمشترى بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لان هذا وصف مرغوب فيه فيثبت في العقد بالشرط لتفاوت الاغراض به يجب التخيير لانه فات وصف

فحين شفع دل على قصده استيفاء الملك فيسقط خياره فلا يفسخ بعد ذلك وفي المبسوط على تقدير انه لم يرضهما على قول ابي حنيفة رح وعدم تمام التمريض قال لانه صار احق بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها كالماذون المستغرق بالدين والمكاتب فانهما يستحقان الشفعة وان لم يملكا رقبة الدار بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع فان المشتري هناك لم يصر احق بالتصرف ولو اعتبر الماذون والمكاتب كالوكيل عن السيد في الحال كان حسنا ويرجع الاخذ بالشفعة الى سبب الملك هذا ولو كان خيار رؤية كان له ان يشفع في الدار المبيعة الى جانبها قولا واحدا لان خيار الرؤية حتى اذا رآها كان له ان يردها بعد ما شفع بها وسيأتي انه لو اسقط خيار الرؤية صريحا لا يسقط لانه معلق بالرؤية فقبلها هو عدم فحقيقة قولنا ثبت له خيار الرؤية انه اذا رآها ثبت له خيار الرؤية وكذا لا يبطل خيار العيب بالاخذ بالشفعة **قوله** اذا اشترى الرجلان عبدا انتصبا انهما بالخيار ورضي احدهما بالبيع بطل خيار الآخر فليس له ان يرده عند ابي حنيفة رح وقالا له ان يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب والرؤية بان اشترى الرجلان شيئا فاطلع على عيبه فرضي به احدهما دون الآخر فليس للآخر ان يرده عنده وعندهما له ذلك واشتريا ولم يريا فعند الرؤية رضي احدهما دون الآخر لهما ان اثبات الخيار والاجابة لكل منهما فلا يسقط حقه باسقاط صاحبه حقه وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده احدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر زائد فان البائع كان بحيث ينتفع به متى شاء كيف شاء فصار بحيث لا يقدر على ذلك الا بطريق المهايأة والخيار ما شرع لدفع الضرر عن احدهما بالحاق الضرر بالآخر فان قيل هذا الضرر حصل في ملك البائع قلنا ممنوع لانه بعد خروجه عن ملكه فان مع اختيار المشتري يخرج المبيع عن ملك البائع فان قيل لما شرط الخيار لهما فقد رضي بهذا العيب حيث بانه انما رضي به في ملكهما فان قيل بل رضي به مطلقا لان الخيار يعلوم انه قد يكون عنه فسخ وقد يكون عنه ابرام فشرط رضا الكل من الامرين اجاب عنه المصنف بقوله وليس من ضرورة الخ يعني لا يلزم من كونه شرطا لهما ان يكون انما شرطاه لجواز كونه فسخا فاذا جاز هذا كان هو الظاهر اذ الظاهر ان التصرف من العاقل اذا احتمل كلا من امرين احدهما ضرر دون الآخر انما يراد المحتمل الذي لا ضرر فيه لان الظاهر بل اللازم عدم قصد العاقل الى ما لا يضره بلا فائدة **قوله** ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب اي حرفة كانت فكان بخلاف ذلك فالمشتري بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء ترك ولو مات هذا المشتري انتقل الخيار الى ورثته اجماعا لانه في ضمن ملك العين وهذا الشرط حاصله شرط وصف مرغوب فيه في المبيع ولو كان موجودا فيه دخل في العقد ومن كان من مقتضياته فكان شرطه اذا لم يكن فيه ضرر صحيحا فالاصل في اشتراط الاوصاف ان ما كان وصفا للموصوف فهو جائز وما لا فيه غرر لا يجوز الا ان يكون اشتراطه بمعنى البراءة من وجوده وهو ليس مرغوبا فيه فعلى هذا يتفرع ما لو باع ناقة او شاة على انها حامل او حلبها كذا فالبيع فاسد عندنا خلافا للشافعي على الاصح عنده لانه شرط زيادة مجهولة لعدم العلم بها حتى لو شرط انها حلوب جاز كما اذا شرط في الفرس انها هملاج وفي الكلب انه صائد حيث يصح ومنه شرط كونه ذكرا او انثى وشرط الثمن مكفولا اما لو اشترى جارية على انها حامل فاختلف المشايخ فيه قيل لا يجوز كالناقة والشاة وقيل يجوز ان الحبل في الجواري عيب بخلاف البهائم فكان ذكره ذلك للبراءة عن العيب وقيل ان اشتراها ليتخذ ها ظئرا فشرط انها حامل يعني ذلك غرضه للبائع فالبيع فاسد لانه شرط زيادة مجهولة في وجودها غرر فكانت كالناقة وان لم يرد ذلك جاز حملا لقصد البراءة من عيب الحبل ومنه لو اشتراه على انه معيب فوجده سليما صح وكان له هذا وذهب الحسن عن ابي حنيفة رح في شرط الحمل في البقرة والجارية انه يجوز وروى ابن سماعة عن محمد في اشتراط انها حلوبة لا يجوز لان المشروط هنا اصل من وجه وهو اللبن قال محمد في مسئلتنا فان

وهذا يرجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الاغراض فلا يفسد العقد بعدمه بمنزلة وصف الذكورة والانوثة في الحيوان وصار كفوات وصف السلامة واذا اخذه باجمع الثمن كان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف

قبضه المشتري ووجده كاتبا او خبازا على ادنى ما ينطلق عليه الاسم لا يكون له حق الرد ومعناه ان يوجد منه ادنى ما ينطلق عليه اسم الكاتب والخباز اعني الاسم الذي يشهر بالحرفة فلو فعل من ذلك ما ليس كذلك كان له حق الرد بان يكتب شيئا يسيرا ناقصا في الوضع او يخبز قدرا يدفع عنه الهلاك بالكلية واذا لم يجده كما شرط وامتنع الرد بسبب من الاسباب رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن بان يقوم العبد كاتبا وغير كاتب فيرجع بالتفاوت وعن ابي حنيفة رح لا يرجع بشيء لان ثبوت الخيار للمشتري بالشرط لا بالعقد وتعذر الرد في خيار الشرط لا يوجب الرجوع على البائع فكذا هذا والصحيح ما في ظاهر الرواية وبه قال الشافعي لان البائع عجز عن تسليمه وصف السلامة كما في العيب ولو اختلف المشتري والبائع بعد مدة فقال المشتري لم اجده كاتبا وقال البائع سلمته اليك كاتبا ولكنه نسي عندك والمدة تحتمل انه ينسى في مثلها فالقول للمشتري والاصل في هذا ان القول لمن يتمسك بالاصل وان العدم في الصفة العارضة اصل والوجود في الصفات الاصلية اصل وشهادة النساء بانفرادهن فيما لا يطلع عليه الرجال حجة اذا تأيدت بمؤيد وان لم تتأيد تعتبر في ثبوت توجه الخصومة لا في الزام الخصم اذا عرف هذا فاذا اختلفا قبل القبض او بعده فقال المشتري ليس بهذا الوصف وقال البائع هو بهذا الوصف للحال يؤمر بالخبز والكتابة فان فعل ما ينطلق عليه الاسم على ما ذكرنا لزم المشتري والا يرد ولا يعتبر قول العبد في ذلك وان قال البائع سلمته بهذا وانسي عندك والمدة تحتمل ذلك والمشتري ينكر ذلك فالقول قول المشتري ويرده لان الاصل عدم هذه الصفة وان لم يكن قبضه لم يجبر على قبضه ويدفع الثمن حتى تعرف هذه الصفة ولو اشتري جارية على انها بكر ثم اختلفا قبل القبض او بعده فقال البائع بكر للحال وقال المشتري ثيب فان القاضي يريها النساء فان قلن بكر لزم المشتري بلا يمين البائع لان شهادتهن تأيدت هنا بمؤيد لان الاصل البكارة وان قلن ثيب لم يثبت حق الفسخ بشهادتهن لان الفسخ حق قوي وشهادتهن حجة ضعيفة لم تتأيد بمؤيد لكن يثبت حق الخصومة ليتوجه اليمين على البائع اذ لا بد للمشتري من الدعوى والخصومة حق ضعيف لانها ليست بمقصودة لذاتها فجاز ان تثبت بشهادتهن فيحلف البائع بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر فان لم يكن قبض يحلف بالله لقد بعتها وهي بكر فان نكل ردت عليه وان حلف لزم المشتري وروى عن ابي يوسف ومحمد في رواية انها ترد بشهادتهن قبل القبض بلا يمين من البائع وان لم يكن عند القاضي من النساء من يوثق بهن لا يحلف البائع لان العيب لم يثبت للحال فلا يثبت حق الخصومة فلا يتوجه اليمين على البائع فتلزم الجارية على المشتري الى ان يحضر من النساء من يوثق بهن ولو قال لبعتها وسلمتها اليك وهي بكر وزالت في يدك فالقول قوله لان الاصل هو البكارة ولا يريها القاضي النساء لان البائع مقر بزوال البكارة وانما يقول زالت في يدك واعلم انه اذا اشترط في المبيع ما يجوز اشتراطه فوجده بخلافه فتارة يكون المبيع فاسدا وتارة يستقر على الصحة ويثبت للمشتري الخيار وتارة يستقر صحيحا ولا خيار للمشتري وهو ما اذا وجده خيرا مما شرطه وضابطه ان كان المبيع من جنس المسمى ففيه الخيار والثياب اجناس اعني الهروي والاسكندري والمروي والكتان والقطن والذكر والانثى في بني آدم جنسان وفي سائر الحيوانات جنس واحد والضابط فحش التفاوت في الاغراض وعدمه فاذا اشترى ثوبا على انه اسكندري فوجده بلديا او هنديا فوجده مرويا او كتانا فوجده قطنا او ابيض فوجده مصبوغا او مصبوغا بعصفر فاذا هو بزعفران او دارا على ان بناها آجر فاذا هو لبن او على ان لا بناء ولا نخل فيها فاذا بها بناء او نخل او ارضا على ان جميع اشجارها مثمرة فوجد واحدة غير مثمرة او على انه عبد فاذا هو جارية او فرس على انه يا قوت فاذا هو زجاج فهو فاسد في جميع ذلك ولو اشترى جارية على انها مولدة الكوفة فاذا هي مولدة بغداد او غلاما على انه تاجر او كاتب فاذا هو لا يحسنه او على انه فحل فاذا هو خصي او عكسه او انها بغلة فاذا هو بغل او ناقة فكان جملا او لحم مغز فكان لحم

باب خيار الرؤية

ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا رآه ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده وقال الشافعي رح لا ينعقد اصلا لان المبيع مجهول ولنا قوله ع من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه ولان الجهالة تبدم الرؤية لا تفضي الى المنازعة لانه لو لم يوافقه يرده فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه

ضمان او على عكسه ونحو ذلك فله الخيار فلو اشترى على انه بغل فوجده بقلة او حمارا او بعيرا فاذا هو اتان او ناقة او جارية على انها رقاء او جبلى او ثيب فاذا هى بخلافه جاز ولا خيار له لانه صفة افضل من المشروط وينبغى فى مسئلة البعير والناقة ان يكون فى العرب واهل البوادى الذين يطلبون الدر والنسل اما اهل المدن والمكارية فالبعير افضل ولو بلغ دارا بافيها من الجذوع والخشب فى الابواب والنخيل فاذا ليس فيها شئ من ذلك الا خيار للمشترى +

باب خيار الرؤية قدمه على خيار العيب لانه يمنع تمام الحكم وذلك يمنع لزوم الحكم واللزوم بعد التمام والاضافة من قبيل اضافة الشئ الى شرطه لان الرؤية شرط ثبوت الخيار وعدم الرؤية هذا بالسبب لثبوت الخيار عند الرؤية **قوله** ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا رآه ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده وسواء رآه على الصفة التى وصفت له او على خلافها مثل ان يشترى جرابا فيه اثواب هروية او زيتا فى زق او حنطة فى غرارة من غير ان يرى شيأ منه ان يقول بعتك درة فى كمى صفتها كذا او ثوبا فى كمى صفته كذا او هذه الجارية وهى حاضرة منتقبة له الخيار اذا راى شيأ من ذلك وفى المبسوط الاشارة اليه اى الى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر اليه ولا الى مكانه لا يجوز بالاجماع انتهى لكن اطلاق الكتاب يقتضى جواز البيع سواء سمى جنس المبيع اولا وسواء اشار الى مكانه او اليه وهو حاضر مستور او لا والاصل ان يقول بعت منك ما فى كمى بل عامة المشايخ قالوا اطلاق الجواب يدل على الجواز عنده وطائفة قالوا لا يجوز بجهالة المبيع من كل وجه والظاهر ان المراد بالاطلاق ما ذكره شمس الائمة وغيره كصاحب الاسرار والذخيرة لبعد القول بجواز مالم يعلم جنسه اصلا كان يقول بعتك شيأ بعشرة وقول المصنف وقال الشافعى لا يجوز العقد اصلا هو فيما لم يسم جنسه قولا واحدا انه لا يجوز واما فيما سمى جنسه وصفته على ما نقل فى شرح الوجيز والحلية انه يجوز على قوله القديم وعلى قوله الجديد لا يجوز وعن مالك واحمد مثل قولنا واختاره كثير من اصحاب الشافعية منهم القفال وهو قول عثمان بن عفان وطلحة رضى الله عنهما وذكر المصنف رح فى وجه قوله ان المبيع مجهول مقتصرا عليه يعنى وكلما كان كذلك لا يجوز لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر ونهيه عن بيع ما ليس عندك ولما روينا من قوله ع من اشترى شيأ لم يره فله الخيار اذا رآه فانا لا ننهى عن بيع ما ليس عند الانسان وانما ذلك الا لجهالة فلنا لا ننهى عن بيع ما ليس عندك فالمراد منه ما ليس فى الملك اتفاقا فالا ما ليس فى حقيقتك ونحن شرطنا فى هذا البيع كون المبيع مملوكا للبائع فتضينا عهدته وانما بيع الغرر فلفظ يفيد انه غيره وذلك ليس الا بان يظهر له ما ليس فى الواقع فيثبتى عليه فيكون مغرورا بذلك فيظهر له خلافه فيتضرر به وكيف كان فلا شك بعد القطع ونحن نقطع بان النهى عن ذلك لما يلزم من الضرر فيه ونقطع بان لا ضرر فيما اخبرنا من ذلك انما يلزم الضرر لو لم يثبت له الخيار اذا راه فاما اذا اوجبنا له الخيار اذا راه فلا ضرر فيه اصلا بل فيه محض مصلحة وهو ادراك حاجة كل من البائع والمشترى فانه لو كان له به حاجة وهو غائب واوقفت جواز البيع على حضوره ورؤيته وربما يفوت بان يذهب فيساوم فيه آخر او فيشتريه منه فكان فى الشرع هذا البيع على الوجه الذى ذكرنا من اثبات الخيار عند رؤيته محض مصلحة لكل من العاقدين من غير لحوق شئ من الضرر فانا نتناول له النهى عن بيع الغرر والاحكام لم تشرع الا لمصالح العباد قطعا فكان مشروعا قطعا فوجب ان يحمل الحديث على البيع الباتّ الذى لا خيار فيه لانه هو الذى يوجب ضرر المشترى والنهى قطعا ليس الا لذلك فظهر ان كلا من الحديثين لم يتناولا ما آخرناه فكان نفيه قولا بلا دليل ولكفانا فى اثباته المعنى وهو انه مال مقدور التسليم لا ضرر فى بيعه على الوجه المذكور فكان جائزا ويبقى الحديث الذى ذكره المصنف زيادة فى الخبر وقد رواه ابن ابى شيبة والبيهقى مرسلا هذا واسمعيل بن عياش عن ابى بكر بن عبد الله بن ابى مريم عن مكحول رفعه الى النبى صلى الله عليه وسلم

وكذا اذا قال رضيت ثم رآه له ان يرده لان الخيار معلق بالرؤية لما رويناه فلا يثبت قبلها وحق الفسخ بحكم انه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث ولان الرضاء بالشئ قبل العلم بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف قوله رددت

من اشترى شيأ لم يره فله الخيار اذا رآه ان شاء اخذه وان شاء تركه والمرسل حجة عند اكثر اهل العلم وتضعيف ابن ابى مريم بجهالة عدالته لا ينفى علم غير المضعفين بها وقد روى هذا الحديث ايضا الحسن البصرى وسلمة بن المحبق وابن سيرين وهو راوى ابن سيرين ايضا وعمل به مالك واحمد وهو من نقل عنه تضعيف ابن ابى مريم فدل قبول العلماء على ثبوته والحق ان عمل من ضعف ابن ابى مريم على وفق حديثه يقتضى على ان العمل على وفق الحديث هل هو تصحيح له وهى مسئلة مختلفة بين الاصوليين والمختار لا مالم يعلم انه عمل من الحديث وقد روى الحديث ايضا مرفوعا رواه ابو حنيفة رح عن المغيرة عن محمد بن سيرين عن ابى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم من اشترى شيأ لم يره فهو بالخيار اذا رآه ورواه الدارقطنى من طريق ابى حنيفة رح الا ان فى طريقه الى ابى حنيفة عمر بن ابراهيم الكردى نسب الى وضع الحديث هذا ولا بد من كون المراد فى الحديث بالرؤية العلم بالمقصود فهو من عموم المجاز عبر بالرؤية عن العلم بالمقصود فصارت حقيقة الرؤية من افراد المعنى المجازى وهذا لوجود مسائل اتفاقية لا يكتفى بالرؤية فيها مثل ما اذا كان المبيع مما يعرف بالشم كمسك اشتراه وهو يراه فانه انما يثبت الخيار له عند فله الفسخ عند شمه بعد رؤية وكذا لو رأى شيأ ثم اشتراه فوجده متغيرا الان تلك الرؤية غير معرفة للمقصود الان وكذا اشترى الاعمى يثبت له الخيار عند الوصف لقيام الوصف مقام الرؤية وقول المصنف صار كجهالة الوصف فى المعاين المشار اليه يعنى فيما لو اشترى ثوبا مشارا اليه لا يعلم عدد ذرعانه يريد تشبيهه بذلك فى مجرد ثبوت الجواز لا يفيد ثبوت الخيار لانه لا خيار فى المشبه به اعنى الثوب وهو بناء على لزوم ذكر الجنس فى هذا البيع فيبقى الفائت مجرد علم الوصف وقوله وكذا قال رضيت الخ اى وكذا له الخيار اذا رآه يعنى اذا قال رضيت كائنا ما كان قبل الرؤية ثم رآه لان يرده لان ثبوت الخيار معلق فى النص بالرؤية حيث قال فهو بالخيار اذا رآه والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده والاسقاط لا يتحقق قبل الثبوت وقوله وحق الفسخ الخ جواب عن سؤال مقدر هو طلب الفرق بين الفسخ والاجازة قبل الرؤية فانه اذا اجاز قبلها لا يلزم واذا فسخ قبلها لزم مع استوائهما فى التعرض فى تعلقهما بالشرط فى الحديث ولا وجود للمعلق قبل الشرط وحاصل الجواب ان المعلق بالشرط هو عدم قبل وجوده اذا لم يكن لسبب غير ذلك الشرط فان الشئ قد يثبت باسباب كثيرة فالحديث لما علق الخيار بالرؤية ثبت به تعليق كل من الاجازة والفسخ بها لان معنى الخيار ان له ان يجيز وان يفسخ ثم لم يثبت للاجازة سبب آخر فبقى على العدم حتى يثبت سببه وهو الرؤية بخلاف خيار العيب فان سببه وهو العيب قائم قبل الرؤية فاذا قال رضيت قبل الرؤية سقط خياره اذا اطلع عليه لرضاه بالعيب قبل ذلك واما الفسخ فيثبت له سبب آخر وهو عدم لزوم هذا العقد على المشترى وما كان غير لازم جاز له ان يفسخه بالضرورة كالعارية والوديعة والا فهو لازم وقد فرض غير لازم هذا خلف وقد سلك المصنف مسلك الطحاوى فى عدم نقل خلاف فى جواز الرد قبل الرؤية ونقل فى التحفة فيه اختلاف المشائخ منهم من منع وانه لا رواية فيه واما قول المصنف ولان الرضا بالشئ قبل العلم بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرد فلو تم لزم وان لا يصح البيع بشرط البراءة من العيوب لان حاصل الرضا بالبيع قبل رؤية العيب ثم لمن يمنع الفسخ قبل الرؤية ان يمنع وجود سبب آخر غير الرؤية وقولكم عدم اللزوم سبب آخر قبل الرؤية قلنا يمنع تحقق عدم اللزوم بل نقول قبل الرؤية البيع بات فليس له فسخه فان الشارع علق اثبات قدرة الفسخ والاجازة التى هى الخيار بالرؤية فقبله يثبت حكم السبب وهو اللزوم الى غاية الرؤية ثم يرفعه عندها فيثبت قدرة الفسخ والاجازة معا واعلم ان خيار الرؤية يثبت فى اربعة مواضع ليس غير شراء الاعيان والاجارة والصلح عن دعوى مال على عين والقسمة وعرف من هذا انه لا يكون فى الدين فلا يكون فى السلم فيه

قال رض من باع مالم يره فلا خيار له وكان ابو حنيفة رح يقول وكلاله الخيار اعتبارا بخيار العيب خيار الشرط وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضاء وقد ثبتا ولا يتحقق ذلك الا بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضيا بالزوال وجه القول المرجوع اليه انه معلق بالشراء المار ذكره فلا يثبت دونه وروى ان عثمان بن عفان رض باع ارضا بالبصرة من طلحة رض فقيل لطلحة رض انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني اشتريت ما لم اره وقيل لعثمان رض انك قد غبنت فقال لي الخيار لانك بعت مالم يره فحكما بينهما جبير بن مطعم رض فقضى بالخيار لطلحة رض وكان ذلك بمحضر من الصحابة رض ثم خيار الرؤية غير موقت بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله وما يبطل خيار الشرط من تعيب وتصرف يبطل خيار الرؤية ثم ان كان تصرفا لا يمكن رده كالاعتاق والتدبير أو تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لانه لما لزم تعذر الفسخ فبطل الخيار وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم يبطله قبل الرؤية لانه يدل على اصرح الرضاء ويبطله بعد الرؤية لوجوده لانه الرضاء

ولا في الاثمان المخالفة بخلاف مالو كان المبيع انا من احد النقدين فان فيه الخيار ولو تبايعا مائة ثبت الخيار لكل منهما ومحله كل ما كان في عقد ينفسخ بالفسخ لا ما لا ينفسخ كالمهر وبدل الصلح عن القصاص وبدل الخلع وان كانت اعيانا لان الرد لم يوجب لانفساخ بقي العقد قائما وقيامه يوجب المطالبة بالعين لا بما يقابلها من القيمة فلو كان له ان يرده لكان له ان يرده ابدا وليس للبائع ان يطالب المشتري بالثمن مالم يسقط خيار الرؤية منه ولا يتوقف الفسخ على قضاء ولا رضا بل بمجرد قوله رددت ينفسخ قبل القبض وبعده لكن يشترط علم البائع عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف رح كما هو خلافهم في الفسخ في خيار الشرط قوله ومن باع مالم يره بان ورث عينا من الاعيان في بلدة اخرى فباعها قبل ان يراها فلا خيار له وكان ابو حنيفة رح يقول اولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب فانه يثبت للبائع حتى جاز ان يرد الثمن بالمقايضة وبخيار الشرط فانه يجوز لهما ولو اقتصر على خيار العيب كان اقرب لان ثبوته في العيب معقول لاحتباس ما هو بعض المبيع عند البائع فكان سبيل من ترك حقه او اخذه ياخذ الثمن ورد المبيع بخلاف خيار الشرط وفي عدم الرؤية لتحصيل شرط البيع وهو العلم التام بالمبيع غير انه جوز متاخرا المصلحة التي ذكرناها ثم تقرير المصنف حيث قال وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضا ولا يعني في حق البائع وثبوتا في حق المشتري ولا يتحقق ذلك اي تمام الرضا الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية بحال انه قياس يجامع عدم الرضا بالبيع على الثبات وهو تعليل بالعدم وحاصله ان ثبوت الخيار لعدم تمام الرضا باحكام العقد فكذا هنا يرد عليه ان حكم الاصل اعني خيار الشرط متوقف شرعا على تراضيهما فقياسه ان يكون هكذا يثبت الخيار بتراضيهما لا اذا سكتا فيلزم ح فكذا هنا وليس الواقع هذا لظهور اختلاف حكم الاصل والفرع ولو لم يختلفا فالاصل معدول عن القياس فلا قياس عليه فكذا حق له ان يرجع وذكر للمرجوع اليه وجهين احدهما انه معلق بالشراء المار ذكره فلا يثبت دونه ولا يخفى انه نفي للحكم بمفهوم الشرط اذ حاصله انتفاء الحكم لانتفاء الشرط والثاني ما اخرجه الطحاوي ثم البيهقي عن علقمة بن ابي وقاص ان طلحة رض اشترى من عثمان بن عفان رض مالا فقيل لعثمان انك قد غبنت فقال عثمان لي الخيار لاني بعت مالم اره وقال طلحة رض لي الخيار لاني اشتريت مالم اره فحكما بينهما جبير بن مطعم رض فقضى ان الخيار لطلحة رض ولا خيار لعثمان والظاهر ان مثل هذا يكون بمحضر من الصحابة رض لان قضية يجري فيها التخاصم بين رجلين كبيرين ثم انهما حكما غيرهما فيها فالغالب على الظن شهرتها وانتشار خبرها فحين حكم جبير بذلك ولم ير وعن احد خلافه كان اجماعا سكوتيا ظاهرا قوله ثم خيار الرؤية غير موقت بوقت خلافا لما ذهب اليه بعض المشايخ من انه موقت بعد الرؤية بقدر ما يتمكن فيه من الفسخ فاذا تمكن من الفسخ بعد الرؤية فلم يفسخ بطل خياره ولزم البيع فيه والمختار انه لا يوقت بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله ويبطله ما يبطل خيار الشرط من تعيب يعني بعد الرؤية او تصرف يبطل خيار الرؤية بقيد تفصيل يذكره في التصرف لا مطلقا فلذا وصله بقوله ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه للمتصرف كالاعتاق للعبد الذي اشتراه ولم يره وتدبيره او تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع ولو بشرط الخيار للمشتري تخلوص الحق فيه للمشتري وقوله كالبيع المطلق اسما يريد به المطلق عن شرط الخيار للبائع لان به لا يخرج المبيع عن ملكه وكالهبة مع التسليم والرهن والاجارة تبطل خيار الرؤية سواء وجدت بعد الرؤية او قبلها لان هذه الحقوق مانعة من الفسخ واذا تعذر الفسخ شرعا بطل الخيار ووجب تقدير قيد في الحديث فيكون قوله صلى الله عليه وسلم له الخيار اذا رآه مقيدا بما اذا لم يوجب موجب شرعي عدمه اذا راه وحاصله تقدير مخصص بالعقل وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار للبائع والمساومة بالمبيع وهبته بلا تسليم لا يبطله قبل الرؤية لانه لو ابطل الخيار كان باعتبار دلالته على الرضا وصريح الرضا قبل الرؤية لا يبطل الخيار فبدلالته اولى

قال ومن نظر الى وجه الصبرة او الى ظاهر الثوب مطويا او الى وجه الجارية او الى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له والاصل في هذا ان رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود ولو دخل في البيع اشياء فان كان لا يتفاوت آحادها كالمكيل والموزون وعلامته ان يعرض بالنموذج يكتفى برؤية واحد منها الا اذا كان الباقي ارديء مما رآى فحينئذ يكون له الخيار وان كان يتفاوت آحادها كالثياب والدواب لا بد من رؤية كل واحد منها والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخي رحمه الله وكان ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة اذا ثبت هذا فنقول النظر الى وجه الصبرة كاف لانه يعرف وسط البقية لانه مكيل يعرض بالنموذج وكذا النظر الى ظاهر الثوب مما يعلم البقية الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم والوجه هو المقصود في الآدمي وهو الكفل في الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره وشرط بعضهم رؤية القوائم والاول هو المروي عن ابي يوسف رحمه الله وفي شاة اللحم لا بد من الجس لان المقصود وهو اللحم يعرف به وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك هو المعرف للمقصود

لوجود دلالة الرضا ولما كان قوله وما يبطل خيار الشرط يبطله مقيدا بالتفصيل المذكور سقط الاعتراض بالاخذ بالشفعة وبالعرض على البيع فانهما اذا وجدا من المشتري الذي له خيار الشرط يبطل خياره ولا يبطل بهما خيار الرؤية بل له ان يأخذ بالشفعة ثم يرد الدار عند الرؤية كما ذكرنا من ان دلالة الرضا لا تعمل في اسقاط خيار الرؤية قبل الرؤية ثم في التصرف الذي تعلق فيه حق الغير لو عاد الى ملكه يرد بقضاء او بفك الرهن او فسخ الاجارة قبل الرؤية ثم رآه لا خيار له لانه سقط فلا يعود الا بسبب جديد الا في رواية عن ابي يوسف وثبوت الخيار له بظاهر النص تقدم وجوب تخصيصه وكانت هذه الرؤية الكائنة بعد العود من محال التخصيص ومما يسقط خيار الرؤية ان يقبضها اذا راه لدلالة البعض بعد الرؤية على الرضا بالبعض قوله ومن نظر الى وجه الجارية الخ والاصل في هذا ان رؤية جميع اجزاء المبيع غير شرط في انتفاع ثبوت خيار الرؤية لتعذره عادة وشرعا والاجزاء ان ينظر الى جملة العبد والامة التي يريد ان يشتريها ولزم في صحة بيع الصبرة النظر الى كل جنة جنة منها ولا قائل بذلك فيكتفى برؤية ما هو المقصود فاذا راه جعل غير المرئي تبعا للمرئي فاذا سقط الخيار في الاصل سقط في التبع اذا عرف هذا نبني عليه ان من نظر الى وجه الجارية او العبد ثم اشتراه فرأى الباقي فلا خيار له فليس له رد وبخيار الرؤية بخلاف ما لو رأى بطنها او ظهرها وسائر اعضائهما الا الوجه فان له الخيار اذا رأى وجهها لان سائر الاعضاء في العبد والامة مع الوجه ولذا تتفاوت القيمة اذا فرض تفاوت الوجه مع تساوي سائر الاعضاء وفي الدواب يعتبر رؤية الوجه والكفل لانهما المقصودان فيسقط برؤيتهما ولا يسقط برؤية غيرهما منهما وقيل لا يسقط ما لم ير قوائمهما وهو المروي عن ابي يوسف ونقل صاحب الاجناس عن الجرجاني عن ابي حنيفة رحمه الله الدابة اذا رأى عنقها او فخذها او ساقها او جنبها او صدرها ليس له خيار الرؤية وان رأى جانبا واحدا من جنبيها فله الخيار وعن محمد يكفي الوجه اعتبارا بالعبد وفي رواية المعلى عن ابي حنيفة يعتبر في الدواب عرف التجار وفي شاة اللحم لا بد من الجس لا بد فلا يكتفى بالرؤية ما لم يجسها لان المقصود اللحم وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك هو المعرف للمقصود فلا يسقط الخيار بدون ذلك وكذا اذا رأى وجه الثوب مطويا لان البادي يعرف ما في الطي فلو شرط فتح الناشر البائع بتكسير ثوبه ونقصان بحثه وبذلك يتقيد ثمنه عليه اللهم الا ان يكون له وجهان فلا بد من رؤية كلا الوجهين ليكون في طيه ما يقصد بالرؤية كالعلم ثم قيل هذا في عرفهم اما في عرفنا مما لم ير باطن الثوب لا يسقط خياره لانه استقر اختلاف الباطن والظاهر في الثياب وهو قول زفر وفي المبسوط الجواب على ما قال فرو في البساط لا بد عن رؤية جميعه ولو نظر الى ظهر المكاعب لا يبطل خياره ولو نظر الى وجهها دون الصدر يبطل قيل وينبغي ان ينظر الى الصدر في زماننا لتفاوته وكونه مقصودا وفي الجبة لا يبطل خياره برؤية باطنها ويبطل برؤية ظاهرها الا اذا كانت البطانة مقصودة بان كان بها فرو واما الوسادة المحشوة اذا رأى ظاهرها فان كانت محشوة مما يحتشى به مثلها يبطل خياره وان كان مما لا يحتشى به مثلها فله الخيار هذا اذا كان المبيع واحدا فان دخل في البيع اشياء فان كانت الآحاد لا تتفاوت كالمكيل والموزون فعلامته اي علامة ما لا يتفاوت آحاده ان يعرض بالنموذج فيكتفى برؤية واحد منها في سقوط الخيار الا اذا كان الباقي ارديء مما رأى فحينئذ يكون له الخيار يعني خيار العيب لا خيار الرؤية ذكره في الينابيع وفي الكافي اذا كان ارديء له الخيار لانه انما رضي بالصفة التي رآها لا بغيرها وهذا التعليل يفيد انه خيار الرؤية وهو مقتضى سوق كلام المصنف والتحقيق انه في بعض الصور خيار عيب وهو ما اذا كان اختلاف الباقي يوصله الى حد العيب وخيار الرؤية اذا كان الاختلاف لا يوصله الى اسم العيب بل للمدون

قال وان رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها وكذلك اذا رأى خارج الدار او رأى اشجار البستان من خارج وعند زفر لا بد من دخول داخل البيوت والاصح ان جواب الكتاب على وفاق عادتهم في الابنية فان دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ فاما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت والنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل

وقد يجتمعان فيما اذا اشترى ما لم يره فلم يقبضه حتى ذكر له البائع به عيبا ثم اراه المبيع في الحال وان كانت احاده متفاوتة كالثياب والدواب والعبيد فلا بد من رؤية كل واحد لكن على الوجه الذي ذكرنا اعني رؤية ما هو المقصود من كل واحد والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكر الكرخي قال المصنف وكان ينبغي ان يكون مثل الخطة والشعير لكونها متقاربة وبه صرح في المحيط وفي المجرد وهو الاصح ثم السقوط برؤية البعض في المكيل اذا كان في وعاء واحد اما اذا كان في وعاءين او اكثر اختلفوا فمشائخ العراق على ان رؤية احدهما كرؤية الكل ومشائخ بلخ لا يكتفي بل لا بد من رؤية كل وعاء والصحيح انه يبطل برؤية البعض لانه يعرف حال الباقي بهذا اذا ظهر له ان ما في الوعاء الآخر مثله او اجود اما اذا كان ادنى فهو على خياره وان كان مما يتفاوت احاده كالبطاطخ والرمان فلا يكتفي برؤية بعضها في سقوط خياره في الباقي ولو قال رضيت وأسقطت خياري وفي شراء الرحا والدار لا بد من رؤية الكل وكذا السرج بآلاته ولبنده لا بد من رؤية الكل قوله وان رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها وكذا اذا رأى خارج الدار او رأى اشجار البستان من خارج لان النظر الى جميع اجزائها متعذر اذ لا يمكن النظر الى ما تحت الثياب وما بين الحيطان من الجذوع فيكتفي برؤية المقصود منها وعند زفر لا بد من دخول البيوت والاصح ان جواب الكتاب على وفق عادتهم في الابنية في الكوفة فان دورهم لم تكن متفاوتة اما في ديارنا فلا بد من الدخول داخل الدار كما قال زفر لتفاوت الدور بكثرة المرافق وقلتها فلا يصير معلوما بالنظر الى صحنها وهو الصحيح وهذا لا يفيد الا ان يقال وكل من ذلك مقصود وعلى هذا ما ذكر من انه لا يشترط رؤية العلو الا في بلد يكون العلو مقصودا كما في سمرقند ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة على خلاف بلادنا بديار مصر وشرط بعضهم رؤية الكل وهو الاظهر والاشبه كما قال الشافعي وهو المعتبر في ديار مصر والشام والعراق واما ما ذكر في الاشجار من الاكتفاء برؤية رؤس الاشجار او رؤية خارجة فقد انكر بعض المشائخ هذه الرواية وقال المقصود من البستان باطنه فلا يكتفى برؤية ظاهره وفي جامع قاضي خان لا يكتفى برؤية الخارج ورؤس الاشجار انتهى وفي الكرم لا بد من رؤية عنب الكرم من كل نوع شاء وفي الرمان لا بد من رؤية الحلو والحامض ولو اشترى دهنا في زجاجة فرؤيته من خارج الزجاجة لا تكفي حتى يصبه في كفه عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لم ير الدهن حقيقة لوجود الحائل وعن محمد يكتفي لان الزجاج لا يخفي صورة الدهن وروى هشام ان قول محمد موافق لقول ابي حنيفة وفي التحفة لو نظر في المرآة فرأى المبيع قالوا لا يسقط خياره لانه ما رأى عينه بل مثاله ولو اشترى سمكا في الماء لا يمكن اخذه من غير اصطياد وغيره في الماء قال بعضهم يسقط خياره لانه رأى عين المبيع وقال بعضهم لا يسقط وهو الصحيح لان المبيع لا يرى في الماء على حاله بل يرى اكبر مما هو فهذه الرؤية لا تعرف المبيع واما اذا كان المبيع مغيبا في الارض كالجزر والبصل والثوم والفجل ونحوها لم يذكر في ظاهر الرواية وروى بشر عن ابي يوسف ان كان شيئا يكال او يوزن بعد القلع كالثوم والبصل والزعفران والشلجم ان باعه بعد ما نبت نباتا يفهم به وجوده تحت الارض جاز بيعه فان قلع البصل بل ثبت له الخيار حتى اذا رضي به يلزم البيع في الكل وان قلع البائع او المشتري باذن البائع ثبت له الخيار فلو رضي به لزم البيع في الكل لما عرف ان رؤية بعض المكيل والموزون كرؤية الكل وان قلعه المشتري بغير اذنه ان كان المقلوع شيئا لا ثمن له يبطل خياره في الكل فلم يكن له ان يرضى بالمقلوع اولم يرض وجد في ناحية من الارض اقل منه اولم يوجد لان بالقلع صار المقلوع معيبا لان كان حيا نما وبعده صار هو ايضا والتعيب في يد المشتري يمنع الرد بخيار الرؤية وان كان المقلوع شيئا لا ثمن له لا يبطل خياره لان وجوده كعدمه وان كان شيئا يباع عددا ان قلعه البائع او المشتري باذنه له الخيار في البائع حتى لو رضي به لا يلزم البيع في الكل لانه عدد متفاوت فرؤية بعضه لا يكون كلا وان قلعه المشتري بغير اذن البائع بطل خياره وهو المختار

قال ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يرده الا من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظر المشتري وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا هما سواء وله ان يرده قال رح معناه الوكيل بالقبض فاما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالاجماع لهما انه توكل بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يوكل به وصار كخيار العيب والشرط والاسقاط قصدا وله ان القبض نوعان تام وهو ان يقبضه وهو يراه وناقص وهو ان يقبضه مستورا وهذا لان تمامه بالصفقة ولا يتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل ومتى قبض الموكل وهو يراه سقط الخيار فكذا الوكيل لاطلاق التوكيل واذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالناقض منه فلا يملك اسقاطه قصدا بعد ذلك بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه وخيار الشرط على الخلاف وكذا سلم الموكل لا يملك التام منه فانه لا يسقط بقبضه لان الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا لا يملكه وكيله وبخلاف الرسول لانه لا يملك شيئا وانما اليه تبليغ الرسالة وهذا لا يملك القبض والتسليم اذا كان رسولا في البيع

وقد حكى فيه خلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه قد ذكرنا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رؤيته لبعضه كرؤيته كله وجعلاه كالمكيل والموزون والعدد في المتفاوت لان بعضها يستدل في العادة على الكل وان اختلف البائع والمشتري في القلع فقال المشتري اخاف ان قلعته لا يصلح لي ولا اقدر على الرد وقال البائع لو قلعته فقد لا ترضى تطوع انسان بالقلع فان تشاحا فسخ القاضي العقد بينهما تحوله ونظر الوكيل كنظر المبيع يكشف ليعني الوكيل بالقبض كما فسره المصنف وهو من يقول له الموكل وكلتك بقبضه او كن وكيلا عني بقبضه كنظر المشتري حتى لا يرده المشتري بعد قبض الوكيل رؤيته الا من عيب لا يكون نظر الرسول كنظر المرسل والرسول هو من يقول له المشتري قل لفلان يوفي الي المبيع او انت رسولي اليه في قبضه او ارسلتك لقبضه او امرتك بقبضه وعلى هذا اذا قال اذهب واقبضه يكون رسولا لا وكيلا لانه مما يضاف الى الامر تقول امرتك وقد قيل لا فرق بين الرسول والوكيل في فصل الامر فان قال اقبض المبيع فلا يسقط الخيار منهم من حكى هذا القول فيما اذا قال امرتك بمادة القبض راى وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا هما يعني الرسول والوكيل بالقبض سواء غير ان الموكل الذي له الخيار ما قبضه وكيله كما يراه وما قبضه رسوله وامر الوكيل بالشراء فرؤيته يسقط الخيار بالاجماع لهما انه توكل اي قبل الوكالة بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به واذا لم يملكه لا يثبت عن فعله وصار كخيار العيب والشرط بان اشترى معيبا لم يرض عليه ثم وكل بقبضه فقبضه الوكيل وهو يرى عيبه لا يسقطه خيار العيب للموكل وكذا اذا وكل في قبض ما اشتراه بشرط الخيار فقبضه الوكيل لا يسقط خيار الشرط وصار ايضا كالاسقاط قصدا بان قبضه الوكيل بالقبض مستورا ثم راه فاسقط الخيار قصدا لا يسقط وله ان القبض على نوعين قبض تام وهو ان يقبضه وهو يراه وانما كان هذا قبضا تاما لان خيار الرؤية يبطل بهذا القبض وبقاء خيار الرؤية يمنع تمام القبض فلما بطل بهذا القبض من المشتري كان هذا القبض تاما وناقص وهو ان يقبضه مستورا واذا كان كذلك كان القبض مع الرؤية متضمنا السقوط خيار الرؤية لاستلزامه تمام الصفقة ولا تتم دونه ثم الموكل ملك القبض بنوعيه فكذا وكيله لاطلاق التوكيل بخلاف ما اذا اسقط الخيار قصدا بان قبضه مستورا ثم راه فاسقط الخيار لان يقبضه مستورا انتهى التوكيل بالقبض الناقص فلا يملك الوكيل بعده ذلك اسقاطه لانقطاع ولايته ونقض بمسئلتين لم يقم الوكيل مقام الموكل فيهما احديهما ان وكيل الرؤية اذا رأى قبل القبض لم يسقط برؤيته الخيار والموكل لو رأى ولم يقبض يسقط خياره الثانية لو قبضه الموكل مستورا ثم راه بعد القبض فابطل الخيار بطل ولو وكيل لو فعل ذلك لم يبطل واجيب بان سقوط الخيار بالقبض الوكيل انما يثبت ضمنا لتمام قبضه بسبب ولايته بالوكالة وليس هذا ثابتا في مجرد رؤيته قبل القبض ونقول بل احكام المذكور للموكل وهو سقوط خياره اذا راه انما يتأتى على القول بان بمجرد ما يتمكن به من القبض بعد الرؤية يسقط الخيار وليس هو بالصحيح والمعين لجواب الاول يقع الفرق في المسئلة الثانية لانه لا يثبت ضمنا للقبض الصحيح الثابت بعد انتهاء الوكالة بالقبض الناقص وتحوله وبخلاف خيار العيب لانه يثبت مع تمام الصفقة لانه لم يشرع لتتميم القبض بل لتسليم الجزء الغائب فيثبت ضمن القبض مع بقاء الخيار ولذا كان له ان يرد المعيب وحده فيما اذا اشترى شيئين وقوله في الكتاب الا من عيب قال فخر الاسلام يحتمل الا من عيب لم يعلمه الوكيل فان كان علمه يجب ان يبطل خيار العيب كذا ذكره الفقيه ابو جعفر ولم نسلم مسلم خيار العيب في الصواب عندنا ان لا يملك الوكيل بالقبض ابطال خيار العيب فيكون معناه علم او لم يعلم وقوله وخيار الشرط على هذا الخلاف الخ يعني وخيار الشرط لا بقبض فيه محتملتان متسعة فيكون على الخلاف وكره القدوري وهو رواية الهندواني لان القبض التام لا يحصل بخيار الشرط لان وجوده بتخير الفسخ فلا يتم القبض مع ذلك كخيار الرؤية بعينه ولئن سلم انه لا يبطل بالقبض التام وهو الاصح فان الموكل لا يملك التام منه اذا رضي لان التام لا يكون معه خيار الفسخ فلا يملكه الوكيل بخلاف الرسول بالبيع والشراء فانه لا يملك شيئا من القبض لا التام ولا الناقص لانه لم يوسم بالقبض بل

قال وبيع الاعمى وشراؤه جائز ولا خيار له اذا اشترى لانه اشترى ما لم يره وقد قررناه من قبل ثم يسقط خياره بخمسة اشياء اذا كان يعرف بالجس وبشمه اذا كان يعرف بالشم وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق كما في البصير ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له لان الوصف يقام مقامه الرؤية كما في السلم وعن ابي يوسف رحمه الله اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لرآه وقال قد رضيت سقط خياره لان التشبيه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة في حق الاخرس في الصلوة واجراء الموسى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج وقال الحسن بن زياد يكون كبيرا ينبغي وهو راوه وهذا اشبه بقول ابي حنيفة رحمه الله لان رؤية الوكيل رؤية الموكل على ما مر آنفا قال ومن رأى احد الثوبين فاشتراه ثم رأى الآخر جاز له ان يردهما لان رؤية احدهما لا تكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره ثم لا يرده وحده بل يردهما كيلا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضاء ويكون فسخا من الاصل

دار الرسالة وكذا لا يملك التسليم ايضا وصور الارسال في البيع تقدمت اوائل كتاب البيوع وصورتها بالشراء ان يقول قل لفلان اني اشتريت منك كذا وكذا العين بكذا قوله وبيع الاعمى وشراؤه جائز باتفاق الائمة الثلاثة وقال الشافعي لا يجوز لانه لا يعرف المبيع والشراء يدور في لغة الحجاز وتقصر لاهل بخارى فلا يكون له الخيار اذا اشترى لانه اذا اشترى ما لم يره فيدخل في عموم قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث السابق من اشترى ما لم يره فله الخيار اذا راه وقد قررناه من قبل في اول الباب ولان الناس تعارفوا معاملة العميان بيعا وشراء والتعارف بالكبير اصل في الشرع بمنزلة اجماع المسلمين ثم يسقط خياره بخمسة البيع اذا كان يعرف بالجس كالشاة وبشمه اذا كان يعرف بالشم وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق وقوله كما في البصير ظاهر في ان البصير اذا لم ير المبيع ولكن شمه فقط وهو مما يعرف بالشم كالمسك ونحوه فرضي به ثم رأى فلا خيار له ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له في جامع القباني هو ان يوقف في مكان لو كان بصيرا لرآه ثم يذكر له صفته ولا يخفى ان الافاقة في ذلك المكان ليس بشرط في صحة الوقف وسقوط الخيار به فلذا لم يذكره في المبسوط واكتفى بذكر الوصف لان الوصف قد اقيم مقام الرؤية كما في السلم ومن انكر هذا لكر في وقال وقوفه في ذلك الموضع وغيره سواء في انه لا يستفيد به علما وعن ابي يوسف انه اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لرآى العقار وقال رضيت سقط خياره لان التشبيه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة للاخرس واجراء الموسى على رأس من لا شعر له في الاحلال من الاحرام ولا يخفى ضعفه لان العجز لا يتحقق الا بتحقق العجز عن الوصف فان القائم مقام الشيء بمنزلته وقد ثبت شرعا اعتباره بمنزلته في السلم ووجوب اجراء الموسى يختلف فيه وكذا التحريك غير لازم للامي وعن ابي يوسف ايضا انه اعتبر الوصف في غير العقار ايضا ولم يعتبر الشم والذوق والجس لان الوصف يقوم مقام الرؤية كما ذكرنا وقال مشائخنا لم ير الطحاوي والاشجار رفاقا اذا رضيت سقط خياره لان الاعمى اذا كان ذكيا يقف على مقصوده بذلك وهو رواية بشر وابن سماعة في الدار وفي رواية هشام عن محمد انه يعتبر الوصف مع كل من الذوق واللمس والجس لان التعريف الكامل في حقه يثبت بهذا الا فيما لا يمكن جسه كالثمر على رؤس الشجر فيعتبر فيه الوصف لا غير في اشهر الروايات وهو المروي عن ابي يوسف ومحمد في شرح الجامع الصغير لابي الليث وقال ابو الحسن يوكل وكيلا يقبضه وهو يراه فيسقط بذلك خياره قال المصنف وهذا اشبه بقول ابي حنيفة حيث جعل رؤية الوكيل رؤية الموكل ولو وصف الاعمى ثم ابصر لا خيار له لان خياره سقط فلا يعود الا بسبب جديد ولو اشترى البصير ثم عمي انتقل الخيار الى الوصف قوله ومن رأى احد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر جاز له ان يردهما لان رؤية احدهما ليست برؤية للآخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره فله رده بحكم الخيار ثم لا يتمكن من رده فيرد هما ان شاء كي لا يكون تفريقا للصفقة على البائع قبل التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده كخيار الشرط بدليل ان له ان يفسخه بغير قضاء ولا رضاء ويكون فسخا من الاصل لعدم تحقق الرضا قبله لعدم العلم بصفات المبيع وكذا لا يحتاج الى القضاء او الرضاء فان قيل ما الفرق بين هذا وبين ما اذا استحق احدهما لا يرد الباقي وهنا وفي الخيار الشرط يرد الآخر فاذا رد احدهما بعد القبض اجيب بان رد احدهما في خيار الرؤية والشرط يوجب تفريق الصفقة قبل التمام لما علم ان الصفقة لا تتم معهما وفي الاستحقاق لو رد كان بعد التمام لان الصفقة تمت فيما كان ملك البائع ظاهرا فلم يثبت في الباقي عيب الشركة حتى لو كان المبيع عبدا واحدا فاستحق بعضه كان له ان يرد الباقي ايضا كما في خيار الرؤية والشرط لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض بهذا العيب في فصل الاستحقاق ولو كان قبض احدهما ولم يقبض الآخر ثم استحق احدهما له الخيار لتفرقها قبل التمام ولو كان المبيع مكيلا او موزونا فاستحق بعضه بعد القبض لا يخير لان الشركة

ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لانه لا يجري فيه الارث عندنا وقد ذكرناه في خيار الشرط ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي رآه فلا خيار له لان العلم بالوصافة حاصل له بالرؤية السابقة وبقوله يثبت الخيار لا اذا كان لا يعلم به عند البيع وعند زفر متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معتبرة بالوصافة فكأنه لم يره وان اختلفا في التغير فالقول قول البائع لان التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر الا اذا بعدت المدة على ما قالوا لان الظاهر شاهد للمشتري بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية لانها امر حادث والمشتري ينكره فيكون القول قوله قال ومن اشترى عبدا لم يره فباع منه ثوبا او وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها الا من عيب وكذلك خيار الشرط لانه تعذر الرد فيها خرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام كان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لم تتم قبله وفيه وضع المسئلة فلو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الائمة السرخسي رحمه الله وعن ابي يوسف رحمه الله لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري

ليس بعيب فيه ولو استحق قبل القبض يخير لتفريق الصفقة قبل التمام ولو وجد باحدهما عيبا في مسئلة الكتاب قبل القبض ليس له ان يرده وحده لتفرق الصفقة قبل التمام لانها لا تتم قبل القبض هذا والمعنى في منع تفريق الصفقة قبل التمام وجوازه بعده لدفع الضرر الاكثر وذلك ان في تفريقها ثبوت ضررين دايما غير انه قبل التمام يكون ضرر البائع اكثر فانه ضرر مال فانه قد لا يروج احدهما الا بالاخر لوجودة احدهما ورداءة الاخر وهو فوق ضرر المشتري فان ضرره ليس الا بطلان مجرد قوله اذا الزمناه رد هما وبعد القبض ضرر المشتري اكثر لانه متى رد الكل يبطل حقه عن اليد ونصر البائع معهوم اذ قد يبيع المردود بثمن جيد فعلمنا بدفع اعلى الضررين فيهما قوله ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لانه لا يجري فيه الارث على ما ذكرناه من الوجه في خيار الشرط وتقدم ان خياري الشرط والرؤية لا يورثان وخيار العيب والتعيين يورثان بالاتفاق قوله ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان وجده على الصفة التي رآه عليها فلا خيار له لان العلم بالوصافة حاصل له بالرؤية السابقة فلم يتناوله قوله عليه الصلوة والسلام من اشترى ما لم يره فله الخيار اذا رآه لانه باطلاقه يتناول الرؤية عند العقد وقبله الا اذا كان المشتري لا يعلم رؤيته اي لا يعلم ان المبيع كان قد رآه فيما مضى كان رأى جارية ثم اشترى جارية متفقة لا يعلم انها التي كان رآها ثم ظهرت ايا ما كان له الخيار لعدم ما يوجب الحكم عليه بالرضا او رأى ثوبا فلف في ثوب وبيع فاشتراه وهو لا يعلم انه ذلك وان وجده شيئا غير الحالة التي كان رآه عليها فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معتبرة بالوصافة فكانت رؤيته وعدمها سواء فان اختلفا في التغير فقال البائع لم يتغير وقال المشتري تغير فالقول للبائع لان دعوى التغير بعد ظهور سبب لزوم العقد وهو رؤيته ما يدل على المقبوض ومن البيع دعوى امر حادث بعده والاصل عدمه فلا تقبل الا ببينة بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية فقال البائع رآيته وقال المشتري لم اره فالقول للمشتري مع يمينه لان البائع يدعي امرا عارضا هو العلم بصفته والمشتري ينكره والقول له وكذا لو اراد ان يرده فقال البائع ليس هذا الذي بعتك وقال المشتري بل هو هو فالقول للمشتري سواء كان ذلك في بيع بات او فيه خيار الشرط او الرؤية ولقائل ان يقول الغالب في البياعات كون المشترين رأوا المبيع فدعوى البائع رؤيته المشتري تمسك بالظاهر لان الغالب هو الظاهر والمذهب ان القول لمن يشهد له الظاهر لا لمن يتمسك بالاصل الا ان يعارضه ظاهر فالوجه ان يكون القول للبائع في الرؤية بخلاف ما اذا كان لرد خيار العيب فان القول للبائع في انه غير المبيع مع يمينه وهذا لان المشتري في الخيارين يفسخ العقد لفسخه بلا توقف على رضا الآخر بل على علمه على الخلاف واذا انفسخ يكون الاختلاف بعد ذلك اختلافا في المقبوض فالقول فيه قول القابض ضمينا كان او امينا كالغاصب والمودع بخلاف الفسخ بالعيب فانه لا ينفرد المشتري بفسخه ولكنه يدعي ثبوت حق الفسخ في الذي احضره والبائع ينكره وقوله الا اذا بعدت المدة استثناء من قوله القول قول البائع الا في صورة ما اذا طالت المدة على ما قالوا اي المشايخ لان الظاهر شاهد للمشتري اذ الظاهر انه لا يبقى الشيء في رد التغير وهي بالدنيا زمانا طويلا لم يطرقه تغير قال محمد رحمه الله رأيت لو رأى جارية ثم اشتراها بعد عشر سنين او عشرين سنة وقال تغيرت لا يصدق بل يصدق لان الظاهر شاهد له قال شمس الائمة وبه افتى الصدر الشهيد والامام المرغيناني نقول ان كانت لا تتفاوت في تلك المدة غالبا فالقول للبائع واذا كان التفاوت غالبا فالقول للمشتري شاهله لو رأى دابة او مملوكا فاشتراه بعد شهر وقال تغير فالقول للبائع لان الشهر في مثله قليل قوله ومن اشترى عدلا رطبا لم يره وقبضه فباع ثوبا منه او وهبه وسلمه ثم رأى الباقي ليس له ان يرد شيئا منها الا من عيب وكذا لو اشترى العدل المذكور على ان له الخيار ثلثة ايام

باب خيار العيب

واذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم لا يرضى به

وهو شرط الخيار والباقي بحاله اعني ابقاء بعضها او وهبته سقط خياره في الباقي وليس له ان يرده بخيار الشرط بل اذا اطلع على عيب رد هذا لانه تعذر الرد فيما اخرجه عن ملكه فلو رد الباقي فقط كان تفريقا للصفقة على البائع قبل التمام لما مر من ان قيام خيار الرؤية والشرط يمنع تمامها وان كان بعد القبض بخلاف خيار العيب فان الصفقة تتم معه بعد القبض وفيه اي في المقبوض وضع المسئلة لانها لو لم تكن مقيدة به لم يصح صورتها اذ لا يصح بيع ما لم يقبض وهبته ولانه لو كان قبل القبض كانت الخيارات كلها سواء وهي انه لا يرد واحدا منهما بل يردهما بخيار الرؤية ان شاء فلا يصح حينئذ قوله الا من عيب لانه اذا اشترى شيئين ولم يقبضهما حتى وجد باحدهما عيبا لا يرد العيب خاصة بل يردهما ان شاء لان المال في حد ذاته رد والباقي عنه رد فيه ترك العمل بحديث الخيار لحديث النهي عن تفريق الصفقة مع انه متروك الظاهر فان تفريقها جائز بعد تمامها وحديث الخيار اقوى قلنا لم نقل بعدم رده مطلقا بل قلنا اذا رد يرد معه الآخر فرد ما شرطا في الرد عملا بحديث الصفقة لتكون عاملين بالحديثين معا جمعا بينهما والعدل المثل والمراد به هنا الغرارة التي هي عدل غرارة اخرى عن الجمل او نحوه اي يعاد لها ومنها الثوب والرطل في المغرب جبل من الهند تنسب اليه الثياب الرطبية وقيل جبل بسواد العراق وذكر الضمير في قوله فباعه منه على لفظ العدل ثم انثه في قوله لم يرد شيئا منها على معناه فكان نظير قوله تعالى وكم من قرية اهلكناها فجاءها باسنا بياتا وهم قائلون هذا ولو عاد الثوب الذي باعه من العدل او وهبه الى المشتري بسبب هو فسخ محض كالرد بخيار الرؤية او الشرط او العيب بالقضاء او الرجوع في الهبة فهو اي المشتري للعدل على خياره اي خيار المرؤية فله ان يرد الكل ح بخيار الرؤية لارتفاع المانع من الاصل وهو تفريق الصفقة كما ذكره شمس الائمة السرخسي وعن ابي يوسف وهو رواية علي بن الجعد عنه انه اي خيار الرؤية لا يعود لان الساقط لا يعود كخيار الشرط الا بسبب جديد وصححه قاضي خان وعليه اعتماد القدوري وحقيقة الملحظ مختلف فشمس الائمة لحظ البيع والهبة ما لم يزل المقتضي وهو خيار الرؤية عمله ولحظه على هذه الرواية لسقطا واذا سقط لا يعود بلا سبب وهذا اوجه لان نفس هذا التصرف يدل على الرضا ويبطل الخيار قبل الرؤية وبعدها والله الموفق

باب خيار العيب تقدم وجه ترتب الخيارات والاضافة في خيار العيب اضافة الشيء الى سببه والعيب والعيبة والعاب بمعنى واحد يقال عاب المتاع اي صار ذا عيب وعابه زيد يتعدى ولا يتعدى فهو معيب ومعيوب ايضا على الاصل والعيب ما يخلو عنه اصل الفطرة السليمة مما يعد به ناقصا قوله واذا اطلع المشتري على عيب في المبيع ولم يكن شرط البراءة من كل عيب فهو بالخيار ان شاء اخذ ذلك المبيع بجميع الثمن وان شاء رده هذا اذا لم يتمكن من ازالته بلا مشقة فان تمكن فلا كحرام الجارية فانه بسبيل من تحليلها وبخياطة الثوب وينبغي حمله على ثوب لا يفسد بالغسل ولا ينقص واتما ثبت له هذا الخيار لان مطلق العقد وهو ما لم يشترط فيه عيب يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير بيان الاول من المنقول والمعنى اما المنقول فما علقه البخاري حيث قال ويذكر عن العداء بن خالد قال كتب لي النبي صلى الله عليه وسلم هذا ما اشترى محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم من العداء بن خالد بيع المسلم المسلم لا داء ولا خبثة ولا غائلة ثم قال البخاري وقال قتادة الغائلة الزنا والسرقة والاباق وروى ابن شاهين في المعجم عن ابيه قال حدثنا عبد العزيز بن معاوية القرشي قال حدثنا عباد بن ليث قال حدثنا عبد الحميد بن وهب ابو وهب قال قال لي العداء بن خالد بن هوذة الا اقرئك كتابا كتبه لي رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوذة من محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم عبدا لا داء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم المسلم فنفى هذا ان المشتري العداء يعلم ان النبي صلى الله عليه وسلم وصح في المغرب ان المشتري كان العداء وتعليق البخاري انما يكون صحيحا اذا لم يكن بصيغة التمريض كيذكر بل بنحو قوله وقال معاذ

وليس لهان يمسكه ويأخذ النقصان لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن عند تجرد العقد ولانه لم يرض بخروجه عن ملكه باقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد دون تضرره والمراد به عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك رضا به **قال** وكلما اوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله والاباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ

لاهل اليمن ففي قوله عدم بيع المسلم المسلم ودليل على ان بيع المسلم المسلم مكان سليما ويدل عليه قضاؤه عم بالرد فيه على ما في سنن ابي داود بسنده الى عائشة رض ان رجلا ابتاع غلاما فاقام عنده ما شاء الله ان يقيم ثم وجد به عيبا فخاصمه الى النبي صلى الله عليه وسلم فرده عليه فقال الرجل يا رسول الله قد استغل غلامي فقال عليه السلام الخراج بالضمان وفسر الخطابي الدار بما يكون بالرقيق من الاولاد والاثاث التي يرد بها كالجنون والجذام ونحوها والخبثة ما كان خبيث الاصل مثل ان يسبى من لا عهد يقال هذا سبي خبثة اذا كان ممن يحرم سبيه وهذا سبي طيبة بوزن خيرة ضده ومعنى الغائلة ما يغتال حتك من حيلة وما يدلس عليك سمي البيع من عيب وتفسير الدار يوافق تفسير ابي يوسف له واما ابو حنيفة رح فسره فيما رواه الحسن عنه بالامراض في الجوف والكبد والرئة وفسر ابو يوسف الغائلة بما يكون من قبيل الافعال كالاباق والسرقة وهو قول الزمخشري الغائلة الخصلة التي تقول المال اي تهلكه من اباق ونحوه والخبثة هو الاستحقاق وقيل هو الجنون واما المعنى فلان السلامة لما كانت الاصل في المخلوق انصرف مطلق العقد اليها ولان العادة ان القصد الى ما هو متحقق من كل وجه لان دفع الحاجة على التمام به يكون والناقص معدوم من وجه فلا ينصرف اليه الا بذكره وتعيينه ولما كان القصد الى السالم هو الغالب صار كالمشروط فيتخير عند فقده كيلا يتضرر بالزام ما لم يرض به قوله وليس له ان يمسكه وبأخذ النقصان اي نقصان العيب وبه قال الشافعي خلافا لاحمد لان الخيار ثبت لدفع الضرر عن المشتري فلا يتحقق على وجه يوجب ضررا على الآخر من غير التزام له والبائع لم يلتزمه لانه حين باعه بالمسمى لم يرض بزواله عن ملكه الا به وان كان سعيبا وهذا لان الظاهر معرفته بالعيب فانزل عالما به لطول مجاورته لابدة كونه في يده ولذا لم يجعله الفقيه العلماء على انه اذا باعه على انه سعيب فوجده سليما لا خيار له ولا يقال انه ما رضي بالثمن المسمى الا على اعتبار انه سعيب فلا يكون راضيا به حين وجده سليما لانه انزل عالما بوصف السلامة فيه حيث باعه بالمسمى كان راضيا بالثمن على اعتباره سليما فلا يرجع بشيء كما لو كان عالما بالعيب فانزل غير راض فيه سعيبا الا بذلك الثمن فلا يرجع عليه بشيء بل تخير في اخذه به او رده فان بذلك يعتدل النظر من الجانبين في دفع ضرر لم يلتزمه واحد منهما به فهذا الوجه هو الاوجه وذكر المصنف قبله قوله ولان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بمجرد العقد فليس له ان يأخذ في مقابلة فواته شيئا وهذا لان الثمن عين فانما يقابله مثله والوصف دونه فانه عرض لا يجوز بانفراده فلا يقابل به الا تبعا لعروضه غير مقصود عينه وقوله بمجرد العقد احتراز عما اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة كما لو ضرب البائع الدابة فتعيبت فان الوصف حينئذ يفرد بالضمان وتخير المشتري وكذا اذا قطع البائع يد المبيع قبل القبض فانه يسقط نصف الثمن لانه صار مقصودا بالتناول او حكما بان امتنع الرد لحق البائع كان تعيب عند المشتري بعيب اخر او لحق الشرع بان جنى جناية ولذا قلنا ان من اشترى بقرة فحلبها وشرب لبنها ثم ظهر له عيب لا يردها لان تلك الزيادة التي التقمها جزء المبيع الا انها تبع محض فرجع لوصال المشتري البائع عن حق الرد بالعيب على مال يجوز به قال مالك والشافعي في وجه وفي وجه لا يجوز والاتفاق على عدمه في خيار الشرط والرؤية **قوله** وكلما اوجب نقصان الثمن الذي اشترى به في عادة التجار فهو عيب وهذا ضابط العيب الذي يرد به وهذا لان ثبوت الرد بالعيب لتضرر المشتري وما يوجب نقصان الثمن يتضرر به والمرجع في كونه عيبا او لا اهل الخبرة بذلك وهم التجار او ارباب الصنائع ان كان المبيع من المصنوعات وبهذا قالت الائمة الثلاثة وسواء كان ينقص العين او لا ينقصها ولا ينقص منافعه بل مجرد النظر اليها كالنظر الاسود والصحيح القوي على العمل وكما في جارية تركية لا تعرف لسان الترك **قوله** والاباق والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير وقوله ما لم يبلغ بمعنى مدة عدم بلوغه يجري مجرى البدل من الصغير واذا كان ذلك عيبا في الصغير فظهرت عند البائع

ومعناه اذا ظهرت عند البائع في صغره ثم حدث عند المشتري في صغره فله ان يرده لانه عين ذلك وان حدثت بعد بلوغه لم يرده لانه غير وهذا لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش في الصغر لضعف المثانة وبعد الكبر لداء في الباطن والاباق في الصغر لحب اللعب والسرقة لقلة المبالاة وهما بعد الكبر لخبث في الباطن والمراد من الصغير من يعقل فاما الذي لا يعقل فهو ضال لا آبق فلا يتحقق عيبا

ثم وجدت ايضا عند المشتري في الصغر له ان يرده به ثم قال القدوري فاذا بلغ اليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ وقد اعطى المصنف معنى هذه الجملة حيث قال ومعناه اي معنى قوله فاذا بلغ الخ وحاصله انه اذا ظهرت هذه الاشياء عند البائع في صغره ووجد عند المشتري بعد البلوغ لم يرده به لانه غير ذلك الذي كان عند البائع وبينه بان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر والبول في الفراش للصغير لضعف المثانة وبعد الكبر لداء في الباطن والاباق في الصغر لحب اللعب والسرقة في الصغير لقلة المبالاة وهما بعد الكبر لخبث في الباطن فاذا اختلف سببها بعد البلوغ وقبله كان الموجود منها بعده غير الموجود منها قبله واذا كان غيره فلا يرد به لانه عيب حادث عنده بخلاف ما اذا ظهرت عند البائع والمشتري في الصغر او ظهرت عندهما بعد البلوغ فان له ان يرده بها واذا عرف الحكم وجب ان نقرر اللفظ المذكور في المختصر وهو قوله فاذا بلغ فليس ذلك الذي كان قبله عند البائع بعيب اذا وجد بعده عند المشتري حتى يعاوده بعد البلوغ عند المشتري بعد ما وجد بعد عند البائع واكتفا بلفظ المعاودة لان المعاودة لا تكون حقيقة الا اذا اتحد الامر لانه لا يقال عاد زيد فيما اذا ابتدأ غير فرض تحقق المعاودة بعد البلوغ يوجب وجوده منه قبل ذلك بعد البلوغ ايضا فالا فلا معاودة وقوله ليس بعيب اي لا يرد به قوله والمراد من الصغير الخ تقييد للصغير الذي ذكرناه اذا وجد منه شيء من هذه الامور عند البائع والمشتري يرد بان يكون صغير العقل واما الصغير الذي لا يعقل فهو ضال فقد ضال لا آبق وكذا لا يكون بوله وسرقته عيبا قال في الايضاح السرقة والبول في الفراش قبل ان ياكل وحده ويشرب وحده ليس بعيب لانه لا يعقل بالفعل وبعد ذلك عيب ما دام صغيرا وكذا روى ابو يوسف في الامالي عن ابي حنيفة وفي بعض المواضع وتستنجي وحدها واذا قدر بها حدا ما قدر بها في الحضانة اقتضى ان يكون ابن سبع سنين او ثمان سنين او اقصد سنه وذلك لا يرد به لانهم قدروا الذي ياكل وحده الخ بذلك لكن وقع التصريح في غير موضع بتقديره بما دون خمس سنين وفي الفوائد الظهيرية وهنا مسئلة عجيبة تهي ان من اشترى عبدا صغيرا فوجده يبول في الفراش كان له الرد ولو تعيب بعيب اخر عند المشتري كان له ان يرجع بالنقصان فاذا رجع به ثم كبر العبد هل للبائع ان يسترد النقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ لا رواية فيها قال وكان والذي يقول ينبغي ان يسترد استدلالا بمسئلتين احديهما اذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج كان له ردها ولو تعيبت بعيب آخر رجع بالنقصان فاذا رجع به ثم ابانها الزوج كان للبائع ان يسترد النقصان لزوال ذلك العيب فكذا فيما نحن فيه والثانية اذا اشترى عبدا فوجده مريضا كان له الرد ولو تعيب بعيب آخر رجع بالنقصان فاذا رجع ثم برئ بالمداواة لا يسترد والا يسترد والبلوغ ههنا لا بالمداواة فينبغي ان يسترد انتهى وفي فتاوى قاضي خان اشترى جارية وادعى انها لا تحيض واستبرأ وبعض الثمن ثم حاضت قالوا ان كان البائع اعطاه على وجه الصلح عن العيب كان للبائع ان يسترد ذلك وفيها ايضا اشترى عبدا وقبضه فحم عنده وكان يحم عند البائع قال الامام ابو بكر محمد بن الفضل المسئلة محفوظة عن اصحابنا انه ان حم في الوقت الذي كان يحم فيه عند البائع كان له ان يرده او في غيره فلا يقبل له فلو اشترى ارضا فنزت عند المشتري وقد كانت تنز عند البائع كان له ان يسترد لان سبب النز واحد وهو تسفل الارض وقرب الماء الا ان يحيي ماء غالب او كان المشتري رفع من ترابها فيكون النز غير ذلك او يشتبه فلا يدري انه عينه او غيره قال القاضي الامام يشكل ما في الزيادات اشترى جارية بيضاء احدى العينين وهو لا يعلم بذلك فعلم بها حتى انجلى ثم عاد عند البائع ليس للمشتري الرد وجعل الثاني عين الاول الذي رضي به اذا كان الثاني عند البائع ولم يجعله

الباطن

قال والجنون في الصغر عيب ابداء ومعناه اذا جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري فيه او في الكبر يرده لانه عين الاول اذ السبب في الحالين متحد وهو فساد العقل وليس معناه انه لا يشترط المعاودة في يد المشتري لان الله تعالى قادر على ازالته وان كان قل ما يزول فلا بد من المعاودة للرد قال والبخر والدفر عيب في الجارية لان المقصود قد يكون الاستفراش وهما يخلان به وليس بعيب في الغلام لان المقصود هو الاستخدام ولا يخلان به الا ان يكون من داء لان الداء عيب والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لانه يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام الا ان يكون الزنا عادة له على ما قالوا لان اتباعهن يخل بالخدمة

عينه اذا عاد البياض عند المشتري وقال لا يرد ثم قال القاضي الامام كنت اشاور شمس الائمة الحلواني وهو يشاورني فيما كان مشكلا اذا اجتمعنا فشاورته في هذه المسئلة فما استفدت منه فرقا قوله والجنون عيب بدا بهذا لفظ محمد فلو جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري في الصغر او في الكبر يرد لانه عين الاول لان السبب للجنون في حال الصغر والكبر متحد وهو فساد الباطن اي باطن الدماغ فهذا معنى لفظ ابدا المذكور في لفظ محمد وليس معناه انه لا يشترط المعاودة للجنون في يد المشتري كما ذهب اليه طائفة من المشايخ فانه تواتر الرد بوجود الجنون عند البائع وان لم يجن عند المشتري فان هذا غلط لان الله تعالى قادر على ازالته بازالة سببه وان كان قل ما يزول وقد تحققنا كثيرا من النساء والرجال جنوا ثم عرفوا بالمداواة فاذا لم يعاوده جاز كون البيع صدر بعد ازالة الله سبحانه وتعالى هذا الداء وزوال العيب فلا يرد بلا تحقق قيام العيب فلا بد من معاودة الجنون للرد وهذا هو الصحيح وهو المذكور في الاصل والجامع الكبير واختاره الاسبيجابي قال محمد بعد قوله اذا جن مرة واحدة فهو عيب لازم ابدا باسطر وان طعن المشتري باباق او جنون لا يعلم القاضي ذلك فانه لا يستحلف البائع حتى يشهد شاهدان انه قد آبق عند المشتري او جن صرح باشتراط المعاودة في الجنون بخلاف ما اذا ولدت الجارية عند البائع لا من البائع او عند اخر فانها ترد على رواية كتاب المضاربة وهو الصحيح وان لم تلد ثانيا عند المشتري لان الولادة عيب لازم لان الضعف الذي حصل بالولادة لا يزول ابدا وعليه الفتوى وفي رواية كتاب البيوع لا ترد وفي المحيط تكلموا في مقدار الجنون قيل هو عيب ان كان ساعة وقيل ان كان اكثر من يوم وليلة فهو عيب يوم وليلة تعويدا وليس بعيب وقيل المطبق عيب ما ليس بمطبق ليس بعيب السرقة وان كان اقل من عشرة عيب وقيل ما دون الدرهم نحو فلس او فلسين ونحوه ليس عيبا والعيب في السرقة لا فرق فيه بين كونه من المولى او من غيره والاني المأكولات فان سرقتها لاجل الاكل من المولى ليس عيبا ومن غيره عيب سرقتها للبيع من المولى وغيره عيب نقب البيت عيب وان لم يسرق منه اباق ما دون السفر عيب بلا خلاف واختلفوا في انه هل يشترط خروجه من البلد فقيل شرط فلو ابق من محلة الى محلة لا يكون عيبا ومن القرية الى مصر اباق وكذا على العكس لو ابق من غاصبه الى المولى فليس بعيب لو ابق منه ولم يرجع الى المولى ولا الى الغاصب فان كان يعرف منزل مولاه ويقوى على الرجوع اليه فهو عيب وان لم يعرفه او لا يقدر فلا قوله والدفر رائحة اربعة اشياء عيب في الجارية وليست عيبا في الغلام البخر والدفر والزنا وولد الزنا لان الجارية تقدر لاجل هذه المعاني تمنع منه فكانت عيبا بخلاف الغلام فانه للاستخدام خارج البيت وهذه ليست مانعة منه فلا يعد عيبا الا اذا كان البخر والدفر من داء فيكون عيبا في الغلام ايضا لان الداء عيب في فتاوى القاضي قال الا ان يكون فاحشا لا يكون مثله في عامة الناس فيكون عيبا وعن ابي حنيفة الدفر ليس عيبا في الجارية ايضا الا ان للفحش فيكون عيبا فيها دونه وقيل اذا كان العبد ادرد يكون البخر عيبا به والصحيح انه كل الخرق بين كونه امرد وغيره والدفر نتن ريح الابط يقال رجل دفر وامرأة دفراء من السبب يقال ابط دفار معدول عن دافرة يقال شممت دفر الشيء ودفره بسكون الفاء وفتحها كل ذلك والدال مهملة واما بالمعجم الدال فبفتح الفاء لا غير وهو حده من طيب ونتن وربما خص بالطيب فقيل مسكا ذفر ذكره في الجمهرة وفيها وصفت امرأة من العرب شيخا فقالت ذهب فرده واقبل بخره قيل الرواية هنا والسماع بالدال غير المعجمة والبخر بالجيم عيب هو انتفاخ تحت السرة ومنه سمي بعض الناس البخر وفي الصحاح غالب ابن ابجر او قلبه وسمي به فرس لفقره وكذا الادرد وهو عظم الخصيتين والاذن عيب هو من سيلان الماء من منخريه والبخر الذي هو عيب هو الناشئ من تغير المعدة دون ما يكون بفلج في الاسنان فان ذلك يزول بتنظيفها ووجه كون الجارة ولد زنا عيبا به يخل بالمقصود من طلب الولد لانها اذا كانت ولد زنا غير الولد بامه قوله الا ان يكون الزنا له عادة استثناء من قوله دون الغلام وقوله على ما قالوا يعني المشايخ لانهن يتبعن يخل بالخدمة اذ كل ما وجه لحاجة اتبع هواه وقال قاضي خان لو كان الزنا منه مرارا كان عيبا لانه يضعفه عن طلب الاعمال

قال ولا يرد بما لا يدخل تحت البيع عادة ولا بما يشترط صاحبه في بعض الكفارات فيخل الرغبة فلو اشتراه على انه كافر

فوجده مسلما لا يرده لان الكفر ليس بعيب وعند الشافعي رحمه الله يرده لان الكافر يسترق فيتمكن فيه نقصان يسترق العبد

ويرد بالجنون وصغر فان تقابلا وفي عرفنا صغير لا يجامع مثله وعن ابي يوسف سنة وعن ابي يوسف عدم الخصان في الغلام والجارية الا ان يبلغا عشرا فيهما في الصغيرين وفي الجنون من دار الحرب لا يكون عيبا عندهما وفي فتاوى قاضي خان هذا عندهم يعني عدم الخصان في الجارية المولدة واما عندنا عدم الخصان في الجواري لا يكون عيبا قوله والكفر عيب فيهما اي في الغلام والجارية لان طبع المسلم ينفر عن صحبة الكافر للعداوة الدينية وفي زيادة نهاية الاضرار بالمسلم ولايامنه على الخدمة في الامور الدينية كالتحاذر عما رالوضوء وحمل المصحف اليه من يمكن الى كان لا يقدر على امتناعه عن كفار وقتل خطا يقتل به وجبة والدية على ما ذكرنا قال انه لو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرده لان زوال العيب والنكاح والدين عيب في كل من الجارية والغلام وعند الشافعي في تفصيل مر في الدين وهو ما اذا كان دينا حالا بعد العتق فله الخيار لا يرده به كدين معاملة بان اشترى شيئا بغير اذن المولى وان كان في رقبته بان جنى في يد البائع فلم يفده حتى باعه فله ان يرده لان تعلق بعد العتق قد يضر في نقصان لائمة سيراته قوله واذا كانت الجارية بالغة الا الحيض او هي مستحاضة فهو عيب لان انقطاع الحيض في اوانه واستمراره علامة الحبل فكان الانقطاع والاستمرار دليلا على الحبل اذ هو دال على تجويل المرض من الانقطاع في اوانه بخلاف ما اذا كانت ابنة اياس فان الانقطاع ليس بعيب لان فحقيقة التعيب فيها بالحبل ولذا قال بعضهم اذا اراد ان يرد بعيب الانقطاع فله ذلك الا ان ينبغي ان يدعي باحد السببين من الحبل او الدار حتى تسمع دعواه لان الانقطاع بدونهما لا يعد عيبا فالمرجع في الحبل الى قول النساء وفي الدار قول الاطباء ولا يثبت العيب بقولهما حتى تسمع الخصومة مع البائع الا ان تتفق منهم عدلان بخلاف العيب الذي لا يطلع عليه الا النساء فانه يقبل في توجيه الخصومة قول امرأة واحدة وكذا في الحبل وفي الكافي نص على الاكتفاء في المرجع الباطن بقول طبيب عدل ولا يشترط العدد ولفظة الشهادة وبهذا نص عليه الشيخ ابو المعين شيخ الجامع الكبير وجه ذا وجه ان الخصومة لا ترد في التخمة اذا كان العيب باطنا لا يعرفه الا الخواص كالاطباء والنحاسين فان اجتمع عليه مسلمان او كافر مسلم عدل قبل وثبت العيد في اثبات حق الخصومة وفي فتاوى قاضي خان ان اخبر بذلك عدل واحد ثبت العيب في حق الخصومة والدعوى ثم يقول القاضي هل تحدث عندك هذا العيب فان قال نعم قضى عليه بالرد وان انكر ولا بينة عليه استحلف كما سنذكره ويعتبر في الانتفاع الموجب للعيب اقصى غاية البلوغ وهو ان يكون سنها سبع عشرة سنة عند ابي حنيفة ويعرف ذلك اي الانتفاع والاستمرار بقول الامة لانه لا طريق له الا ذلك فاذا انضم الى قولها قول البائع اذا استحلف قبل القبض وبعده في الصحيح وبه اخذ بقوله في الصحيح عما روى عن ابي يوسف انها ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة عما عن محمد اذا كانت الخصومة قبل القبض ينسخ بقول النساء وجه الصحيح ان شهادتهن حجة ضعيفة فلا تحكم بها الا بعد عدم وكول البائع ثم ذكر في النهاية في صفة الخصومة في ذلك ان المشتري اذا ادعى انقطاع الحيض فالقاضي يسأله عن مدة الانقطاع فان ذكر مدة قصيرة لا تسمع دعواه وان ذكر مدة مديدة سمعت المديدة روى عن ابي يوسف تقدر بثلاثة اشهر وعن محمد باربعة اشهر وعشر وعن ابي حنيفة روى على الوجهين وفي المديدة تقديره فان كان القاضي مجتهدا اخذ بما ادى اليه اجتهاده والا اخذ بما اتفق عليه اصحابنا وهو ستة اشهر فاذا سمع الدعوى يسأل البائع اهي كما يقول المشتري فان قال نعم رد على البائع بمجرد قول المشتري وان قال هي كذلك للحال وما كانت كذلك جعلت الخصومة على البائع لتصادقهما على قيامه للحال فان طلب المشتري يمين البائع يحلف البائع فان حلف بريء وان نكل ردت عليه وان شهد للمشتري شاهدان او شاهد وامرأتان على الانقطاع تقبل شهادتهم على الانقطاع وتقبل على الاستحاضة عليها لانها ما يمكن الاطلاع ولا يمكن على الانقطاع الذي يجد عيبا وان انكر البائع الانقطاع في الحال هل يستحلف عند ابي حنيفة اولا يستحلف هذا ينبغي ان تعرف عن تقرير الكتاب واما الذي وقع في تقرير الهداية فانه نقله صاحب النهاية بعينه وذكر هذا ما ذكر عن اتمامه وما في فتاوى قاضي خان ان شهود الجارية بتعيبها لم تقبل

قال فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض إلا مستحاضة فهو عيب كان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء ويعتبر في الارتفاع أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند أبي حنيفة رحمه الله ويعرف ذلك بقوله إذا مضت عليها مدة تتزوج إذا انضم إليها ذلك البائع قبل القبض وبعده هو الصحيح

عند المشتري شهر الا اربعين يوما قال القاضي الامام ارتفاع الحيض عيب ادناه شهر واحد اذا ارتفع هذا القدر عند المشتري كان له ان يرده اذا ثبت انه كان عند البائع انتهى وهذا كما ترى لا يشترط ثلاثة اشهر ولا اكثر وينبغي ان يعول عليه وما يتقدم خلاف بينهم في استبراء ممتدة الطهر فعند ابي حنيفة رحمه الله هو قول زفر ستة اشهر وعند ابي يوسف ثلاثة اشهر وهو قول ابي حنيفة رحمه الله وعند وهو قول محمد اربعة اشهر وعشر وفي رواية عن محمد شهران وخمسة ايام وعليه الفتوى والرواية هناك ليست واردة هنا لان الحكم هناك يستدعي ذلك الاعتبار فان الوطي ممنوع شرعا الى الحيضة لاحتمال الحبل فيكون ساقيا ماءه زرع غيره فقدره ابو حنيفة رحمه الله وزفر رحمه الله بثلثين لان اكثر مدة الحبل فاذا مضت ظهر انتفاؤه فجاز وطيها وهو قياس وقدره محمد وابو حنيفة رحمهما الله في رواية بار بعة اشهر وعشر لانها اعتبرت بمدة المتوفى عنها ولان فيها يظهر الحبل غالبا لو كانت حاملا وقدره ابو يوسف رحمه الله بثلاثة لانها جعلت عدة التي لا تحيض والحكم هنا ليس الا كون الامة مستبرأ فلا يتجه انا طته بستين او غيرها من المدد لان كونه عيبا باعتبار كونه يودي الى الداء وطريقا اليه وذلك لا يتوقف على مضي مدة معينة مما ذكرنا ظهر انه لا يحتاج الى دعوى الانقطاع للرد به الى تعيين انه عن حبل وداء في الدعوى فلان كونه عيبا باعتبار كونه مفضيا الى الداء لا انه لا يكون الا عن داء يتقدم عليه فلذا لم يتعرض الفقيه النفس قاضي خان لما ذكر من تعيين كون الانقطاع عن احدهما بل اذا ادعى الانقطاع في اوانه فقد ادعى العيب بكفي شهر واحد فان يتحقق الانقطاع في اوانه وهو العيب لانه ان كان في الواقع مسببا عن داء فهو عيب وطريقا اليه فكذلك فيكفي في الخصومة ادعاء ارتفاعه فقط وهو الذي يجب ان يعول عليه لانه قلما يظهر للطبيب داء بمدة الطهر وكثيرا ما يكون في الممتدة طهرها شهرين وثلاثة صحيحة لا يظهر بها داء وبهذا هو ظاهر الهداية الا ترى الى قوله ويعرف ذلك بقول الامة وكذا قال الامام التمرتاشي وغيره انما يعرف ذلك عند المنازعة بقول الامة لانه لا يقف على ذلك غيرها فلو كان على الاستقاده لزوم دعوى الداء او الحبل في دعوى عيب الانقطاع لم يتصور ان يثبت بقولها ح توجه اليمين على البائع بل لا يرجع الا الى قول الاطباء او النساء فظهر ان ما ذكر في النهاية من لزوم دعوى الداء او الحبل في دعوى انقطاع الحيض ثم انه يحتاج في توجه الخصومة الى قول الاطباء او النساء ليس تقريرا في الكتاب بل ما ذكره مشائخ اخرون يغلب على الظن خطاؤهم وكذا ما ذكر غيره من حمل هذه وزان المشتراة بكرا على قول ابي حنيفة وابي يوسف انه اذا قال المشتري ليست بكرا وقال البائع بكرا في الحال فان القاضي يريها النساء فان قلن هي بكر لزم المشتري من غير يمين البائع لان شهادتهن تأيدت بمؤيد هو ان الاصل البكارة وان قلن هي ثيب لا يثبت حتى الفسخ بشهادتهن فيحلف البائع لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر ان كان بعد القبض وان كان قبله حلف انها بكر غير موافق لان العيب هنا يوجب حق الخصومة بمجرد قولها حتى توجه عليه اليمين ويقضي بالنكول على ما في الكتاب والتمرتاشي وغيرهما وفي البكارة لا بد من رؤية النساء وكيف لا طريق الى استعلام الانقطاع الا قولها بخلاف البكارة لها طريق تستعلم به فلا يرجع فيها الى قولها اذا عرف هذا فقول المصنف هو الصحيح ان كان احترازا عن قول ابي يوسف انها ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة وما ذكرنا عن محمد غير مناسب فان ما عن ابي يوسف ومحمد في ذلك انما هو في دعوى البكارة والرتق والقرن فقياس هذه عليها غير صحيح اذ لا يعرف ذلك الا من النساء وقول النساء هنا انها منقطعة الحيض غير معتبر وقد ذكروا ان الشهادة على الانقطاع الكائن عيبا لا تقبل اذ لم يطلع عليه وترتيب الخصومة على ما في الهداية وقاضي خان والتمرتاشي وهو ما صححنا ان يدعي الانقطاع في الحال ووجوده عند البائع فان اعترف البائع بها رد عليه وان انكر وجوده عنده واعترف بالانقطاع في الحال استخبرت الجارية فان ذكرت انها منقطعة اتجهت الخصومة فيحلف بالله ما وجد عنده وان لكل رد عليه وانما قول المصر اذا انضم اليه نكول البائع ولو اعترف بوجوده عنده وانكر الانقطاع في الحال فاستخبرت فانكرت الانقطاع والغرض ان لا يقبل عليه بينة والمشتري يدعيه فقد صح

فان رد واذا حدث عند المشتري عيب واطلع على عيب كان عند البائع فله ان يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع لان في رده اضرارا بالبائع لانه خرج عن ملكه سالما ويعود معيبا فامتنع الا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان الا ان يرضى البائع ان يأخذه بعيبه لانه رضي بالضرر

في النهاية بما قدمناه من انه اذا ذكر الانقطاع في الحال لا يستحلف عند ابي حنيفة ويستحلف عندهما ويجب كون الاستحلاف على العلم بما يعلم انها مشغولة عند المشتري فان اكل تجب الخصومة وان حلف تعذرت ولعمري قلما يحلف كذلك لا وهو بار ومن اين له العلم بانها عند المشتري بل يحلف على نفي العلم كما لا يخفى وكون المذكور في النهاية مبنيا على ما ذكره وهو في صورة الخصومة واما على ما في الهداية فان القول قولها في الانقطاع ويمكن ان يجري فيه ايضا وهذا تعداد العيوب عدة الجارية عن طلاق رجعي عيب لا عن بائن والنكاح عيب فيهما وكثرة الخيلان وحمرة الشعر اذا فحشت بحيث تضرب الى البياض وكذا الشمط لانه في غير اوانه وقيل الدار وفي اوانه وقيل الكبر والعشى ان لا يبصر ليلا والسن الساقطة خمسا او غيره وسواده وسواد الظفر والعسر وهو ان يعمل بيساره ولا يستطيع العمل بيمينه بخلاف اعسر يسر وهو ان يعمل بهما فانه زيادة وحسن والقشم وهو يبوسة الجلد وتشنج في الاعضاء والغرب وهو ورم في المأق ودجاسيل منه شئ فيصير صاحبه كصاحب الجرح السائل والحول والحوص نوع منه والشتر وهو انقلاب الجفن وبه سمي الاشتر والظفر وهو بياض يبدو في انسان العين وجوب العين وغيرها والشعر والقبل في العين ومنه قول الشاعر يصف خيلا تراهن يوم الروع كالحدأ القبل والماء في العين والسبل والسعال القديم اذا كان عن داء وقيل المعتاد منه فلا والعزل وهو ان يعزل ذنبه الى احد الجانبين والمشش وهو ورم في الدابة له صلابة والفدع وهو اعوجاج في مفاصل الرجل والفج وهو تباعد ما بين القدمين والصكك وهو صك احدى ركبتيه بالاخرى والرتق والقرن والعقل وهو امتلاء لحم الفرج والسلعة والقروح وآثارها والدخس وهو ورم يكون باطراف حافر الفرس والحارد الخف وهو ميل كل سن الى بهامي الرجل الى الاخرى وقال محمد بن الاعرابي الاخف الذي يمشي على ظهر قدميه وتناثر شعر الراس والصدق التواء في اصل العنق وقيل ميل في البدن والشدق بينة مغرطة في الشدق والتحنث قيل اذا فحش او كان يأتي بافعال رديئة والحمق وكونها مغفلة وشرب الغلام وترك الصلوة وغير من الذنوب وقلة الاكل في البقرة ونحوها وكثرته في الانسان وقيل في الجارية عيب لا الغلام ولا شك انه لا فرق اذا افرط وعدم الميل في المدار والشرب للارض وكذا ارتفاعها بحيث لا تسقى الا بالسكر وكون الجارية محترقة الوجه لا يدري حسنها من قبحها بخلاف ما اذا كانت دميمة او سوداء والعثار في الدواب ان كان كثيرا فاحشا وكذا اكل العذاري والجموح والامتناع عن اللجام وكذا الحرن عند العطف والسير والسيلان اللعاب على وجه يسيل المخلاة اذا علق عليه فيها وكثرة التراب في الخطمة تردبه بخلاف ما اذا كان معتادا ليس له ان يميز التراب ويرجع بحصته وكذا لو اشترى خفا او ملعبا للبس فلم يدخل رجله فيه فهو عيب ولو باع سويقا ملتوتا على ان فيه كذا من السمن او قميصا على ان فيه عشرة اذرع والمشتري ينظر اليه وظهر خلافه فلا خيار له لقوله واذا حدث عند المشتري عيب بافة سماوية او غيرها ثم اطلع على عيب كان عند البائع فله ان يرجع بنقصان العيب وليس له ان يرد المبيع لان الرد اضرار بالبائع لانه خرج عن ملكه سالما فلو رددناه به معيبا تضرر ولا بد من دفع الضرر عن المشتري فتعين الرجوع بالنقصان الا ان يرضى البائع ان يأخذه بعيبه الحادث ضد المشتري فله ذلك لانه رضي بالضرر وما كان عدم الزامه المبيع الا لدفع الضرر عنه فاذا رضي فقد اسقط حقه اللهم الا ان يمتنع اخذه اياه بحق الشرع بان كان المبيع عصيرا فتخمر عند المشتري ثم اطلع على عيب فانه لو اراد البائع ان يأخذه بعيبه لا يمكن من ذلك لما فيه من تمليك الخمر وتملكها ومنعها من ذلك حق الشرع فلا يسقط تبراضيهما على اجازته كما لو تراضيا على بيع الخمر وشرائها فان قيل ينبغي ان يرجع جانب المشتري فيرجع بالنقصان ولا يرد المبيع لان البائع دلس عليه فكان مغرورا من جهته اجيب بان المعصية الصادرة عنه لا تمنع

ن الاحداث الحدار

ن السعوف

قال ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب لانه امتنع الرد بالقطع فانه عيب حادث فان قال البائع انا اقبله كذلك
كان له ذلك لان الامتناع لحقه وقد رضي به فان باعه المشتري لم يرجع بشئ لان الرد غير ممتنع برضاء البائع فيصير هو بالبيع حابسا للمبيع
فلا يرجع بالنقصان فان قطع الثوب وخاطه او صبغه احمر او لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لامتناع الرد بسبب الزيادة لانه لا وجه الى الفسخ
في الاول لدخول النهاء الذي لا ينفك عنه ولا وجه اليه معها لان الزيادة ليست بمبيعة فامتنع اصلا وليس للبائع ان يأخذه لان الامتناع لحق الشرع لا لحقه
فان باعه المشتري بعد ما راى العيب رجع بالنقصان لان الرد ممتنع اصلا قبله فلا يكون بالبيع حابسا للمبيع وعلى هذا قلنا ان من اشترى ثوبا
فقطع قباء او سلخ ولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبيرا يرجع
لان التمليك حصل في الاول قبل الخياطة وفي الثاني بعده بالتسليم اليه

بحصته مالية كالناعصب اذا عمل فالثوب لصاحبه والصبغ او الخياطة له غرما لان الظالم لا يظلم والضرر عن المشتري يندفع باثبات حق الرجوع بحصة
العيب فان قيل فقد تقدم ان الاوصاف لا حصة لها من الثمن بانفرادها اجيب بانها اعتبرت اصولا ضرورة جبر حق المشتري والا يهدر كما صيرت
اصولا بالقصد من آلافها وكلما رجع بالنقصان فمناه ان ليقوم العبد بلا عيب ثم يقوم مع العيب وينظر في التفاوت وان كان مقدار عشرة القيمة
رجع بعشير الثمن وان كان اقل او اكثر فعلى هذا الطريق ثم الرجوع بالنقصان اذا لم يمتنع الرد بفعل مضمون من جهة المشتري اما اذا كان بفعل من جهته
كذلك كان قتل المبيع او باعه او وهبه وسلمه او اعتقه على مال او كاتبه ثم اطلع على عيب فليس له الرجوع بالنقصان وكذا اذا قتل عند المشتري خطأ لانه
لما وصل البدل اليه صار كان ملكه من القائل فكان كما لو باعه ثم اطلع على عيب لم يكن له حق الرجوع ولو امتنع الرد بفعل غير مضمون له ان يرجع
بالنقصان ولا يرد المبيع قوله لا يرجع بالنقصان اذا لحق العبد ما دام حيا عند ابي حنيفة وقال الشافعي لان الرد موهوم فلا يصار الى خلفه
وهو الرجوع بالنقصان الا عند اليأس من الاصل وعن ابي يوسف يرجع لتحقق العجز في الحال والرد موهوم وهو لا يعارض الموجود قوله ومن اشترى
ثوبا فقطعه يعني ولم يخطه ثم وجد به عيبا رجع بالعيب لانه امتنع الرد بالقطع لانه عيب حادث فان قال البائع انا اقبله كذلك انما يقطعه عاكان
له ذلك لان الامتناع اي امتناع رده لحقه وقد رضي به اي برده معيبا فزال المانع فان باعه المشتري اي بعد القطع لبعد علمه بالعيب او
قبله لم يرجع بشئ لان الرد لم يمتنع بالقطع برضى البائع فحين باعه مع عدم امتناع رده مقطوعا صار حابسا للمبيع بالبيع فان كان المشتري قطع الثوب
وخاطه او صبغه احمر او كان المبيع سويقا فلته بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لانه امتنع الرد بسبب الزيادة المتصلة وانما امتنع لانه لا وجه
للفسخ في الاصل اعني الثوب بدونها كالصبغ مثلا والخياطة والسمن لانه لا ينفك عنه ولا الى الفسخ معها لان الزيادة ليست بمبيعة والفسخ
لا يرد على غير المبيع لانه رفع الى ما كان من المبيع فيبقى ما كان من المبيع والثمن على ما كان فلو رد على الزيادة لزم الربا فان الزيادة ح تكون فضلا
مستحقا في عقد المعاوضة بلا مقابل وهو معنى الربا او شبهته ولشبهة الربا حكم الربا فلا يجوز فامتنع اصلا وليس للبائع ان يأخذه وان رضي المشتري
بترك الزيادة لان الامتناع لم يتمحض لحقه بل لحقه وحق الشرع بسبب ما ذكرنا من لزوم الربا ورضاه باسقاط حقه لا يتعدى الى حق الشرع
بالاسقاط واذا امتنع الرد بالفسخ فلو باعه المشتري رجع بالنقصان لان الرد لما امتنع لم يكن المشتري ببيعه حابسا له عن البائع وعلى هذا الاصل
وهو ان الرد اذا كان ممكنا فاخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان لان حابس وان كان مع عدم امكانه يرجع لانه غير حابس قلنا ان من اشترى
ثوبا فقطعه قباء او سلخ ولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان لان التمليك من الابن الصغير حصل بمجرد القطع للعرض المذكور
قبل الخياطة مسلما اليه وهو نائبه في التسليم فصار به حابسا للمبيع مع امكان الرد والخياطة بعد ذلك وجودها وعدمها سواء فلا يرجع بالنقصان
ولو كان الولد كبيرا والباقي بحاله رجع بالنقصان لانه لا يصير مسلما اليه الا بعد الخياطة فكانت الخياطة على ملكه وكان امتناع الرجوع
بسبب الزيادة التي هي الخياطة قبل اخراجه عن ملكه فبعد ذلك لا تتفاوت الحال بين ان يخرجه عن ملكه بالبيع او الهبة اولا في جواز
الرجوع بالنقصان وهو معنى ما في الفوائد الظهيرية من ان الاصل في جنس هذه المسائل ان كل موضع يكون المبيع قائما على ملك المشتري
ويمكنه الرد برضا البائع فاخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان وكل موضع يكون المبيع قائما على ملكه ولا يمكنه الرد وان رضي البائع فاخرجه عن ملكه يرجع
بالنقصان انتهى وهذا اصل آخر في الزيادة اللاحقة بالمبيع الزيادة متصلة ومنفصلة وكل منهما ضربان فالمتصلة غير المولدة من المبيع كالصبغ

قال ومن اشترى عبدا فاعتقه او مات عنده او اطلع على عيب جبر بنقصانه او الموت فلان الملك يبتنى به والامتناع حتى لا ينفعه واما الاعتاق فلقيامه فيمتنع الرجوع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفى الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الآدمى مما خلق فى الاصل على الملك فاذا ثبت الملك فيه صورة اتى على المحل فكان انهاء فصار كالموت وهذا لان الشىء يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد متعذر والاستيلاد بمنزلته كان تعذر القتل مع بقاء المحل لامر الحكمى وان اعتقه على مال لم يرجع بشىء لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن ابى حنيفة رحمه الله انه يرجع لان انهاء الملك وان كان بعوض فان قتل المشترى العبد او كان جنى عليه فاكله لم يرجع بشىء عند ابى حنيفة رحمه الله وعن ابى يوسف رحمه الله انه يرجع لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيوى فصار كالموت حتف انفه فيكون انهاء وجه الظاهر ان القتل لم يوجد لا مضمونا ولا اسقط الضمان ههنا باعتبار الملك فصار كالمستفيد به عوض الخلاف لان الاعتاق لا يقوم بالضمان لانه اعدام كالاعتاق للمعتبر عبده اشتركا واما الاكل فعلى الخلاف عنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى خرق لما انه ضمن فى المعتبر بقيمته بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق فاما اذا تعذر الرد بفعل مضمون من المبيع فاشبه البيع والقتل لا معتبر بكونه مقصودا لانرى ان البيع قد يقصد بالشراء ويعتاد فعله فيه

والخياطة واللت بالسمن والغرس والبناء وهى تمنع الرد بالعيب بالاتفاق خلافا للشافعى واحمد ولو قال البائع انا اقبله كذلك ورضى المشترى لا يجبر لما ذكرنا من حق الشرع للزوم من المتصل غير المتولد ما لو كان حنطة فطحنها او دقيقا فعجنه فلو باعه بعد ذلك يرجع بالنقصان لانه ليس بجائز للبيع بل امتنع قبل البيع بحق الشرع وفى كون الطحن والشى من الزيادة المتصلة تامل والمتولدة من الاصل كالسمن والجمال والجلاء بالعكس بالعين وهى لا تمنع الرد بالعيب فى ظاهر الرواية لان الزيادة تمحضت تبعا للاصل تولدا منه مع عدم انفصالها فكان الفسخ لم يرد على زيادة اصلا او المتصلة المتولدة منه كاللبن والتمر فى بيع الشجر والارض والعقر وهى تمنع الرد لتعذر الفسخ عليها لان العقد لم يرد عليها ولا كن التبعية للانفصال فيكون المشترى بالخيار قبل القبض ان شاء رد بها جميعا وان شاء رضى بها بجميع الثمن واما بعد القبض فيرد المبيع خاصة لكن بحصته من الثمن لان تقسيم الثمن على قيمته وقت العقد وعلى قيمته وقت القبض فاذا كانت قيمته الف وقيمة الزيادة مائة والثمن الف سقط عشر الثمن ان رد واخذ تسعمائة وغير متولدة منه كالكسب وهى لا تمنع بحال بل الفسخ العقد فى الاصل دون الزيادة ويسلم له الكسب الذى هو الزيادة وهو قول احمد والشافعى واحمد فيه الحديث الذى ذكرناه وقول الباب الذى فيه قول السائع انه استغل غلاما فاقام عليه وسلم الخراج بالضمان وجعل الشافعى واحمد حكم المنفصلة المتولدة فى حكم الكسب لامكان الفسخ على الاصل بردها والزيادة للمشترى ويحتسب بين الكسب الذى لولد من المنافع وهى غير الاعيان وان كانت من منافع الام لان الولد والعبد المكسوب للكتابة ليس مكتسبا والولد لو تولد من نفس المبيع يكون له حكمه فلا يجوز ان يسلم له مجانا فيه من شبهة الربا ولو هلكت الزيادة بآفة سماوية ثبت له الرد لانها لم تكن به قال الشافعى قبل الحكم بالارش وانما قيد المصنف بقوله احمر ليكون زيادة بالاتفاق فان السواد عنده نقص كما ستعلم انهوكا لقطع وانتقاص المبيع فى يد المشترى يمنع الرد بالعيب بالاتفاق قوله ومن اشترى عبدا فاعتقه المشترى او مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بالنقصان لان الموت فلان الملك ينتهى به والشىء بانتهائه يتقرر وكان الملك قائم والرد متعذر وقد اطلع على عيب وذلك موجب للرجوع او انتناع الرد انما يكون مانعا اذا كان عن فعل المشترى اما اذا ثبت حكما لشىء فلا وههنا ثبت حكما للموت فلا يمنع الرجوع بالنقصان ويستكمل عليه اذا صبغ الثوب احمر واخرجه فانه يرجع بالنقصان مع الامتناع بفعله واجيب بان امتناع الرد فى ذلك انما هو بسبب الزيادة التى حصلت فى المبيع حقا للشرع للزوم شبهة الربا قيل فكان ينبغى للمصنف ان يزيد فيقول بلا فعله الذى لا يوجب زيادة واما العتق فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفى الاستحسان يرجع وهو قول الشافعى واحمد لان العتق انهار للملك لان الآدمى مما خلق فى الاصل للملك وانما ثبت الملك فيه عن سببه موقتا الى الاعتاق فثبت انه انهار فصار كالموت وههنا وهو الرجوع بالموت ومعنى قولنا بسبب انه انهار لان الشىء بانتهائه يتقرر الى اخر ما قررناه وقوله والتدبير والاستيلاد بمنزلته اى بمنزلة الاعتاق وان لم يزيلا الملك كما يزيله الاعتاق لانه يتعذر معهما النقل من ملك الى ملك وبذلك يتعذر الرد وقوله مع بقاء المحل احتراز عن الموت والاعتاق وقوله بالامر الحكمى اى حكم الشرع لا بفعل المشترى كالقتل قوله فان اعتقه على مال ثم اطلع على عيب لم يرجع بشىء وكذا لو كاتبه لان المشترى حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن ابى حنيفة انه اذا اعتق على مال يرجع بالنقصان وهو قول ابى يوسف وبه قال الشافعى واحمد لان العتق سواء كان بمال او بلا مال هو انهاء الملك اعنى الرق ولهذا ثبت به الولاء فى الوجهين واذا كان انهاء كان كالموت وكونه بمال او بغيره طرد والوجه ما تقدم من كونه حابسا له بحابس بدله قوله فان قتل المشترى العبد اى لم يمت عنده حتف انفه او كان البيع طعاما فاكله لم يرجع بشىء عند ابى حنيفة رحمه الله اما القتل فالمذكور من عدم الرجوع فيه ظاهر الرواية عن اصحابنا وعن ابى يوسف انه يرجع وذكر صاحب الينابيع ان محمدا معه وهو قول الشافعى واحمد لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيوى من قصاص او دية فكان كالموت حتف انفه وانما يتعلق به حكم الاخرة من استحقاق العقاب اذا كان

فان اكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند ابي حنيفة رح لان الطعام كشئ واحد فصار كبيع البعض وعنهما انه يرجع بنقصان العيب في الكل وعنهما انه يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض قال ومن اشترى بيضا او بطيخا او قثاء او خيارا او جوزا فكسر شيئا منه فوجده فاسدا فان لم ينتفع به يرجع بالثمن كله لانه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان ماليته باعتبار اللب فان كان ينتفع به مع فساده لم يرده لان الكسر عيب حادث ولكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الامكان وقال الشافعي رح يرده لان الكسر بتسليط قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه فصار كما اذا كان ثوبا فقطعه ولو وجد البيض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يخلو عن قليل فاسد والقليل صالا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة وان كان الفاسد كثيرا لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه يرجع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر وعبده

بغير حق ووجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا قال صلى الله عليه وسلم ليس في الاسلام دم مهدر وانما سقط الضمان عن المولى بسبب الملك لذا لو باشره في غير ملكه كان مضمونا ولما سقط الضمان عن المولى صار كالمستفيد بالعبد حوضا هو وسلامته نفسه ان كان عمدا وسلامته الدية للمولى ان كان خطأ فكان كانه باعه بخلاف الاعتاق لانه ليس بفعل مضمون لامحالة لانه في ملك الغير لا ينفذ وعتق احد الشريكين ان نفذ لا يتعلق به ضمان اذا كان معسرا على تقدير علم يوجبه بذاته فلم يستفد اي لم يلزم استفادته بالاعتاق عن ملكه شيأ حقيقة ولا حكما واما الاكل فعندهما يرجع به وبه قال الشافعي واحمد رح وفي الخلاصة عليه الفتوى به اخذ الطحاوي وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق ثم اطلع على عيب عنده لا يرجع وعندهما يرجع لهما انه صنع بالمبيع ما يقصد لشرائه ويتعاد فعله غير من الاكل واللبس حتى انتهى الملك به فكان كالاعتاق بخلاف القتل والاحراق ونحوه من الاستهلاك ليس معتادا غرضا عن الشراء مقصودا به ولهذا انه اتلفه بفعل مضمون منه لو وجد في غير ملكه غير انه سقط اي انتفاء الضمان الملكه فكان كالمستفيد به عوضا كالقتل فلا يرجع ولا يعتبر كونه مقصودا بالشراء لانه وصف طردي لا اثر له في اثبات الرجوع الا ترى ان البيع ما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع وجعل المصنف قول ابي حنيفة رح استحسانا مع تأخيره وجوابه عن دليلهما يفيد مخالفته في كون الفتوى على قولهما وارد عليه القطع والخياطة فانهما موجبان للضمان في ملك الغير مع انه يرجع بالنقصان فيهما اجيب بان امتناع الرد فيهما لحق الشرع لا لفعله ولا كذلك ههنا فانه امتنع لفعله لالحق الشرع وهذا يتم في الخياطة لانها زيادة اما في مجرد القطع فلا يتم ولذا لو قبله البائع مقطوعا كان له ذلك بخلافه مخيطا او مصبوغا بغير السواد قوله ولو اكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عنده يعني لا يرد ما بقي ولا يرجع بالنقصان فيما اكل لان الطعام كشئ واحد حتى كان رؤيته بعضه كرؤيته كله يسقط الخيار فصار كما لو باع بعضه ثم اطلع على عيب فانه يبطل حقه في الرجوع في غير تحاوي زفر فانه قال يرجع بنقصان العيب في الباقي الا ان يرضى البائع ان ياخذ الباقي بحصته من الثمن وعنهما روايتان رواية انه يرجع بنقصان العيب في الكل فلا يرد الباقي ورواية يرد ما بقي لان الطعام لا يضره التبعيض فكان قادرا على الرد كما اخذه ويرجع بالنقصان فيما اكل هكذا ذكروا الصدر وهو نقل القدوري في كتاب التقريب وفي شرح الطحاوي ان الاول قول ابي يوسف رح قال يرجع بالنقصان في الكل الى ان يرضى البائع ان ياخذ الباقي بحصته من الثمن والثاني قول محمد قال وكان الفقيه ابو جعفر رح يفتي بقول محمد وهو اختيار الفقيه ابي الليث وفي شرح الجمع قال ابو يوسف يرد ما بقي ان رضي البائع لان استحقاق الرد في الكل دون البعض يتوقف على رضاه وقال محمد يرد ما بقي وان لم يرض لما ذكرنا ان التبعيض لا يضره وفيما لو باع البعض عنهما روايتان في رواية لا يرجع بشئ كما هو قول ابي حنيفة رح لان الطعام كشئ واحد فبيع البعض كبيع الكل وفي رواية يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض ولكن لا يرجع بالنقصان فيما باع وفي المجتبى عن جامع البخاري اكل بعضه يرجع بنقصان عيبه ويرد ما بقي وبه يفتى ولو اطعمه ابنه الصغير او الكبير او امرأته او مكاتبه او ضيفه لا يرجع بشئ ولو اطعمه عبده او مدبره او ام ولده يرجع لان ملكه باق ولو اشترى دقيقا فخبز بعضه وظهر انه مورد ما بقي ورجع بنقصان ما خبز هو المختار ولو كان ثمنا دينا فاكله ثم اقر البائع انه كان دعت فيه قارة رجع بالنقصان عندهما وبه يفتى وفي الكفاية كل تصرف يسقط خيار الشرط يسقط خيار العيب اذا وجده في ملكه بعد العلم بالعيب ولا رد ولا ارش لانه كالرضا به قوله ومن اشترى بيضا او بطيخا او قثاء او خيارا او جوزا او قرعا او فاكهة فكسر شيئا منه غير عالم بالعيب فوجده فاسدا فان لم ينتفع به كالقرع المر والبيض المدر رجع بالثمن كله لانه ليس بمال فكان البيع باطلا بخلاف ما لو كسره عالما بالعيب لا يرده ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره بان كان في موضع يغير الحطب وهو مما يشترى للوقود على ما قيل من انه اذا كان كذلك يرجع بحصته اللب ويصح العقد في قشره بحصته من الثمن لان العقد فيه صادف محله لان مالية الجوز قبل الكسر ليس الا باعتبار اللب واذا كان اللب لا يصلح له

قال ومن باع عبدا فاباقه المشترى فرد عليه بعيب فان قبل بقضاء القاضى باقراره ببينة او بايمان له ان يرده على بائعه لانه فسخ من الاصل لما

قال ومن باع عبدا فاباقه المشترى فرد عليه بعيب فان قبل بقضاء القاضى باقراره ببينة او بايمان له ان يرده على بائعه لانه فسخ من الاصل لما

لم كان محل البيع موجودا فيتبين ان العقد وقع باطلا و اختاره المصنف واشار اليه الامام السرخسى وان كان ينتفع به مع فساده بان باعه بالعقد او

بيعا للعلة يرجع بحصة العيب لان الكسر عيب حادث عند المشترى فيمتنع الرد فيرجع بالنقصان الا ان يتناول شيأ منه بعد العلم فلا يرجع بشئ لذا

قال المحاوانى هذا اذا ذاقه فوجده كذلك فتركه فان تناول شيأ منه بعد ما ذاقه لا يرجع بشئ واما اذا اشترى بيضا نعامة فوجدها مذرة وكر بعض المشايخ فى

شرح الجامع انه يرجع بنقصان العيب وهذا يجب ان يكون بلا خلاف لان بالبيضة بعض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه جميعا وقول المصنف وقال

الشافعى يرد يعنى اذا وجد بعد الكسر بحيث ينتفع به اطلقه وفى شرح الاقطع قيده بما اذا كان الكسر مقدارا لا يعلم العيب الا به قلنا الرد فى الصحيح من قوليه

انتهى وليس هذا التفصيل عندنا ولا فى قول اخر للشافعى ثم وجه قول الشافعى على ما فى الكتاب ان هذا الكسر تسليط البائع فكانه كسره بنفسه قلنا التسليط

على الكسر فى ملك المشترى لا فى ملكه فصار كما اذا كان البيع ثوبا فقطعه المشترى ثم اطلع على عيب فانه لا يرده مع انه سلطه على قطعه بالبيع فعرف بالاجماع ان

لا يرده وفى مسئلة القطع ان تسليطه هذا هدر وان التسليط المعتبر هو ما لو سلطه ان يكسره وهو فى ملكه اى ملك البائع بان امره بكسره فذاك هو التسليط المانع

من الضمان على الكاسر وانما البيع فتسليط المشترى على ان يكسره فى ملك نفسه ولا اثر لهذا فى نفى ولا اثبات ولو وجد البعض فاسدا فان كان قليلا جاز

البيع استحسانا لان كثيرا من الجوز واليبض لا يخلو عن قليل فاسد فكان كقليل التراب فى الحنطة والشعير فلا يرجع بشئ اصلا فى القياس ليفسده وهو ظاهر

وان كان كثيرا لا يجوز البيع ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد فى صفقة واحدة ولا نص فى المسئلة ولكن فيه خبر وهو

ظاهره وقال المصنف القليل انه كالواحد والمثنى وفى النهاية اراد بالكثير ما وراء الثلاثة لانه جاز على النصف وجعل الفقيه ابو الليث الخمسة والستة فى المائة من الجوز عفوا قال

لان مثل ذلك قد يوجد فى الجوز فصار كالمشاهد يعنى عند البيع ولو اشترى عشر جوزات فوجد خمسة خاوية اختلفوا فيه قيل يجوز العقد فى الخمسة التى فيها لب بنصف الثمن بالاجماع

وقيل يفسد فى الكل بالاجماع لان الثمن لم يفصل وقيل العقد فاسد فى الكل عند ابى حنيفة رح لانه يصير كالجمع بين الحر والميت فى البيع وعندهما يصح فى الخمسة التى فيها لب بنصف الثمن

وهو الاصح لان هذا بمعنى الثمن المفصل عندهما فان الثمن يقسم على الاجزاء لا على القيمة **قوله** ومن باع عبدا فاباقه المشترى ثم رد عليه بعيب فان قبله بقضاء القاضى بسبب اقراره بالعيب

انه كان عنده ووجد عند المشترى منه وهو المشترى الاخر وبينته على ذلك لانكاره العيب او بسبب نكوله عن اليمين على العيب فله ان يرده على بائعه الاول يعنى له ان يخاصم الاول ويقبل

ما يجب بعده الى ان يرده عليه وقيده فى المبسوط بما اذا ادعى المشترى الثانى العيب عند البائع الاول اما اذا اقام البينة ان العيب كان عند المشترى الاول

لم يذكره فى الجامع وانما ذكره فى اقرار الاصل فقال ليس للمشترى الاول ان يخاصم مع بائعه بالاجماع لان المشترى الاول لم يصر كذبا فيما اقر به و

لم نوجد هنا قضاء على خلاف اقراره فبقى اقراره بكون الجارية سليمة فلا يثبت له ولاية الرد وهذا وانما يرده على هذا التقدير لان الرد بهذا الطريق فسخ من الاصل

يعنى من كل وجه فجعل البيع كان لم يكن وقد اطلع على عيب فله ان يخاصم فيه اذ لا مانع من ذلك وما يحتال مانعا منه وهو ان القضاء بالبينة والنكول

فرع الانكار العيب فيخصومة البائع الاول فيه يكون مناقضا فلا تسمع خصومته ولذا قال زفر انه لا يرده عليه للتناقض المذكور وكذا بالاقرار فان معناه

على ما فسره المصنف ان يدعى عليه انه اقر بالعيب فينكر الاقرار فيشهد عليه بالاقرار فان اقراره غير مقطوع به لجواز كذب الشهود ووهمهم ولهذا قالوا

بعد الرد ليس له ان يرده على البائع الاول بالاتفاق اجاب المصنف عنه بقوله للمنة فصار كما لو ذاقه فانعدم الانكار العيب هذا بعد

تسليم ان الانكار ظاهر فى الصدق والا فيجوز كونه لدفع الخصومة فان كثيرا من الناس يفعله فصار ظاهرا يعارض ظاهر الديانة المقتضية لصدقه

ثم لو كان ظاهرا فى صدقه فقد ثبت كون هذا الظاهر غير واقع لتكذيب الشرع اياه بخلاف قوله لا عيب فيه بعد الرد لانه لا مكذب له وقد يقال

وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون ردا على الموكل لان المبيع هناك واحد والموجود ههنا
بيعان فينفسخ الثاني لا ينفسخ الاول وان قبل بغير قضاء القاضي ليس له ان يرده لانه بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حقهما والاول في الثلثهما

تكذيب الشرع اياه باثبات العيب لا يرفع تناقضه وكونه مواخذا في حق نفسه بزعمه وهي الدافعة لخصومته للبائع الاول وقوله وهذا بخلاف الوكيل
متصل بقوله له ان يرده لان المعنى له ان يخاصم فيرده بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد ما باعه بطريق الوكالة عليه بعيب بالقضاء بينة او بايمين او باقرار
المأمور بالعيب بالبيع كذا لفظ الجامع حيث يكون ردا على الموكل من غير حاجة الى خصومته والرد عليه بالخصومة لان ذلك عند تعذر البيع حتى يكون البيع
الاول قائما بعد انفساخ البيع الثاني فيحتاج الى الخصومة في الرد وههنا البيع واحد فاذا ارتفع رجع الى الموكل من غير تكلف زيادة وتقييده فخر الاسلام
بعيب لا يحدث مثله فقال له الرد بالبينة وبايمين وبالاقرار في عيب لا يحدث مثله اما في عيب يحدث مثله يرده بالبينة وبايمين ولا يرده لاحتمال
مع الاقرار لان اقرار المأمور لا يسمع على الامر ومعنى اشتراطه البينة او النكول او الاقرار والفرض انه لا يحدث مثله انه اذا اشتبه على القاضي
ان العيب قديم او لا او علم انه لا يحدث مثله في مدة شهر مثلا ولم يثبت عنده تاريخ البيع فاحتاج المشتري الى اقامة البينة او غيرها من الحجج
ان تاريخ البيع منذ شهر فيعلم القاضي ح ان العيب كان في يد البائع فيرده عليه اما اذا عاين القاضي تاريخ البيع والعيب ظاهر فلا يحتاج الى
شيء من ذلك فيكون الرد على الوكيل ردا على الموكل بلا زيادة خصومة وقد اعترض قول محمد انه بنكول الوكيل يلزم الموكل فان النكول بدل عنده
اقرار عندهما وبدل الانسان لا يثبت في حق غيره واقرار الوكيل بالعيب لم يلزم الامر في عيب يحدث مثله اجيب بانه ليس حقيقته بل جار مجراه الا يرى
انه لو ادعى بمال على عبد ماذون له بالتجارة فانكر ونكل عن اليمين يحكم عليه به مع ان بدله المال لا يجوز الا في حق نحو الضيافة البينة وكذا عندهما النكول
عن اليمين في كل حكم كان له ان يعود فيحلف ويسقط المال عن نفسه ولو كان اقرار الم يملك الرجوع عنه والشيء اذا اجرى مجرى الشيء لا يلزم كونه
مجراه من كل الوجوه وهل حكمه حكم صريح الاقرار عند ابي يوسف لا وعند محمد نعم وتظهر ثمرته فيما قال في الدعوى من رواية بشر بن الوليد عن ابي يوسف
لو ادعى دارا في يد رجل فانكر فنكل فقضى القاضي للمدعي بها ثم اقام المدعى عليه البينة انه اشتراها من المدعي قال يسمع القاضي بينته ويرد الدار
عليه ولو اقام انه اشتراها من رجل آخر لا تقبل وقال محمد في رواية ابن سماعة لا تقبل في الوجهين والنكول بمنزلة الاقرار وابو يوسف يقول ليس بصريح
الاقرار فتقبل وفي الايضاح ان رد على الوكيل بغير قضاء يلزم خاصة سواء كان في عيب يحدث مثله او لا يحدث مثله لان هذا فسخ عقد جديد في
حق ثالث والموكل ثالثهما انتهى يعني الفسخ الذي بلا قضاء وقوله وان قبله يعني المشتري الاول بغير قضاء القاضي بل برضاه لا يرده على بائعه
هذا هو الشق الثاني من تردد المسئلة وحاصلها ان من اشترى عبدا او غيره فباعه فرد عليه بعيب بقضاء باحد الوجوه الثلاثة كان له ان يرده على
البائع الاول خلافا لزفر وان قبله بالتراضي ليس له ان يرده عليه لان الرد بالتراضي بيع جديد في حق الثالث والبائع الاول ثالثهما كان المشتري
الاول اشتراه من المشتري الثاني ولو اشتراه المشتري الاول من المشتري الثاني لم يكن له ان يرده على الاول فلا خصومة فكذا هذا وبهذا لو كان
على المشتري الاول في الدار شفعة فاسقط الشفيع حقه فيما باعه ثم رد بعيب في التراضي تجدد للشفيع حق الشفعة فان المشتري الاول اشترى ثانيا
ما باع فلا يكون له حق الخصومة في الرد ولا في المرجوع بالنقصان وقال الشافعي يرده اذا قبله بلا قضاء لان الرد بالعيب عنده يرفع العقد من اصله
نص عليه الشافعي فلم تتفاوت الرد بالرضا والقضاء ونحن بينا الفرق بانه بالقضاء فسخ وبالرضا بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حق بعضهم
قيل لما تعذر بسبب الفسخ وهو النكول او الاقرار بالعيب يكون راضيا بحكم السبب فلا فرق بين القضاء والرضا في وجوب كونه بيعا في حق ثالث
اجيب بان المسئلة فيما اقر بالعيب وابى القبول فرد عليه القاضي جبرا فلا تحقق فيه معنى البيع لعدم الرضا وقد قدمنا ان معنى الاقرار الشهادة

وفي الجامع الصغير وان رد عليه بما قرره بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لو يكن له ان يخاصم الذي باعه وهذا يتبين ان الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث سواء وفي بعض روايات البيوع ان فيما لا يحدث مثله يرجع بالنقصان للتيقن بقيام العيب عند البائع الاول

عليه به ولانه اذا قبله بغير قضاء فقد رضي بالعيب فلا يرده على بائعه واستشكل على هذا الاصل وهو انه فسخ من الاصل مسائل احداها المبيع لو كان عقار الا يبطل حق الشفيع في الشفعة ولو كان الرد بالعيب بالبينة فسخا من الاصل يطل حق الشفيع لبطلان البيع من الاصل والثانية اذا باع امته الجملى وسلمها فولدت ولدا فادعاه ابو البائع لا تصح دعوته ولو كان الرد بقضاء فسخا من الاصل صحت كما لو لم يبعها الابن فادعاه الاب والثالثة اذا حال غريمه بالثمن على المشتري ثم رد المشتري بعيب بقضاء لا تبطل الحوالة ولو كان فسخا من الاصل بطلت اجيب ببيان المراد وهو ان محمدا ذكر في مواضع ان بالرجوع في الهبة يعود ملك الموهوب الى قديم ملك الواهب فيما يستقبل لا فيما مضى الا ترى ان من وهب مال الزكوة لرجل قبل الحول وسلمه اليه ثم رجع في هبته بعد الحول فانه لا يجب على الواهب زكوته باعتبار ما مضى ولا يجعل الموهوب عائدا الى قديم ملك الواهب في حق زكوة ما مضى من الحول وكذا الرجل اذا وهب دارا لآخر وسلمها اليه ثم بيعت وارتجنها ثم رجع الواهب فيها لم يكن الواهب ان يأخذها بالشفعة ولو عاد الموهوب الى قديم ملك الواهب وجعل كان الدار لم تزل عن ملك الواهب كان له الاخذ بالشفعة واذا عرف هذا الاصل خرجت المسائل المذكورة عليه اما الشفعة فلان حق الشفيع كان ثابتا قبل الرد وحكم الرد يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى وكذا المسئلة الثانية لان الا انما تصح دعوته باعتبار ولاية كانت له زمان العلوق وهو معنى سابق على الرد وقد بطل قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فيها بل يبقى ما كان من عدم ولاية هذه الدعوة وكذا المسئلة الثالثة لان الحوالة كانت ثابتة قبل الرد فلا يظهر حكم الرد في ابطالها ولان صحتها لا تستدعي عندنا وثباتا على المحال عليه ولهذا قال شيخ الاسلام قول القائل الرد بقضاء فسخ وجعل العقد كان لم يكن متناقض لان العقد اذا جعل كان لم يكن جعل الفسخ كان لم يكن لان فسخ العقد بدون العقد لا يكون فاذا انعدم العقد من الاصل انعدم الفسخ من الاصل واذا انعدم الفسخ من الاصل عاد العقد لانعدام ما ينافيه ولكن يقال العقد كان لم يكن على التفسير الذي قلنا وفي بعض المواضع قيده بعضهم بما اذا كان المبيع من غير النقود اما منها فلا وذلك المسئلة نقلها عن المحيط وفي المنتقى ان من اشترى دينارا بدراهم ثم باع الدينار من آخر بهم وجد المشتري الآخر بالدينار عيبا ورده على المشتري بغير قضاء فانه يرده على بائعه وذلك لمعنى وهو ان المبيعين حكمين معدودين لان المعيب ليس بمبيع بل المبيع السليم فيكون المعيب ملك البائع فاذا رد على المشتري يرده بخلاف المبيعين في غير النقود كمسئلة الهداية فانهما موجودان في ذلك فاذا قبله بدون القضاء فقد رضي بالعيب فلا يرده على بائعه سواء كان فيما من اطلاق المذكور بالنسبة الى موضع المسئلة غير محتاج الى هذا القيد وقوله وفي الجامع الصغير الخ انما ذكره لان ظاهره بخلاف القدوري فانه لم يقيد المسئلة فيه بكون العيب لا يحدث مثله وقيدها في الجامع حيث قال وان رد عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له ان يخاصم فقال انما قيد به ليعلم انه كذلك فيما يحدث مثله بطريق اولى لانه اذا لم يكن من الرد فيما لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة والناقصة والسن الشاعية فانتفاؤه فيما يحدث مثله كالمرض والمتعال والقروح مع احتمال انه حدث عند المشتري اولى قال المصنف وفي بعض روايات البيوع اي بيوع الاصل ان كان فيما يحدث مثله يرجع يعني على البائع الاول اذا رده بالتراضي للتيقن بقيام العيب عند البائع الاول وقد فعلا بغير قضاء ما لو رفع الى قاض فعله لان الرد متعين في هذا فكان فعلهما كفعل القاضي والمراد لا يحدث مثله مطلقا او في مدة كونه في ملك المشتري الاول الى رد المشتري الثاني قيل ووجه عامة الروايات ان هذا رد وثبت بالتراضي فكان كالبيع الجديد ولا نسلم انهما فعلا عين ما يفعله القاضي لان الحكم الاصلي في هذا هو المطالبة بالسلامة وانما يصار الى رد العين فاذا تعذر الى الرد لم يصح في حق غيرهما الا ترى ان البرد اذا امتنع وجب الرجوع بحصة العيب وفيما ذكر من المسائل الحق متعين لا يحتمل التحول الى غيره

قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا ليرد بخيار على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم المشترى البينة لانه انكر وجوب دفع الثمن حيث انكر تعين حقه بدعوى العيب دفع الثمن اولا ليتعين حقه بازاء تعين المبيع ولانه لو قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضى به صونا للقضاء فان قال المشترى شهودى بالشام استحلف البائع ودفع الثمن يعنى اذا حلف ولا ينتظر حضور الشهود لان فى الانتظار ضررا بالبائع وليس فى الدفع كثير ضرر به لانه على حجته اما اذا نكل لزم العيب لانه حجة فيه

فافترقا هذا كله فيما اذا كان الرد بالعيب من المشترى الثانى بعد قبضه اما اذا كان قبل قبضه فللمشترى الاول ان يرده على البائع الاول سواء كان بقضاء او بغير قضاء كما لو باع المشترى الاول للمشترى الثانى بشرط الخيار له او بيعا فيه خيار رؤية فانه اذا فسخ المشترى الثانى بحكم الخيار كان للمشترى الاول ان يرده مطلقا وعلمت ان الفسخ بالخيارين لا يتوقف على قضاء وقال فى الايضاح الفقه فيه ان قبل القبض له الامتناع من القبض عند الاطلاع على العيب فكان هذا تصرف دفع وامتناع من القبض وولايته الدفع عامة فظهر اثره فى حق الكل ولهذا لا يتوقف على القضاء فما بعد القبض فموجب العقد فتناسبه الا ان حقه فى صفة السلامة قائم فاذا لم يسلم له ثبت له حق الفسخ فجاز من هذا ان حق الفسخ بالعيب ما ثبت اصلا لان الصفقة تمت بالقبض بل لغيره وهو استدراك حقه فى صفة السلامة وانما ظهر اثره فى حق الكل لانه ثبت بولاية عامة ولو كان بالتراضى ظهر اثره فى حقها خاصة بخلاف الرد بخيار الرؤية والشرط لانه فسخ فى حق الكل لان حقه فى الفسخ ثبت اصلا لانهما يسلبان اللزوم فى اصل العقد فكان بالفسخ مستوفيا حقا له وولايته استيفاء الحق تثبت على سبيل العموم ولذا لا يتوقف على القضاء. قوله ومن اشترى عبدا وقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم المشترى بينة على البائع ان العيب كان عنده وعند مقتضى هذا التركيب انه اذا اقام هذا البينة يجبر على دفع الثمن وهو فاسد فقد ظهر الدين للثانى جبرا بهذا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم البينة فيستتم عدم الجبر انتهى ولا بد من تقدير اخر مع يحلف لان معناه ليس معنى يحلف البائع بل معناه يقضى له بالحلف وليس يلزم من الطلب الحلف منه الجبر على دفع الثمن بل اذا حلف وهو غير لازم بجواز ان ينكل فيستتم عدم الجبر فعدم الجبر ثبت مع احدى صورتى التحليف كما ثبت مع اقامة البينة وقيل لتقدير فعل عام يدخل تحته الغايتان اعنى الحلف واقامة البينة بهذا لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم به او بعدمه بان يحلف فيحلف او يقيم البينة ومنهم من اول لا يجبر ينتظر بدفع الثمن وانما قلنا انه لا يجبر على دفع الثمن اذا طالبه البائع به فادعى هو عيبا لانه انكر وجوب الثمن بدعوى العيب فانه به انكر تعين حقه لان حقه فى السليم فلم يقبضه فما قبضه ليس موجبا دفع الثمن عليه ووجوب دفع الثمن اولا ليتعين حق البائع بازاء تعين حق المشترى فى المبيع ولم يتعين لانه السليم وقد انكره واورد عليه ان الموجب للجبر قائم والمانع هو قيام العيب موهوم فلا يعارض المتحقق والجواب المنع قيام الموجب لانه البيع للسليم او هو مع قبضه وهو ينكره فهو محل النزاع وايضا فقد ثبت بادعاه فيه دى الى نقض القضاء بدفع الثمن وصيانة القضاء عن النقض ينبغى ما امكن فلو ان المشترى قال شهودى بالشام مثلا فامهلنى حتى احضرهم او اتيك بكتاب حكمى من قاضى الشام لا يسمع ذلك بل يستحلف البائع ويقضى بدفع الثمن ان حلف وان نكل رد المبيع وانما قلنا هذا لان فى الانتظار بالبائع كثير اضرار لان التاخير الى غاية غير معلومة تجرى مجرى الابطال خصوصا بعد قبض ما ل البائع على وجه المعاوضة وليس فى الدفع كثير اضرار بالمشترى لانه على حجته اذ له ان يقيم البينة بعد حلفه على البائع ويرد المبيع ويسترد الثمن بخلاف ما لو قال شهودى حضور فان الامهال هنا الى المجلس الثانى ولا ضرر فى هذا القدر على البائع فيمهل ولو قال احضر بينتى الى ثلاثة ايام اجلها ولیس هنا ما ينفذ فيه القضاء ظاهرا فانا عند ابى حنيفة رح لان ذلك فى العقود والفسوخ ولم يتناكر العقد بل حقيقة الدعوى دعوى ما ل على تقدير فالقضاء هنا بدفع الثمن الى غاية حضور الشهود بالمستقط وهذا صريح فى قبول البينة بعد الحلف ولا خلاف فيه فى مثله اعنى اذا قال لى بينة غائبة او قال ليس لى بينة حاضرة ثم اتى ببينة تقبل

قال ومن اشترى عبدا فادعى اباقا فالقول للبائع حتى يقيم المشترى البينة انه ابق عنده والمراد التحليف على انه لو ابق عنده لان القول وان كان قوله ولكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب في يد المشترى ومعرفته بالحجة فاذا اقاموها حلف بالله تعالى لقد باعه وسلمه اليه وما ابق عنده قط كذا قال في الكتاب وانشاء حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذى يدعى او بالله ما ابق عندك قط اما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لان فيه ترك النظر للمشترى لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والاول هو المروى عن ابى حنيفة والثانى يوافق تعلقه بالشرطين فتأمل وله في يمينه على ما وقت للتسليم دون البيع

واما اذا قال لا بينة لى فحلف خصمه ثم اتى ببينة فى ادب القاضى تقبل فى قول ابى حنيفة وعند محمد لا تقبل ولا يحفظ فى هذا رواية عن ابى يوسف وفى الخلاصة من رواية الحسن عن ابى حنيفة تقبل وفى جمع الصفار فى قبول البينة عن اصحابنا روايتان نعم تحليف البائع فى مسئلة الكتاب يخالف ما فى روضة القضاة اذا قال بينتى غائبة لم يحلف عند ابى حنيفة وعند ابى يوسف يحلف وكذا لو قال لى بينة حاضرة فى المصر فاحلفه ثم اتى بها لا يحلف فى قوله خلافا لابى يوسف وقوله اما اذا كان لا يلزم العيب لانه يعنى النكول حجة فيه اى فى ثبوت العيب وقيد به لان النكول ليس حجة فى كل شئ اذ ليس حجة فى الحدود والقصاص بالاجماع ولا فى الاشياء الستة عند ابى حنيفة رح قوله ومن اشترى عبدا فادعى المشترى اباقا عنده وعند البائع فاراد تحليف البائع على عدم الاباق عنده لا يحلف حتى يقيم المشترى البينة انه ابق عنده اى عند المشترى لانه ح يثبت العيب فتصح الخصومة فيه وانما لزم ذلك لان القول وان كان قوله اى قول البائع لكن لا يعتبر انكاره ولا يتوجه اليمين عليه الا بعد ثبوت قيام المدعى سببا للرد ومعرفته اى معرفة قيام العيب بالحجة عند انكاره وهذا فى دعوى نحو الاباق مما يتوقف الرد فيه على وجود العيب عندهما اما فى عيب لا يتوقف رد على عوده عند المشترى كولادة الجارية وكذا الجنون على خلاف المختار فلا وعرف ان معنى المسئلة ان يدعى اباقا فينكر قيامه فى الحال فيحتاج الى اثباته اما لو اعترف البائع به فانه يسأل عن وجوده عنده فان اعترف رده عليه بالتماس المشترى وان انكر طولب المشترى بالبينة على ان الاباق وجد عند البائع فان اقامها رده والا حلف بالله عز وجل لقد باعه وسلمه وما ابق عنده قط قال المصنف كذا قاله فى الكتاب اى الجامع فان عبارته هكذا فاذا اقام على ذلك البينة استحلف البائع بالله لقد باعه وقبضه وما ابق قط قالوا وان شاء حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذى يدعى به او بالله ما ابق عندك قط كل من هذه العبارات حسنة بقيت عبارتان محتملتان وهما ان يحلف بالله لقد باعه وما به هذا العيب الا لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب قالوا لا يحلف كذلك لان فيه ترك النظر للمشترى لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد فاذا افرض حدوث العيب كذلك فحلف لقد باعه وما به هذا العيب كان بارا فى يمينه واما بقية وسلمته وما به هذا العيب فكذلك لان هذه العبارة صادقة اذا كان حدوث العيب بعد البيع قبل التسليم فقد يكون حدوث العيب كذلك فيبر ولو البائع فى يمينه اى يقصد تعلق عدم العيب بالشرطين جميعا وهما البيع والتسليم على ظن ان صدقه لغة على تقدير قصده اليه يوجب بره شرعا وليس كذلك فان تأول كذلك لا يخلصه عند الله تعالى من ذلك اليمين بل هى يمين غموس والاخصر مع الوفاء بالمقصود ان يحلف بالله ما ابق عندى قط ولو لم يجد المشترى بينة على وجود العيب عنده واراد تحليف البائع ما يعلم انه ابق عند المشترى يحلف على قولهما واختلف المشايخ فى قول ابى حنيفة هل يحلف وتحقق الخصومة او يحقق العجز عن الخصومة فعن القاضى ابى الهيثم ان الخلاف مذكور فى النوادر عنده لا يحلف وعندهما يحلف وفى شرح الجامع الكبير للشيخ ابى المعين النسفى قال بعض مشايخنا منهم شيخ الامام ابو بكر محمد بن حامد لا خلاف فى هذه المسئلة وتخصيص قولهما بالذكر لا يدل على ان قول ابى حنيفة خلاف قولهما وانما يحلف على العلم لانه حلف على فعل الغير بخلاف حلفه على انه ما كان عنده فقيل لانه وان كان على فعل الغير لكن الحلف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا لم يكن الحالف مدعيا العلم به اما اذا كان مدعيا فلا الا ترى ان المودع اذا ادعى قبض المودع لها يكون القول له ويحلف على البتات مع انه فعل الغير وقيل ليس حاصله فعل الغير بل فعل نفسه وهو تسليمه سليما وهو قول الامام السرخسى والاول اوجه فان معنى تسليمه سليما ليس المراد منه السلامة فى حال التسليم بل بمعنى سلمته والحال انه لم يفعل السرقة عندى فيرجع الى الحلف على قول الغير وارد على الاول مسلمان احدهما المواعاة جلان عبدا من اخر صفقة واحدة ثم مات احدهما فورثها البائع الاخر ثم ادعى المشترى عيبا فانه يحلف فى نصيبه بالجزم وفى نصيب مورثه بالعلم

ولو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده واراد تحليف البائع بالله ما تعلم ان ابق عنده يحلف على قولهما واختلف المشائخ على قول ابي حنيفة رحمه الله فيما اذا كان الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذا يترتب التحليف وله على ما قاله البعض ان التحليف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب وانما نكل عن اليمين عنده ما يحلف ثانيا للرد على الوجه الذي قدمناه قال رضي الله عنه اذا كان الدعوى في اباق الكبير يحلف ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ

عند محمد مع انه يدعي العلم بانتفاء العيب الثانية اذا باع الثقاوضان عبدا وغاب احدهما فادعى المشتري عيبا يحلف الحاضر على الجزم في نصيب نفسه وعلى العلم في نصيب الغائب مع ادعائه علما بذلك كما قلنا انتهى والوجه عندي ان يستشكل ما نحن فيه على امرين المسئلتين لا عكسه لان تحليفه في نصفه على العلم وفي نصفه الاخر على البتات وهو واحد اعني العيب في ذات واحدة هو المشكل فالوجه ما ذكرنا والمسئلتان مشكلتان لانه ان علم بالعيب كان علمه بالنسبة الى النصفين وجهله كان ايضا كذلك الا ان يكون معنى المسئلة ان العبد كان عند كل من الشريكين مدة فيحلف هذا الوارث على البتات ما ابق عندي وعلى العلم ما اعلم انه ابق عند شريكي فليكن محملها ذلك وعلى هذا فلو لم تكن اقامة البعد الا عند هذا الشريك لا يحلف الا على البتات ويكتفي بذلك لان هذا غير معلوم فيحلف كما ذكروا ولو لم تكن اقامة الا عند الذي مات لا يحلف الا على البتات لان العقد يقتضي وصف السلامة واعلم انا ما قطارحنا انه لم يابق عند البائع وابق عند المشتري وكان ابق عند اخر قبل هذا البائع ولا علم للبائع بذلك فادعى المشتري ذلك واثبته يرده لانه بسبب العقد وجب على هذا البائع التسليم ولو لم يقدر على اثباته له ان يحلفه على العلم وكذا في كل عيب يرد بكرره ووجه قوله على تقدير الخلاف وهو ما قاله البعض ان التحليف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب واذا نكل البائع عن اليمين على وجود العيب عند المشتري يحلف ثانيا للرد على الوجه الذي قدمناه لانه بنكوله انزل مقر ابوجود العيب عند المشتري فتوجهت الخصومة فيه فيحلف على انه ما وجد عنده الى اخر ما ذكرنا وقوله التحليف يترتب على دعوى صحيحة قيل ليفيد ان البينة لا يلزم ترتبها عليها بل تكون بالدعوى اصلا في الحدود وكذا على انه وكيل او وارث ولا دعوى اصلا في دعوى غير صحيحة اولى وفي الكافي الاصح انه لا يحلف لان التحليف شرع لدفع الخصومة لا لاثباتها وبهذا الوجه البائع يحدث بينهما خصومة اخرى لا يخفى ضعف هذا الكلام فان توجه اليمين هو من الخصومة فيها انتهى خصومة لا تندفع وكثيرا ما يترتب خصومات بعضها على بعض يكون منتهى بعضها مبدأ اخرى واما قوله في الوجه الحلف انما يترتب على دعوى صحيحة فنقول ان كان المراد بالصحيحة ما يستحق بها الجواب فهذه كذلك لانه اذا ادعى انه وجد عنده عيب في المبيع وقد وجد عند البائع فلا شك ان القاضي يطلب جوابه عن ذلك الا ترى الى قولهم فان اعترف ان الامر كذلك وعليه ان انكر وجوده عنده وقد عرف وجوده عند المشتري فعلى المشتري البينة فان عجز عنها حلف الى اخره او اعترف بوجوده عنده وانكر وجوده عند المشتري وكل ذلك فرع الزامه بالجواب باحد هذه غير انهم لا يوجبون عليه اليمين على عدمه عنده حتى تثبت المقدمة الاولى وهو وجوده لان تحليفه على ذلك لا يفيد مقصود المشتري من الرد ان لم يثبت عوده عنده فلا يترتب عليه فائدة الا بعده فوجب تقديمه وكذا لو كان العيب مما يخفى للرد وجوده عند البائع فقط كولادة الجارية وكونها ولدت حلف عليه ابتداء غير متوقف على غير ذلك وبهذا ظهر ان لا فرق بين دعوى العيب ودعوى الدين في ان كلا منهما يستدعي جوابا بما يليق بالحال وان تكلف الفرق مع ضعفه بناه على ان الخصومة هناك تتجه قبل اثبات الدين وهنا لا تتجه الا بعد اثبات العيب غلط وانما هذه خصومة الغرض منها رد المبيع وتلك خصومة الغرض منها رد الدين وكل منهما يستدعي الجواب فكما ان له ان يجيب هنا بانكار العيب عندهما راسا كذلك له ان يجيب بانكار الدين راسا بمعنى انه لم يثبت قط ثم كما ان عليه ان يثبت دخول العيب في الوجود بالبينة او النكول كذلك عليه ان يثبت دخول الدين في الوجود كذلك واذا ثبت دخوله في الوجود طالبه برده اليه فكذلك في العيب يطالبه برد الثمن ورده اي المبيع فاذا تأملت لا فرق والله اعلم فالوجه ما قالا من الزام اليمين على العلم ونفي الخلاف كما ذكر البعض لانه ادعى عليه بمعنى لو اقر به لزمه المال فعليه

قال ومن اشترى جارية وتقابضا فوجد بها عيبا فقال البائع بعتك هذه واخرى معها وقال المشترى بعتنيها واحدة فالقول قول المشترى لان الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون القول للقابض كما في الغصب وكذا اذا انفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض

بيان

اليمين لرجاء النكول وكونه بمجرد اليمين لا يثبت المال الا بعد يمين اخرى على وجوده عند البائع لا يضر لانه اذا توقف ثبوت الحق على امرين لم يكن بد من اثبات كل منهما ثم قال المصنف رح قال العبد الضعيف يعني نفسه اذا كانت الدعوى في اباق العبد الكبير يحلف البائع ما ابق عندي منذ بلغ مبلغ الرجال لانه عساه ابق عنده في الصغر فقط ثم بلغ عند المشتري بعد البلوغ وذلك لا يوجب الرد لاختلاف السبب على ما تقدم فلو الزمناه الحلف ما ابق عنده قط اضررنا به والزمناه ما لا يلزمه ولو لم يحلف اصلا اضررنا بالمشتري فيحلف كما ذكرنا وكذا في كل عيب يدعى ويختلف فيه الحال فيما بعد البلوغ وقبله بخلاف ما لا يختلف كالجنون وقد ظهر مما ذكرنا كيفية ترتيب الخصومة في عيب الاباق ونحوه وهو كل عيب لا يعرف الا بالتجربة والاختبار كالسرقة والبول في الفراش والجنون والزنا وبقي اصناف اخرى كذا ذكرها قاضي خان هي مع ما ذكرنا تتمة اربعة انواع الاول ان يكون عيبا ظاهرا لا يحدث مثله اصلا او من وقت البيع الى وقت الخصومة كالاصبع الزائدة والعمى والناقصة والسن الشاعية اي الزائدة فالقاضي فيها يقضي بالرد اذا طلب المشتري بين غير تحليف للتيقن به في يد البائع والمشتري الا ان يدعي البائع رضاه به او العلم به عند الشراء او الابراء منه فاذا ادعاه سأل المشتري فان اعترف امتنع الرد وان انكر اقام البينة عليه فان عجز يستحلف ما علم به وقت البيع او ما رضي به ونحوه فان حلف رده وان نكل امتنع الرد والثاني ان يدعي عيبا باطنا لا يعرفه الا الاطباء كوجع الكبد والطحال فان اعترف به عند هما رده وكذا اذا انكره فاقام المشتري البينة او حلف البائع فكل الا ان ادعى الرضا فيعمل ما ذكرنا وان انكره عند المشتري يريه طبيبين مسلمين عدلين والواحد يكفي والاثنان احوط فاذا قالا ذلك يخاصمه في انه كان عنده الثالث ان يكون عيبا لا يطلع عليه الا النساء كدعوى الرتق والقرن والعقل والثيابة وقد اشترى بشرط البكارة فعلى هذا الا انه اذا انكر قيامه في الحال رأيت النساء والمرأة العدل كافية فاذا قالت ثيبا او قرنا ردت عليه بقولها عندهما كما تقدم واذا انضم اليه تكوله عند تحليفه غير ان القرن ونحوه ان كان مما لا يحدث يرد عند قول المرأتين هي قرنا بالخصومة في ان ذلك كان عند البائع للتيقن بذلك كما في الاصبع الزائدة الا ان يدعي رضا فعلى ما ذكرنا وفي شرح قاضي خان العيب اذا كان مشاهدا وهو مما لا يحدث يؤمر بالرد وان كان مما يحدث واختلف في حدوثه فالبينة للمشتري لانه يثبت الخيار والقول للبائع لانه ينكر الخيار وهذا يعرف مما قدمناه ولو اشترى جارية وادعى انها خنثى يحلف البائع لانه لا ينظر اليه الرجال ولا النساء ولو وجد به عيبا فقال له البائع تبيعه قال نعم يلزمه لانه عرض على البيع ولو قال بعه فان لم يشتر رده على عرضه فلم يشتر سقط الرد ولو وجد البائع الثمن زيوفا فقال المشتري للبائع انفقه فان لم يرج رده على فانفق فلم يرج رده استحسانا ولو كان ثوبا فقال هو قصير فقال البائع اره الخياط فانه يقطعه والا رده ففعل فاذا هو قصير فله الرد اشتري ليست كفنا ثم وجد به عيبا لا يرده ولا يرجع بالارش حتى يحدث به عيب مانع من الرد وفي المغنية لو وجدها مغنية فخاصم بائعه فيه ثم ترك الخصومة اياما ثم عاد اليها فقال له بائعه لم اسكت عن الخصومة مدة فقال لا نظر انه يزول او لا فله رده كذا في المجتبى قوله ومن اشترى جارية او غيرها من الاعيان وتقابضا وتقابض البائع الثمن والمشتري الجارية فوجد بها المشتري عيبا فجاء ليردها فاعترف البائع بما يوجب الرد الا انه قال بعتك هذه واخرى معها وانما يستحق على رد حصته هذه فقط لا كل الثمن وقال المشتري بعتنيهما واحدة فارد جميع الثمن ولا بينة لاحد فالقول قول المشتري لان هذا اختلاف في مقدار المقبوض والقول فيه قول القابض امينا كان او ضمينا لانه ينكر زيادة يدعيها عليه البائع ولان البيع انفسخ في المردود بالرد وذلك يسقط الثمن عن المشتري والبائع يدعي لنفسه بعض الثمن عليه بعد ما ظهر سبب السقوط والمشتري ينكر فالقول قوله وصار كالغصب اذا ادعى المغصوب منه انه غصبه هذا مع اخرا وحدث

قال ومن اشترى عبدين صفقة واحدة فقبض احدهما وجد به عيبا فانه يأخذه بعيبه خاصة لان الصفقة تفرقت بقبضه فيكون تفريقا بقبض المالك وقد ذكرناه وهذا لان القبض لا شبه بالعقد فالتفريق به كالتفريق بالعقد وكذا وجد بالمقبوض عيبا لما ذكرنا وهو قول ابي يوسف الا انه يرده خاصة والاصح انه يأخذهما او يردهما لان تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعه وكذا قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا يرده خاصة خلافا لزفر وهو يقول فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر كان الدافع جرت بينهم الجيد الى الرد فاشبه ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط ولنا انه تفريق الصفقة بعد التمام لان بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب في خيار الرؤية والشرط لا يتم على ما مر وهذا لان الواجب حق لا يتجزأ ولا يتبعض ليكون له ان يرد الاخر قال ومن اشترى شيئا مما يكال او يوزن فوجد ببعضه عيبا رده خاصة واخذ كله او ترك كله مراده بعد ما تبين ان الكيل اذا كان من جنسين او جنس واحد فبكتة واحدة لانه لو رد بعيب ما يكال او يوزن فوجد احد النوعين معيبا رد ذلك النوع خاصة لان الصفقة تفرقت بقبض ما لا شركة فيه فاشبه ما لو اشترى عبدين فقبض احدهما ووجد بالآخر عيبا وهذا لان الكيل او الوزن لا يتم الا بالكل فكان كل واحد منهما بمنزلة عبدين حتى لو هلك احدهما او وجد فيه العيب دون الآخر

فيه زيادة فانكر العاصب فالقول قوله ولنا اذا التقيا على مقدار المبيع بان اتفقا على ان المبيع جاريتان ثم قال البائع قبضتهما وانما استحق حصة هذه وقال المشتري لم اقبض من المبيع سوى هذه يكون القول قول المشتري لما بينا من ان القول قول القابض قوله ومن اشترى عبدين وتبين وجودهما صفقة واحدة وقبض احدهما ووجد بالآخر الذي لم يقبض عيبا فانه بالخيار ان شاء اخذهما بجميع الثمن وان شاء ردهما وليس له ان يأخذ السليم ويرد المبيب بحصته من الثمن في هذه الصورة لان الصفقة انما تتم بقبضهما لانهما انما تتم بقبض كل المبيع ولم يوجد فيكون رد احدهما وحده تفريقا للصفقة قبل التمام وهذا اي كون رد احدهما بعد قبض احدهما فقط تفريقا للصفقة قبل تمامها بناء على ان تفريقها قبل القبض كتفريقهما في نفس العقد فيما اذا قال بعتكهما بالف فقال قبلت في هذا بخمسمائة وانما كان كذلك لان القبض له شبه بالعقد لانه يثبت ملك التصرف كما يثبت العقد ملك الرقبة ولانه اعني القبض موكد لما اثبته العقد حتى ان الشهود بالطلاق قبل الدخول اذا رجعوا يضمنون نصف المهر لانه كان على شرف الزوال بتمكينها ابن الزوج مثلا ونحوه فالشهود بشهادتهم اكدوا لزومه وحققوه وما قيل في تمامه وحكم الشبه بحكم الشبه بخلاف الصلوة للنار وعلى النجاسة حرام ولو صلى وبين يديه نار او ثوبه نجاسة كان مكروها ليس تمثيلا صحيحا فان الثابت بالكراهة وانما يكون حكمه حكمه ولو ثبتت الحرمة هذا اذا كان العيب في غير المقبوض فلو وجد العيب في المقبوض اختلفوا فيه يردي عن ابي يوسف انه يرده خاصة لان الصفقة تامة في المقبوض والصحيح انه يأخذهما او يردهما لان تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم لكله فما لم يقبض الكل لا تتم فيكون تفريقا قبل التمام وصار تمام الصفقة كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول الحبس دون قبض جميعه حتى لو بقي من الثمن درهم كان له ان يمنع جميع المبيع عليه ولو قال المشتري انا امسك المعيب واخذ النقصان ليس له ذلك فاما لو كان قبضهما اعني العبدين ثم وجد باحدهما عيبا فان له ان يرده خاصة خلافا لزفر هو يقول فيه اي في رده وحده تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان العادة ضم الجيد الى الردي للترويج الردي وفي الزامه المعيب وحده الزام هذا الضرر فاستوفى ما قبل قبضهما وما بعده في تحقق المانع من رده وحده واشبه خيار الشرط والرؤية في ان الصفقة لا تتم اذا كان فيها احد الخيارين هكذا ذكر خلاف زفر في المبسوط وغيره وقال القدوري في التقريب قال اصحابنا اذا اشترى عبدين صفقة واحدة فوجد باحدهما عيبا بعد القبض رده خاصة وان كان قبل القبض ردهما وقال زفر يرد المعيب في الوجهين لان العقد صح فيهما والعيب وجد باحدهما فصار كما بعد القبض وذكر صاحب المختلف والمنظومة مثل ما ذكر القدوري على خلاف ما ذكر المصنف وشمس الائمة وهو محمول على اختلاف الرواية عن زفر ولنا انه تفريق الصفقة بعد التمام لان بالقبض تتم في خيار العيب بخلاف خيار الرؤية والشرط والتفريق بعد التمام جائز شرعا بدليل انه لو استحق احدهما بعد القبض ليس له ان يرد الآخر بل يرجع بحصته المستحق على البائع مع انه تفرقة الصفقة على المشتري والضرر الذي لزم البائع جاء من تدليسه لما قدمنا من ان ظاهر ان البائع عالم بحال المبيع وصار كما لو سمى لكل واحد ثمنا او شرط الخيار في احدهما بعينه ثم هذا انما يكون اذا زاد احدهما دون الآخر في الانتفاع كالعبدين اما اذا لم يكن في العادة كنعلين او خفين او مصراعي باب فوجد باحدهما عيبا فانه يردهما او يمسكهما لان الاثنين في المعنى والصفة كشيء واحد والمعتبر هو المعنى وفي الايضاح والفوائد الظهيرية ولهذا قال مشائخنا لو اشترى زوجي ثور وقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا وقد تلف احدهما الآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب خاصة قوله ومن اشترى شيئا مما يكال كالحنطة والشعير او يوزن كالسمن والزعفران وغير ذلك فوجد ببعضه عيبا رده كله او اخذه كله ومراده اذا كان الاطلاع على العيب بعد القبض اما لو كان قبله فلا فرق

ولو استحق بعضه فله الخيار له في رد ما بقي لانه لا يضره التبعيض فلا استحقاق لا يمنع تمامها والصفقة لان تمامها برضاء العاقد لا برضاء المالك وهذا اذا كان بعد القبض اما لو كان ذلك قبل القبض لم يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام وان كان ثوبا فله الخيار لان التشقيص عيب وقد كان في قبضه حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون

بين المكيل والموزون وغيرهما كالثياب والعبيد في انه يرد الكل او يحبس الكل بخلاف ما بعد القبض فانه يجوز رد المعيب خاصة في غير المكيل والموزون دونهما وانما قلنا بعد القبض يرد الكل لان المكيل اذا كان من جنس واحد كالحنطة والشعير وهو كشيء واحد فان الانتفاع والتقوم لا يتحقق باحاد حبات القمح منفردة بل مجتمعة فكانت الاحاد المتعددة منها كالشيء الواحد ثوب او بساط ونحوه الا ترى انه يسمى المتعدد منه المجتمع باسم واحد كالكر والوسق والصبرة فلا يمكن من رد البعض خاصة كما لا يمكن من رد بعض الثوب بخلاف الثوبين والعبدين فانه يرد قبضهما رد المعيب خاصة لانهما شيآن حقيقة وتقوما وانتفاعا لا يوجب افراد احدهما عن الآخر عيبا احداثا فيه قيل هذا يعني كونه يرد الكل اذا كان في وعاء واحد اما اذا كان في وعاءين كما اذا اشترى عدلي حنطة صفقة فوجد باحدهما عيبا فانه يرد ذلك العدل خاصة كذا ذكره فخر الاسلام قال لان تميز المعيب من غيره يوجب زيادة عيب في المعيب فانه اذا كان مختلطا بالجيد يكون اخف عيبا مما اذا انفرد فلو رد كان مع عيب حادث عند المشتري بخلاف ما اذا كان في وعاءين فرد احدهما المعيب فانه لا يوجب زيادة عيب قال الفقيه ابو الليث هذا التعليل يصح على قول محمد خاصة واحدى الروايتين عن ابي يوسف لا على قول ابي حنيفة فانه روى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة في المجردان رجلا لو اشترى احدهما ثم وجد بعدل منهما عيبا فان كان الثمر كله من جنس واحد ليس له ان يرد المعيب خاصة لان الثمر اذا كان من جنس فهو بمنزلة شيء واحد وليس له ان يرد بعضه دون بعض وذكر الناطفي رواية بشر بن الوليد لو اشترى رقمين من سمن او سلتين من زعفران او حملين من القطن او الشعير وقبض الجميع له رد المعيب خاصة الا ان يكون هذا والآخر سواء فاما ان يرده كله او يتركه كله فقد رأيته كيف جعل الثمر اجناسا سامع ان الكل جنس الثمر فعلى هذا يتقيد الاطلاق ايضا في نحو الحنطة فانها تكون سعيدية وبحرية وهما جنسان تيفا وتان في الثمن والعجمين وتقيد اطلاق فخر الاسلام ان في الاعدال يرد المعيب خاصة بل ذلك اذا كان باقي الاعدال من غير ذلك الجنس مما هو مندرج تحت مطلق جنسه بان يكون بعض الاعدال برنيا وبعضها لبانة فيرد ذلك خاصة اما اذا كان الاعدال من جنس واحد بان يكون كلها برنيا او بجانيا او زغدا وعراقية فيرد الكل والعبرة كالعدل الواحد وان كثرت بجريان ما ذكرنا من وجه منع رد المعيب وحده فيها قوله ولو استحق بعضه اي بعض المكيل او الموزون فله الخيار للمشتري في رد ما بقي بل يلزمه ان يرده لانه لا يضره التبعيض وروى عن ابي حنيفة ان له رده دفعا لضرر مؤنة القسمة وجه الظاهر انه لا يضره التبعيض لا في القيمة ولا في المنفعة اما في القيمة فان المد من القمح يباع حلي وزان ما يباع به الاردب والغرارة ما في المنفقة فظاهر فلا يتضرر به بخلاف غيره فانه ان كان مما ينفصل يصير معيبا بتبعيضه فان الفصل من الثوب كالذراع اذا نودي عليه في السوق لا تبلغ قيمته متصلا ما بقي الثوب وان كان مما لا ينفصل كالعبد يصير معيبا بالعيب الشركة بخلاف المكيل لا تعيب بالشركة فانها ان شاركته في الحال فانتفع كل بنصيبه كما يجب ومؤنة القسمة مختلفة وقد تقوم بكيل عبد بها وغلامها وقوله والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة جواب عن سؤال هو انه ينبغي ان يكون له رد ما بقي في صورة الاستحقاق كما يلزم تفريق الصفقة على المشتري للمستحق عليه فاجاب بان تفريق الصفقة انما يمتنع قبل التمام لا بعده وقد تحقق تمام هذه الصفقة حيث تحقق القبض ولم يظهر بعد ذلك الا الاستحقاق والاستحقاق لا يمنع تمامها لان تمامها برضا العاقد وقد تحقق لا برضا المالك يعني المستحق ولذا قلنا اذا اجاز المستحق لبدل الصرف وراس مال السلم بعد افتراق العاقدين بقي العقد صحيحا فعلم ان تمام العقد يستدعي تمام رضى العاقد لا المالك و قوله وهذا اي كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد اذا كان بعد القبض اما اذا كان قبل القبض فله ان يرد الباقي لتفرق الصفقة عليه قبل التمام لان تمامها بعد الرضا بالقبض ولو كان المستحق ثوبا ونحوه كعبد وكتاب فله الخيار ولان التشقيص في الثوب عيب والشركة في العبد عيب فله الخيار بين رد الكل او امساك

ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا قد داواها او كانت دابة فركبها في حاجة فهو رضا لان ذلك دليل قصده الاستيفاء بخلاف خيار الشرط لان الخيار هناك للاختبار وانه بالاستعمال فلا يكون الركوب مسقطا وان ركبها ليردها او ليسقيها او ليبيعها حلفا فليس برضا اما الركوب للرد فلانه سبب الرد والجواب في السقي واشتراء العلف محمول على ما اذا كان لا يجد بدا منه اما لصعوبتها او لكبره او لكون العلف في محله واحترازا عما اذا كان يجد بدا منه لانعدام ما ذكرناه يكون رضا

فلانه شريكا لا يقال ينبغي ان عيبت له خيار رد الكل لانه حدث عنده عيب بالاستحقاق اجاب بقوله وقد كان الخ اي هذا العيب اعني عيب الشركة كان ثابتا وقت البيع وانما تأخر ظهوره والظهور فرع سابقة الثبوت فلم يحدث العيب عند المشتري بل ظهر عنده فلم يمنع الرد بخلاف تعيب الجيد من الردي في المكيل اذا كان في وعاء واحد وكان صبرة فانه عيب حدث عنده فلا يمكنه الا رد الكل قوله ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا ونحوه من مرض او غير مرض فداواها او كانت دابة فركبها في حاجته اي حاجة نفسه وفي بعض نسخ حاجته فهو رضا لان ذلك دليل قصد الاستيفاء بخلاف خيار الشرط اذا ركب فيه مرة لحاجة نفسه او لبس الثوب مرة لا يكون مسقطا للخيار لان ذلك الخيار للاختبار وهو بالاستعمال فلا يكون ركوبه لحاجته مرة والاستخدام مرة مسقطا له فصار جنس هذه المسائل ان كل تصرف من المشتري يدل على الرضا بالعيب بعد العلم به يمنع الرد والارش فمن ذلك العرض على البيع والاجارة واللبس والركوب لحاجته والمداواة والرهن والكتابة والاستخدام ولو مرة بعد العلم بالعيب بخلاف خيار الشرط فانه لا يسقط الا بالمرة الثانية لان الاولى للاختبار الذي لاجله شرع الخيار فلم تكن الاولى دليل الرضا اما خيار العيب فشرعيته للرد ليصل المشتري الى رأس ماله اذا عجز عن وصف الجزء الفائت اليه بغير المرة الاولى فيه لا يصير بها عن كونها دليل الرضا صار ف هذا بالاتفاق انما الخلاف فيما اذا اخر الرد مع القدرة عليه بالتراضي او بالخصومة بان كان هناك حاكم فلم يفعل ولم يفعل ما يدل على الرضا فعندنا لا يبطل خيار الرد سنة وعند الشافعي يبطل والتقييد بالحاجة لانه لو ركبها لينقيها او يردها على بائعها او يشتري لها علفا فليس برضا وله الرد بعد ذلك اما الركوب للرد فانه سبب الرد فانه لو لم يركبها احتاج الى سوقها فربما لا تنقاد او تتلف مالا في الطريق للناس ولا تحفظها عن ذلك الا الركوب والجواب في السقي وشراء العلف محمول على حاجته الى ذلك فيها لانها قد تكون صعبة تفتي قودها ليسقيها او يحمل عليها علفها ما ذكرناه مع كونه قد يكون عاجزا عن المشي او يكون العلف في عدل واحد فلا يتمكن من حمله عليها الا اذا كان راكبا فيقيده بعدل واحد لانه لو كان في عدلين فركبها يكون الركوب رضا ذكره قاضي خان وغيره ولا يخفى ان الاحتمالات التي ذكرنا في ركوبها للسقي انها لا تمنع الرد معها تجري فيما اذا كان العلف في عدلين ثم ركبها فلا ينبغي ان يطلق امتناع الرد اذا كان العلف في عدلين ولو اختلفا فقال البائع ركبتها لحاجتي فشككت وقال المشتري لا ردها عليك فالقول قول المشتري فاما لو قال البائع ركبتها للسقي بلا حاجة لانها تنقاد وهي ذلول ينبغي ان يسمع قول المشتري لان الظاهر ان المصنوع للركوب بلا ابطال حق الرد خوف المشتري من شيء مما ذكرنا لا حقيقة الجموح والصعوبة والناس يختلفون في تحمل اسباب الخوف فرب رجل لا يخطر بخاطره شيء من ذلك الاسباب وآخر بخلافه نعم لو حمل عليها علفا لغيرها كان رضا بركبها اولم يركبها قوله وجد بالدابة عيبا في السفر فله ان يحبسها على حمله عليها ويرد بعد انقضاء سفره وهو معذور قوله ومن اشترى عبدا قد سرق عند البائع وعلى ما ذكرنا ما قع في المختار لا فرق بين ان يسرق عند البائع او غيره ولم يعلم المشتري به اي بفعله السرقة لا وقت البيع ولا وقت القبض وسيأتي فائدة هذا القيد فقطع عند المشتري فله ان يرده على بائعه ويأخذ الثمن كله سواء عند ابي حنيفة رح هكذا في عامة شروح الجامع الصغير وبعض روايات المبسوط وفي جامع التمرتاشي وفي بعض روايات المبسوط يرجع بنصف الثمن ووفق بما ذكر في المبسوط حيث قال وعند ابي حنيفة رح يرجع بنصف الثمن لان القطع كان مستحقا بسبب كان عند البائع واليد من الاولى نصفه فيتنقص قبض المشتري في النصف فيثبت للمشتري الخيار ان شاء رجع بنصف الثمن وان شاء رد ما بقي ورجع بجميع الثمن كما لو قطعت يده عند البائع ولما ثبت الخيار بين رده وامساكه كان قول من قال يأخذ الثمن كله منصرفا الى اختياره رد العبد المقطوع وقول من قال يرجع بنصف الثمن

قال ومن اشترى عبدا فقتله رجل قطع به فقطع عند المشترى له ان يرده ويأخذ الثمن عند ابي حنيفة رح وقالا يرجع بما بين قيمته سارقا الى غير سارق وهذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد في يد البائع والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما فان الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وانه لا ينافي المالية فتفوت التقابض فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده وصار كما اذا اشترى جارية حاملا فماتت في يده بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى قيمتها حائلا وصار كما اذا قتل المغصوب او قطع بعد الرد بالجناية وجرت في يد الغاصب وما ذكر من المسئلة ممنوعة مضافا الى السبب السابق وصار كما اذا قتل المغصوب او قطع بعد الرد بالجناية وجرت في يد الغاصب وما ذكر من المسئلة ممنوعة

مستصرفا له اختيار امساكه وفي شرح الطحاوي للاسبيجابي لو قطعت يده ثم قبض الى آخر الصورة ان شاء رضي بالعبد الاقطع ورجع بنصف الثمن ومن شاء ترك وفي قول ابي يوسف ومحمد لا يرده ولكنه يرجع بنقصان العيب لقوم عبدا وجب عليه القطع وعبدا لم يجب عليه القطع ويرجع بازاء النقصان من الثمن الا اذا رضي البائع ان يرده فيرده ويرجع بجميع الثمن وح فلا يخفى ما في نقل المقتصر في جواب المسئلة كما لهما ان له ان يرده يرجع بالكل وما في نقل في الحصر المختلف فيما اذا قطعت يده عند المشتري ليس له عند البائع ان يرجع بنصف الثمن بين الايقاع في الالباس واقرب بالبطلان انهار وابيان جنه ولا ما ظهر من الجواب المفصل ابتدارا كما ذكرنا وعبارة الهداية اخف فانه قال فله ان يرده ويأخذ الثمن فانها لا تحتمل ان له شيئا آخر لكن لا يجوز الاقتصار على هذا الا اذا كان ماله من الآخر السكوت عنه متفقا عليه فاقتصر على محل الخلاف لكن الفرض ان الخلاف ثابت في الآخر وهو اذا امسكه فانه يأخذ النصف عنده وعندهما لا يرجع بالنقصان ويمسكه وقوله وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد عند البائع بمن قتل عمدا أو رده ونحو ذلك يعني قتل عند المشتري ترجع بكل الثمن حتما وعندهما يقوم حلال الدم وحرامه فيرجع بمثل نسبته التفاوت بين القيمتين من الثمن قال المصنف والحاصل انه اذا تقرر القطع اي ثبوته في العبد بمنزلة الاستحقاق ولو استحق كله رجع بالكل او نصفه كان بالخيار بين ان يرده الباقي ويرجع بالكل وبين ان يرجع بنصف الثمن ويمسك النصف فكذا هنا وعندهما ذلك بمنزلة العيب يعني في الحكم ولا فهو عيب عندهما لا بمنزلة العيب وفي المبسوط فان مات العبد من ذلك القطع قبل ان يرده لم يرجع الا بنصف الثمن لان النفس ما كانت مستحقة في يد البائع لينتقض قبض المشتري في النصف لهما ان الموجود عند البائع سبب القتل والقطع وثبوت سبب ذلك لا ينافي مالية العبد ولهذا صح بيعه وعتقه ولو مات كان الثمن مقررا على المشتري وليس لولي القصاص حق في ماليته وكذا لو كان ولي القصاص يأتي شرار المشتري اياه صح شراؤه ولو كان له حق في ماليته لم يصح كما لو اتى المرتهن جنى عبد الرهن لم يصح لتعلق حق المرتهن بالمالية فعرف ان استحقاق العقوبة متعلق بآدميته لا بماليته والاستحقاق باعتبار المالية فلا يجري استحقاق استيفاء العقوبة مجرى الاستحقاق في الكل والبعض انما يذهب المالية بالقتل وهو فعل انشاه المستوفي باختياره في النفس بعدما دخل في ضمان المشتري وبه لا ينتقض قبض المشتري لانه متعلق بالمال المبيع وينتقض بأخذ المستحق له لان عينه من حيث هو مال فكان استيفاء العقوبة عيبا حادثا في يده فمنع الرد فيرجع بالنقصان وصار كما اذا اشترى حاملا لا يعلم بحملها وقت الشراء ولا وقت القبض فماتت عنده بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا وغير حامل ولفظة الى في قوله الى غير حامل ليس لها موقع وله ان سبب وجوب القطع والقتل وجد في يد البائع والوجوب يقتضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى سبب القطع والقتل وهو سرقته الكائنة في يد البائع وقطعه وصار موته مضافا اليه وقطعه وصار كان قطع او قتل عند البائع الذي عنده السبب وصار كما بعد المغصوب اذا رده الغاصب على مالكه بعدما جنى عند الغاصب فقتل عند المالك بها او قطع فانه يرجع على الغاصب بتمام قيمته او نصفها كما لو قتل عند الغاصب بجامع استنادا لوجود الى سبب الوجوب الكائن عند الاول واذا كان كذلك لم ينتقض قبضه كما في الاتلاف وصار سبب السبب بمنزلة علة العلة لفوات المالية فكان المستحق به كأنه المالية الا انه لا يظهر اثر ذلك الا بحقيقة فعل الاستيفاء وقبله لا تتم في حق ذلك فتبقى المالية فيصح البيع ونحوه واما اذا قتل فقد تم حق الاستحقاق وبطلت المالية وظهر اثره في نقض القبض فيرجع كما ذكرنا واذكر من مسئلة موت الحامل ممنوعة على قول ابي حنيفة بل يرجع على قوله بكل الثمن قاله القاضيان ابو زيد وفخر الدين قاضي خان رح وان لم يذكر الخلاف في الكتاب المبسوط من الاصل استدلالا بما ذكر من مسئلة في الجامع الصغير في الامة المغصوبة اذا حبلت عند الغاصب ثم ردت فولدت في يد المالك وماتت في

ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بها عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا وعنده لا يرده بدون رضاء البائع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن وان قبله البائع فبثلثة ارباع لان اليد من الآدمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين وفي احدهما الرجوع فينتصف ولو تداولته الايدي ثم قطع في يد الاخير يرجع الباعة بعضهم على بعض عنده كما في الاستحقاق وعندهما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب وقوله في الكتاب ولو يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لان العلم بالعيب رضا به ولا يفيد على قوله في الصحيح لأن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع

ان يضمن الغاصب جميع قيمتها فكذلك هنا عنده واختصر المصنف عليه وان سلمنا فنقول الموجود في يد البائع العلوق وانما يوجب انفصال الولد لا الهلاك ولا يفضي اليه غالبا بل الغالب السلامة فليس هنا وجوب يفضي الى الوجود فهو نظير موت الزاني من الجلد بخلاف المسئلة المغصوب لم الصحيح لان شرط صحته ان يرد هاكما اخذها ولم يوجد فصار كما لو هلكت في يد الغاصب وهنا الحيل لا يمنع من التسليم الى المشتري ثم ان تلف بعد ذلك بسبب كان الهلاك مستحقا عند البائع فينتقض قبض المشتري فيه وان لم يكن مستحقا لا ينتقض ونوقض بمسائل الاولى اذا اشترى جارية محمومة فلم يردها حتى مات عنده بالحمى لا يضاف الى السبب السابق حتى لا يرجع بكل الثمن بل بالنقصان مع ان موتها بسبب الحمى التي كانت عند البائع وثانيها اذا قطع البائع او غيره يد العبد ثم باعه ولم يعلم به المشتري فمات العبد منه عند المشتري يرجع بالنقصان لا بالثمن وثالثها اذا زوج امته البكر ثم باعها وقبضها المشتري ولم يعلم بالنكاح ثم وطيها الزوج لا يرجع بنقصان البكارة وان كان زوال البكارة بسبب كان عند البائع وجد بعضها لو زنى العبد عند البائع فجلد في يد المشتري فمات منه لا يرجع على البائع بالثمن وان كان موته بسبب كان عند البائع وخامسها لو سرق في يد البائع فقطعت عند المشتري فسري القطع فمات يرجع بنصف الثمن لا بكله وان كان موته بسبب كان عند البائع اجيب بان الجارية لا تموت بمجرد الحمى بل بزيادة الالم وذلك بسبب آخر عند المشتري لا في يد البائع فليس مما نحن فيه واما الثانية فلان البيع لما ورد على قطع البائع اولا جنبي قطع سراية القطع لان السراية حق البائع فينقطع بيع من له السراية وفيما نحن فيه السراية لغير من كان البيع منه فيمتنع انقطاع السراية بالبيع واما الثالثة فان البكارة لا تستحق بالبيع حتى لو وجد ثيبا لا يتمكن من الرد اذا لم يكن من شرط البكارة فقدها من باب عدم وصف مرغوب فيه لا من باب وجود العيب وعن الرابعة بان المستحق هو الضرب المولم واستيفاء ذلك لا ينافي المالية في المحل وهو بذلك الضرب انما هو لعارض عرض في يد المشتري وهو حرف الجلاد وضعف المجلود فلم تكن تلك الزيادة مستوفاة حدا مستحقا واما الخامسة فقد تقدم جوابها من المبسوط **قوله** ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بها اي بالسرقتين جميعا فعندهما يرجع بالنقصان اي نقصان عيب السرقة الموجودة عند البائع وعند ابي حنيفة ليس له ان يرده بلا رضا البائع للعيب الحادث وهو السرقة عند المشتري والقطع بها كقولهما ولكن ان رضي البائع به كذلك رده ورجع بثلاثة ارباع الثمن وان لم يرض به امسكه ورجع بربع الثمن لان اليد من الآدمي نصفه في حق الاطلاق وقد تلفت بالسرقتين الكائنتين عندهما فيتوزع نصف الثمن بينهما نصفين فيسقط ما اصاب المشتري فيرجع بالباقي ان رده بان رضيه البائع وذلك ثلاثة ارباع الثمن وبربعه ان امسكه بان لم يرض البائع لان نصف النصف لزم المشتري فيسقط عن البائع ورده الان البائع انما قبله اقطع معيبا لما مر ان تحمل ما لزم المشتري من النقصان بالسبب لكان عنده بل يتوزع النقصان عليهما كما في الغاصب للعبد اذا زرع عنده ثم رده فصيرق عند المالك فقطع بالسرقتين فانما يرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة **قوله** ولو تداولته الايدي بعده ان سرق عند كل ثم تداولته الايدي بعده ثم قطع عند الاخير هلك السرقة رجع الباعة بعضهم على بعض بالثمن كما في الاستحقاق عند ابي حنيفة لان اجراءه مجرى الاستحقاق ولا يخفى ان هذا اذا اختار الرد لانك علمت ان حكم المسئلة عنده انه بالخيار بين ان يرده ويرجع بالكل او يمسكه ويرجع بنصف الثمن فيرجع بعضهم على بعض بنصف الثمن وعندهما يرجع الاخير الذي قطع في يده على بائعه بالنقصان ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب اما رجوع الاخير فلانه لما لم يبعه لم يصر حابسا للمبيع فلا مانع من الرجوع واما بائعه فانما لا يرجع على بائعه لانه بالبيع صار حابسا للمبيع مع تمكن الرد بالعيب وعلمت ان بيع المشتري

قال ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب فليس له ان يرده بعيب وان لم يسم العيوب بعد دها وقال الشافعي لا يصح البراءة بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح وهو يقول ان في الابراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول لا يصح ولنا ان الجهالة في الاسقاط لا تفضي الى المنازعة وان كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة الى التسليم فلا تكون مفسدة

للعيب حبس للمبيع سواء علم بالعيب اولم يعلم فلا يمكنه الرد بعد ذلك وقوله في الكتاب اي الجامع الصغير ولم يعلم به يعني وقت البيع ولا وقت القبض يفيد على قولهما لانه عيب والعلم بالعيب عند البيع او القبض مسقط للرد والارش وما عنده فعنه روايتان في رواية كقولهما فلا يرجع اذا علم باستحقاق يده او نفسه قال المصنف تبعا لشمس الائمة الصحيح انه يرجع وان علم بسرقته او اباحرمه وقت البيع والبيع او القبض لان هذا بمنزلة الاستحقاق من وجه والعيب من وجه فشبهه بالاستحقاق قلنا يرجع بكل الثمن اذا لم يعلم به ويشبهه بالعيب لا يرجع عند العلم بشبه عملا بالشبهين ونظر فيه بعضهم لان هذا عيب لانه موجب لنقصان الثمن وكونه اجري مجرى الاستحقاق للخروج عن كونه قوله ومن باع عبدا الخ ليس العبد بقيد فان البيع بشرط البراءة من كل عيب صحيح في الحيوان وغيره ويبرأ البائع به من كل عيب قائم وقت البيع معلوم له او غير معلوم ومن كل عيب يحدث الى وقت القبض ايضا خلافا لمحمد في الحادث واجمعوا ان البيع لو كان يشرط البراءة من كل عيب به لا يدخل الحادث بعد القبض في البراءة وللشافعي قول كقولنا وقول انه لا يبرأ من عيب اصلا وقالها وهو الاصح ويروى عن مالك يبرأ البائع في الحيوان عما لا يعلمه دون ما يعلمه لما روى ان ابن عمر رضي الله عنه باع عبدا من زيد بن ثابت بشرط البراءة فوجد زيد به عيبا فاراد رده فلم يقبله ابن عمر فترافعا الى عثمان رضي الله عنه فقال عثمان لابن عمر اتحلف انك لم تعلم بهذا العيب فقال لا فرده عليه والفرق ان كتمان المعلوم تلبيس بخلاف غير المعلوم واما في غير الحيوان فلا يبرأ من عيب ما فذكر المصنف خلافه مطلقا وهو احد اقواله قال وهو بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا تصح بخلاف في المبنى فقال هو يقول في الابراء معنى التمليك ولهذا يرتد بالرد حتى لو ابرأ من له الدين مديونه فرده المديون لم يبرأ وكذا لا يصح تعليق الابراء لما فيه من معنى التمليك وتمليك المجهول لا يصح ولانه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع الغرر وهذا بيع الغرر لانه لا يدري ان المبيع على اي صفته هو ولانه شرط على خلاف مقتضى العقد لان مقتضاه سلامة المبيع فهو كشرط عدم الملك ولنا ان الابراء اسقاط حتى يتم بلا قبول كالطلاق والعتاق بان طلق نسوته او عتق عبيده ولا يدري كم هم ولا اعيانهم كان ورث عبيدا في غير بلده او زوجه وليه صغيرا فبلغ وهي في غير بلده ولان لا يصح تمليك الاعيان بلفظ الابراء ويصح الابراء بلفظ الاسقاط كان يقول اسقطت عنك ديني عليك والاسقاط لا يبطله جهالة الساقط لان جهالته لا تفضي الى المنازعة وان كان في ضمنه التمليك فاظهرنا اثره في صحة رده وعدم تعليقه بالشرط فانتفى المانع ووجد المقتضى وهو تصرف المعافى البالغ باسقاط حقوقه بخلاف التمليك فان جهالة الملك فيه تمنع من التسليم فلا يترتب فائدة التصرف عليه اما الاسقاط فان الساقط يتيقن بشيء فلا يحتاج الى تسليم فظهر ان المبطل لتمليك المجهول ليس الجهالة بل عدم القدرة على التسليم ولذا جاز بيع قفيز من صبرة وانما امتنع بيع شاة من قطيع للمنازعة في تعيين ما يسلمه للتفاوت واما عدم الصحة في قول ابرأت احدكما فلجهالة من له الحق كما لا يصح قوله لرجل على الف وصح لفلان على شيء ويلزم بالتعيين عليه ان من المشائخ من اجاز هذا والزمه بالتعيين كطلاق احدى زوجتيه وجه المختار ان الطلاق بعد وقوعه لا جهالة فيه وكذا العتاق لمن له الحق لانه الله تبارك وتعالى وكذا لو اتفقا على ابطاله لم يبطل ويدل على ما قلنا حديث علي بن ابي طالب رضي الله عنه حين بعثه صلى الله عليه وسلم ليصالح بين بني خزيمة وذلك انه صلى الله عليه وسلم بعث اولا خالد بن الوليد رضي الله عنه فقتل منهم قتلا بعد ما اعتصموا بالسجود فدفع صلى الله عليه وسلم الى علي رضي الله عنه مالا فوداهم حتى ميلغة الكلب وبقي في يده مال فقال هذا لكم مما لا تعلمون ولا يعلمه رسول الله صلى الله عليه وسلم فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فشبه به وهو دليل جواز الصلح عن الحقوق المجهولة وروي ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في مواريث درست فقال صلى الله عليه وسلم استهما وتوخيا الحق وليحلل كل واحد منكما صاحبه وفيه اجماع على المسلمين لان من حضره الموت في كافة الاعصار استحل من عامليه من غير نكير والمعنى الفقهي ما ذكرنا والله اعلم بالصواب تم الجزء الثالث

ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول ابي يوسف رح وقال محمد رح لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر رح لان البراءة تتناول الثابت ولابي يوسف رح ان الغرض الرام العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث

الثابت ومنه ولد الغرور والمغرور يجبر امرأته الغير وجها ولبست حرة وحين شرط البراءة من العيوب فقد نبههم على ايهام العيوب وبقائه في يده بها فلم يغره وقوله شرطا ينافي مقتضى العقد وهو السلامة قلنا يوافق مقتضاه وهو اللزوم وكيف السلامة مقتضاه ان اراد بالعقد المطلق سلمنا ولا نسلم ان المقيد بشرط البراءة من العيوب كانت بمعناه والالزم ان لا يصح شرط البراءة من العيوب المسماة ان ظهرت وبجوازه اتفاق وقوله ويدخل في هذه البراءة يعني البراءة المذكورة في الكتاب فان الاشارة اليهما وهي البراءة من كل عيب واحترز بالاشارة المذكورة عن البراءة من كل عيب به وقد ذكرنا انه لا يبرئ عن العيب الحادث بالاجماع والمراد بقوله في قول ابي يوسف رح ظاهر الرواية عنه وهو قول ابي حنيفة رح وقال محمد رح لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر والحسن بن زياد والشافعي ومالك رح وروايته عن ابي يوسف رح لان البراءة تتناول الثابت فتنصرف الى الموجود عند العقد فقط ولابي يوسف رح ان الملاحظ هو المعنى والغرض ومعلوم ان الغرض من هذا الشرط الزام العقد باسقاط المشتري حقه عن وصف السلامة ليلزم على كل حال ولا يطالب البائع بحال وذلك بالبراءة عن كل عيب يوجب المشتري الرد والحادث بعد العقد كذلك فاقتضى الغرض المعلوم دخوله وا ورد انه ذكر في شرح الطحاوي انه لو صح بالبراءة من العيب الحادث لم يصح بالاجماع فكيف يصح عن ابي يوسف ادخال الحادث بالتخصيص وهو مع التخصيص عليه بطلانه اجيب بمنع لمنه اجماع بان في الذخيرة اذا باع بشرط البراءة من كل عيب والحدث بعد البيع قبل القبض يصح عند ابي يوسف خلافا لمحمد وذكر في المبسوط في موضع آخر ان روايته عن ابي يوسف فيما اذا نص على البراءة من كل عيب حادث ثم قال وقيل ذلك صحيح عنده باعتبار انه يقيم السبب وهو العقد مقام العيب الموجب للرد ولئن سلمنا فالفرق ان الحادث يدخل بمجرد التقرير عرضها وكم من شئ لا يثبت مقصودا ويثبت تبعا ولو اختلفا في عيب انه حادث بعد العقد او كان عنده لا اثر لهذا عند ابي يوسف وعند محمد القول قول البائع مع يمينه على العلم انه حادث لان بطلان حق المشتري في الفسخ ظاهر لشرط البراءة وثبوت حق الفسخ بعيب حدث باطل فاذا ادعى باطلا لم يزل به ظاهرا لا يصدق الا بحجة وعند زفر القول للمشتري لانه هو المسقط لحقه فالقول في بيان ما اسقط قوله فروع بعضها في الدراية شرط البراءة من كل عيب به او حض ضربا من العيوب لم تنصرف الى الحادث بالاجماع ويصح تخصيصه ولو شرطها من عيب واحد كشجة فحدث عند المشتري عيب او بوت فاطلع على عيب آخر كشجة اخرى فاراد ان يرجع بالنقصان لامتناع الرد بالعيب الحادث اعتبر ابو يوسف رح نفع حصول البراءة للبائع فجعل الخيار في تعيين العيب الذي يرد به اليه وجعله محمد رح للمشتري فيرد بايهما شاء ولا يخفى ان هذا اذا لم يعين الشجة المبرأ منها عند البيع بل ابرأه من شجة به او عيب ولو ابراه من كل غائلة فهي السرقة والاباق والفجور وكذا روى عن ابي يوسف ولو ابراه عن كل داء فعن ابي حنيفة رح الداء الباطن في العادة دون ما سواه ليسمى رضا وقال ابو يوسف يتناول الكل وتقدم اول الباب ذلك في جميع التفاريق قطع الاصبع عيب ولا اصبعين عيبان ولا اصبع مع نصف الكف عيب واحد ولو قبل في الثوب لعيوب يسير من الخرق وقد دخل الرقم والرفو ولو تبرأ من كل سن سوداء دخل المرار والخضرار ومن كل قرحة تدخل الدماميل وفي المحيط ابرأك من كل عيب بعينه فاذا هو اعور لا يرد لانه عدمها لا عيب بها ولو قال انا بريء من كل عيب الا الاباق بريء من اباقه ولو قال الاباق خله الرد بالاباق ولو قال انت بريء من كل حق لي قبلك دخل العيب هو المختار دون الدرك ولو قال المشتري ليس به عيب لم يكن اقرارا بانتفاء العيوب حتى لو وجد به عيبا رده ولو عين فقال ليس بابق صح اقراره ولو وجد به عيبا فاصطلحا على ان يدفع اليه ثوبا او يحط عنه دينارا جاز ولو وهبه المشتري ليرد لم يجز لانه ربا وزوال العيب يبطل الصلح فيرد على البائع ما يدل او حط اذا زال ولو زال بعد خروجه عن ملكه لا يرد ولو صالحه بعد الشراء من كل عيب يدريهم جاز وان لم يجد به عيبا ولو قال اشتريت ملك العيوب لم يجز وحذف الحروف او نقصها او النقط او الاعراب في الصحف

باب البيع الفاسد

واذا كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخمر والخنزير ولكن اذا كان غير مملوك كالحر قال العبد الضعيف هذه فصول جمعها وفيها تفصيل بيّنته انشاء الله تعالى فقوله البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالخمر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لاتقوم في حق المسلمين اصلا والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فان قال عند البعض فالباطل لايفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون امانة عند بعض الشافعية لان العقد غير منعقد فبقي القبض باذن المالك وعند البعض يكون مضمونا لانه يكون ادنى حالة من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول ابي حنيفة والثاني قولهما كما في بيع الوالد المدبر على ما نبينه انشاء الله تعالى والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به ويكون المبيع مضمونا في يد المشتري فيه وفيه خلاف الشافعي وسنبينه بعد هذا انشاء الله تعالى وكذا بيع الميتة والدم والخمر باطل لانها ليست اموالا فلا تكون محلا للبيع

خيب ولو وجده عيبا فاصطلحا على ان يحط على عشرة ويأخذ الاجنبي بمقدار المحطوط ورضي الاجنبي بذلك جاز وجاز حط المشتري دون البائع ولو قصر المشتري الثوب فاذا هو تخرق وقال المشتري لا ادري تخرق عند القصار او عند البائع فاصطلحا على ان يقبله المشتري ويرد عليه القصار درهما والبائع درهما جاز وكذا لو اصطلحا على ان يقبله البائع ويدفع له القصار درهما ويترك المشتري درهما قيل هذا غلط وتأويله ان يضمن القصار للمشتري ثم يدفع المشتري ذلك الى البائع وفي المجتبى دخل المشتري القدوم في الدار احد المنشار او حلب الشاة او البقرة لم يرد سوارکان في المصر او غيره او في المصراة يرد بقيمة اللبن عند الشافعي ومالك واحمد وفي رواية عن ابي يوسف في المصراة شاة ونحوها اشد ضررها ليجتمع لبنها فيظن المشتري انها كثيرة اللبن فاذا حلبها ليس له ردها عندنا وقيل يرجع بالنقصان في رواية الكرخي لا وفي رواية شرح الطحاوي يرجع لفوات وصف مرغوب فيه بعد حدوث زيادة منفصلة وقيل لو اختبرت هذه للقوت كلي حسنا لغرور المشتري بالتصرية ولو اغتر بقول البائع هي حلوب فتبين خلافه بعد الولادة يرجع فكذا هنا ولو وقف الارض او جعلها مسجدا ثم اطلع على عيب امتنع الرد والرجوع بالارش عند محمد وعند ابي يوسف يرجع بالارش ولو اشترى جنيعة مع غلاتها فوجدها معيبة رد هي في الحال لانه ان جمع غلاتها فهو رضا وان تركها يزداد العيب فيمتنع الرد

باب البيع الفاسد

البيع الفاسد جائز وغير جائز والجائز ثلاثة انواع بيع الدين بالعين وهو السلم وبيع العين بالعين وهو المقايضة وبيع العين بالدين وهو البيع المطلق وغير الجائز ثلاثة باطل وهو بيع ما ليس بمال كالحر والمدبر والمعدوم كالسمن في اللبن وغير متقوم وهو التسليم كالابق والمتوحش حصره في الخلاصة في خمسة عشر بيع العبد والصبي المحجورين وبيع غير الرشيد وقوف على اجازة القاضي وبيع المرهون والمستأجر وما في مزارعة الغير يتوقف على اجازة المرتهن والمستأجر والمزارع فلو تفاسخا الاجارة او رد المرتهن لو فاز او ابرأ لزمه ان يسلمه للمشتري وكذا بيع البائع المبيع بعد القبض من غير المشتري يتوقف على اجازة المشتري وقبل القبض في المنقول لاينعقد اصلا حتى لو تفاسخا لاينعقد وفي العقار على الخلاف المعروف وبيع المرتد عند ابي حنيفة والبيع برقم فلان وبما باع فلان والمشتري لا يعلم يتوقف على العلم في المجلس وبيع فيه خيار المجلس ويشمل بالبيع الناس في بيع المالك المغصوب ذكره محمد ان اقر الغاصب ان وجد والمغصوب منه بينة ثم البيع وبيع مال الغير ولنتمم ما يتعلق بالمرهون والمستأجر والمغصوب ذكر انه اذا رد المرتهن والمستأجر الى الراهن والموجر فسخا او بغيره تم البيع وكذا ان اجاز المستأجر والمرتهن فان لم يخبر المشتري من الحاكم فسخ العقد فبقيت الاجارة والرهن الى انقضاء المدة ثم للمشتري الخيار اذا لم يعلم الرهن والاجارة وقت البيع وكذا ان علم عند محمد وعند ابي يوسف ان علم ليس له حق الفسخ فصل ظاهر الرواية قول محمد وقيل ما قال ابي يوسف وليس للمستأجر حق فسخ البيع بلا خلاف وفي المرتهن خلاف المشائخ وليس للراهن والموجر حق الفسخ ولو هلك المغصوب قبل التسليم انتقض البيع وهو الاصح وقيل لا لانه اخلف بدلا وروى بشر عن محمد وابن سماعة عن ابي يوسف انه يجوز ولو قدم المشتري مقام المالك في الدعوى وعن ابي حنيفة رحمه الله روايتان وتقدم ان المزارعة والاجارة سواء كان البذر منه او لا فان اجاز فلا اجر لعامل وفي النوازل جعل اجازة المزارع فسخا المغصوب للمشتري وكذا في الكرم وان كانت الارض فارغة في المزارعة ولم تظهر الثمار في الكرم جاز البيع وبه اخذ المرغيناني ذكره في المجتبى ثم وجه تقديم الصحيح على الفاسد انه الموصل الى تمام المقصود فان المقصود وسلامة الدين التي لها شرعت العقود ليندفع التغالب والوصول الى دفع الحاجة الدنيوية وكل منهما بالصحة واما الفاسد فعقد مخالف للدين ثم ان افاد الملك وهو مقصود في الجملة لكن لا يفيد تمامه اذ لم ينقطع به حق البائع عن المبيع ولا المشتري عن الثمن او كل منهما الفسخ بل يجب عليه ثم لفظ الفاسد في قوله باب البيع الفاسد وفي قوله اذا كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد مستعمل في الاعم من الفاسد فالباطل فالشارحون على ان ذلك الفاسد اعم من الباطل لان الفاسد غير المشروع بوصفه

وما يباع الخمر والخنزير ان كان قوبل بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وان كان قوبل بعين والبيع فاسد حتى يملك ما يقابله ان كان يملك بالقبض
الخمر والخنزير ووجه الفرق ان الخمر مال ولكن الخنزير ليس بمال الا انه غير متقوم لما ان الشرع امر باهانته وترك اعزازه في تملكه بالعقد مقصودا اعزازا
له هكذا نقله متى اشتريتهما بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما انها بحيث في الذمة وانما المقصود الخمر فسقط التقوم اصلا بخلاف ما اذا اشترى
الثوب بالخمر معتبرا لان مشترى الثوب انما يقصد تملك الثوب بالخمر وفيه اعزاز الثوب دون الخمر فبقي ذكر الخمر معتبرا في تملك الثوب لا في حق نفس الخمر
حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب لانه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقابضة

بل باصله والباطل غير المشروع بواحد منهما ولا شك ان يصدق على غير المشروع بواحد منهما انه غير مشروع بوصفه وهذا يقتضي ان يقال
حقيقة على الباطل لكنه الذي يقتضيه كلام الفقه والاصول انه بيانيه فانهم قالوا ان حكم الفاسد افادة الملك بطريقه والباطل لا يفيده اصلا
فقابلوه به واعطوه حكما يباين حكمه وهو دليل تباينهما ايضا فانه ماخوذ في مفهومه اولازم انه مشروع باصله لا وصفه وفي الباطل
غير مشروع باصله فبينهما تباين فان المشروع باصله وغير المشروع باصله متباينان فكيف يتصادقان اللهم الا ان يكون لفظ الفاسد مشتركا بين الاعم والاخص
المشروع باصله لا بوصفه في العرف لكن يجعله مجازا عرفيا في الاعم لانه جزء من الاشتراك وهو حقيقة فيه باعتبار المعنى اللغوي ولذا
وجه بعضهم الاعمية بانه يقال للحم اذا صار بحيث لا ينتفع به للاكل والسوس بطل اللحم واذا انتن وهو بحيث لا ينتفع به قد اللحم فاعتبر
مطلق اللغة ولذا ادخل بعضهم الصائم البيع الفاسد لشموله المكروه لانه فاتت وصف الكمال بسبب وصف مجاور ثم الفساد بالمعنى الذي يعم
الباطل ثبت باسبابه منها الجهالة المفضية الى المنازعة في المبيع او الثمن فخرج نحو جهالة كمية فقفزان الصبرة وعدد الدراهم فيما اذا
بيع جزافا لعلم بصبرة دراهم وبعدم ملك المبيع للبائع والفساد بمعنى البطلان الا في التسليم او بيع الملك لكن قبل قبضه ومنها العجز عن
التسليم او التسليم الا بضرر كبيع مغصوب من سقف والغرر كضربة القابض والشرط الفاسد بخلاف الصحيح وقد دخل فيه حقيقتان في حقيقة البيعة كذا
على ان بين لان او الاتباع مقصود كحيل الجملة تدخل في عدم الملك واما الاوصاف كالبيعة شاة بيعة يرجع الى ما في تسليمه ضرر او لا يكون
شرعا الا ندبها او في قطعها حيث عجز عن التسليم لانها تصير ميتة يبطل بيعها وكون المبيع من البائع بما هو من جنس ثمن المتابع به وهو
اقل منه قبل نقد الثمن وعدم التعيين في بيع كبيع هذا القفيز خطة او شعير مستدرك بدخول في جهالة الثمن قوله اذا كان احد العوضين او كلاهما
محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر وكذا اذا كان احدهما غير مملوك كالحر هذا لفظ القدوري وقد ذكرنا ان لفظ فاسد يراد
به ما هو اعم من الباطل لان احد العوضين يصدق على كل من المبيع والثمن اما حقيقة او تغليبا كما قيل بناء على ان العوض خاص بالمبيع
لانه يراد به العوض ولا شك ان المبيع اذا كان محرما فان كان مالا فالبيع باطل كالخمر وكذا الثمن اذا كان محرما كالميتة فهو باطل فلذا قال
المصنف هذه فصول جمعها اي في حكم واحد وهو الفساد والواقع ان فيها تفصيلا يعني ليس كلها فاسدا فان منها ما هو باطل وهذا مما
يهين لك ان المعروف في عرف فقهائنا التباين بين الفاسد والباطل فان الاعم لا ينفي عن الاخص قال فقول البيع بالميتة والدم
باطل لا فاسد هو اجماع علماء الامصار وكذا بالحربان يجعل الميتة او الحر ثمنا للثوب مثلا وذلك لانعدام ركن البيع الذي هو مبادلة المال بالمال
فان هذه الاشياء لا تعد مالا عند احد يعني من له دين سماوي فلذا كان البيع بالحر باطلا وان كان مالا عند بعض الناس واما البيع بالخمر والخنزير فاسد
لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه اي كل من الخمر والخنزير مال عند البعض وهم اهل الذمة كما سيصرح به في وجه الفرق حيث
قال مال عند اهل الذمة لحلها عندهم وهذا من المصنف افادة بالبيانية حتما بالكلية في شرعنا وهو كذلك غاية الامر ان الاصطلاح على
تسمية البيع ثمن هو مال في بعض الاديان فاسدا وبما ليس مالا في دين سماوي باطل وهذا سهل وانما الاشكال في جعل حكمة الملك
ثمة فيه نظر مذكره ان شاء الله تعالى ثم قال اما بيع الخمر والخنزير يعني اذا جعلا مبيعا فان كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وان
كان قوبل العين كبيع البيعة فاسد والفرق ان الخمر مال في الجملة في شرع ثم امر بانهائها في شرع ثم امر بانهائها في شرع نسخ الاول وفي تملكه بالعقد مقصودا اعزاز له

قال وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه باطل حتى استحقاق العتق قد ثبت لام الولد لقوله عم اعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد في حق المدبر في الحال لبطلان الاهلية بعد الموت والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة في حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل فلك كله دلا يجوز له ولرضه المكاتب بالبيع ففيه روايتان في الاظهر الجواز والمراد المدبر المطلق دون المقيد خلافا للشافعي وقد ذكرناه في العتق

حيث اعتبر المقصود من تصرف العقلاء بخلاف جعله ثمنا واذا بطل لكون الخمر مبيعا فلان يبطل اذا جعل الميتة والحر مبيعا اولى ومقتضى هذا ان يبطل في القابضة بطريق اولى لان كلا منهما مبيع لكن لما كان كل منهما ثمنا ايضا كما ان كلا منهما مبيع ثبت صحة اعتبار الثمنية والمبيعية في كل منهما فاعتبر الخمر ثمنا والثوب مبيعا والعكس وان كان ممكنا لكن لم يرجح في هذا الى الاعتبار لما فيه من الاحتياط للقرب من تصحيح تصرف العقلاء المكلفين باعتبار الاعز للثوب مثلا فيبقى ذكر الخمر معتبر الاعز از الثوب لا الثوب للخمر ووجبت قيمة الثوب لا الخمر ولا فرق بين ان يدخل الباء على الثوب او الخمر في جعل الثوب المبيع وجه البطلان في بيع هذه الاشياء النص لقوله صلى الله عليه وسلم عن الله تعالى ثلثة انا خصمهم يوم القيمة رجل اعطى بي ثم غدر ورجل باع حرا فاكل ثمنه ورجل استاجر اجيرا فاستوفى منه ولم يعطه اجره معنى اعطى بي اعطى امتي من النهاء ذكره في صحيح البخاري وقوله صلى الله عليه وسلم في الصحيح لعن الله الخمر الى ان قال وبائعها وفي الصحيحين لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوا فباعوها فاكلوا ثمنها وحديث ان الله تعالى اذا حرم شيا حرم ثمنه واما الاجماع فظاهر ثم المراد بالميتة التي يبطل العقد بها وعليها التي ماتت حتف انفها اما المنخنقة والموقوذة فهي وان كانت في حكم الميتة شرعا فانا نحكم بجواز بها اذا وقعت بينهم لانها مال عندهم كالخمر كذا ذكره المصنف في التجنيس مطلقا عن الخلاف وفي جامع الكرخي يجوز بينهم عند ابي يوسف خلافا لمحمد ووجه قول محمد رح ان احكامهم كاحكامنا شرعا الا بعد الاسلام والذي استثنى الخمر والخنزير فيبقى ما سوى ذلك على الاصل واتفق الرواة عن ابي حنيفة رح ان بيع الاشربة المحرمة يجوز الا الخمر ومعنا جواز كل ما حرم شربه وثبوت الضمان على المقولين فرع الاختلاف في جواز البيع وقوله في الذخيرة في المنخنقة ونحوها البيع فاسد لا باطل صحيح لانها وان كانت ميتة عندنا فهي مال عند اهل الذمة فيجب ان البيع فاسد فكانت كالخمر ثم الباطل لا يفيد ملك التصرف لو هلك المبيع في يد المشتري فيه اي في البيع الباطل يكون امانة عند بعض المشايخ وهو ابو نصر احمد الطواويسي وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح ان العقد غير معتبر فبقي مجرد القبض باذن المالك وذلك لا يوجب الضمان وعند البعض كشمس الائمة السرخسي وغيره يكون مضمونا بالمثل او القيمة وهو قول الائمة الثلاثة لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول ابي حنيفة رح والثاني قولهما كالخلاف الكائن بينهم في ام الولد والمدبر اذا بيعا فانا عند المشتري لا يضمنها عند ابي حنيفة رح وعندهما يضمنها والمقبوض على سوم الشراء هو المأخوذ ليشتري مع تسمية الثمن بلا ابرام بيع كان يقول الى اذهب بهذا فان رضيته اشتريته بعشرة فاذا هلك ضمن قيمته فاذا ضمن هذا مع انه لم يوجد فيه صورة العلة فلان يضمن فيما نحن فيه مع انه وجد ذلك اولى ولمن ينصر المروي عنه من عدم الضمان ان الضمان في المقبوض على سوم الشراء ان قلت انه عند صحته كون المسمى ثمنا كالدراهم على ما ذكرنا من قوله ان رضيته اشتريته بعشرة سلمناه وهو منتف في تسمية الخمر كالخمر وان قلت عند التسمية مطلقا سلمناه فيجب تفصيل وهو انه ان كان البطلان لعدم مالية الثمن اصلا لا يضمن وان كان لعدم المبيع كما لو باعه على انه ياقوت فاذا هو زجاج بثمن صحيح دراهم مثلا فقبضه يصير مضمونا والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به اذا كان القبض باذن المالك باتفاق الروايات فيملكه ويصير مضمونا عليه بالمثل ان كان مثليا او القيمة وكذا اذا قبضه في مجلس العقد بغير اذنه على الصحيح وفي غير مجلس العقد يملكه سياتي تمام هذه المسائل في احكام البيع الفاسد وكذا الخلاف في ان المملوك التصرف او العين ووجه لزوم القيمة وما عليه من الاشكال وقوله ومافيه اي في ثبوت الملك بالقبض في البيع الفاسد خلاف الشافعي رح وكذا مالك واحمد رح باعتبار ان الفاسد هو عندهم الباطل وسيبينه المصنف في فصل احكام البيع الفاسد اي بين الوجه من الجانبين قوله وبيع ام المولد والمدبر والمكاتب

قال وان مات ام الولد او المدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح وقالا عليه قيمتهما وهو رواية عنه لهما انه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر الاموال ولهذا لان المدبر وام الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم اليهما في البيع مجازا كالمكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وله ان جهة البيع انما تليق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصار كالمكاتب ليس غير فيهما في البيع حتى لو ضما اليه ما يثبت حكم البيع فيهما فهما كحال المشتري لا يدخل في حكم هذه بانفراده وانما يثبت حكم الدخول فيهما منضما اليه كذا هذا

فاسد وهذا لفظ القدوري قال المعنى معناه باطل لان استحقاق الحرية بالعتق ثابت لكل منهم بجهة لازمة على المولى لقوله صلى الله عليه وسلم في ام الولد اعتقها ولدها واقل ما يقتضيه هذا اللفظ ثبوت استحقاق العتق على وجه اللزوم وتصحيح التدبير شرعا والصحيح يوجب لثبوت الحال انتفاء الحالية الا ترى ان المدبر بعد موته والاجماع على عتقه بعده بذلك اللفظ فكان ذلك اللفظ سببا للعتق في الحال والكاتب استحق يدا على نفسه لازمة في حق المولى حتى لا يملك فسخ الكتابة فلو ثبت الملك للمشتري بالبيع بطل ذلك كله فلا يجوز البيع وما لا يفيد الملك من البيع فهو باطل وذكر في الاصل حديث سعيد بن المسيب قال امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق امهات الاولاد من غير ثلاث وقال لا يبعن في دين وحديث اعتقها ولدها اقدم في حديث الاستيلاد واذا كان اقل ما يوجبه هذا اللفظ ثبوت استحقاق الحرية على وجه لازم فالمجاز مراد فيه بالاجماع ولو رضي المكاتب فضيه وابيان فالاظهر جواز بيعه وتفسخ الكتابة في ضمنه لان اللزوم كان لحقه وقد رضي باسقاطه والمراد بالمدبر المدبر المطلق وتقدم خلاف الشافعي رح في جواز بيعه في كتاب العتاق اما المقيد فجواز بيعه اتفاق واستشكل حكم المصنف بان بيع المدبر وما خويه باطل فانه يوجب كونهم كالحر ولو كانوا كالحر لبطل بيع القن اذا جمع مع مدبر او ام ولد او مكاتب كما اذا ضم الى حر وهو منتف بل يصح بيع القن ويلزم مشتريها حصته من الثمن المسمى واجيب بان المراد من قوله باطل انه لا يملك بالقبض كما لا يملك الحر وكان مثله فلو قال فاسد ظن انهم يكونون واما ملك القن المضموم اليهم فلدخولهم تبعا في البيع لصلاحيتهم لذلك لدليل جواز بيع المدبر عن نفسه ولذا لو قضى قاض بجواز بيعه نفذ وكذا ام الولد عند ابي حنيفة وابي يوسف رح في اصح الروايتين وهذا الجواب ربما يوهم انه بيع فاسد ولكنه خص حكم الفاسد بعدم الملك بالقبض والحق انه لا حاجة الى الحكم بتخصيص فهو باطل وحكمه حكمه وجاز ان يختلف افراد نوع شرعي في الحكم الشرعي لخصوصيته فان قيل التخصيص لازم على كل حال فانه اذا كان فاسدا فلا يملك بالقبض فهو تخصيص وان كان باطلا فهو يدخل في البيع حتى يملك القن المضموم اليه وهذا تخصيص للباطل فليكن فاسد الخصوصا من حكم الفاسد فلا حاجة الى تاويله بالباطل قلنا نحن لم نثبت حكم الباطل لانه لا يدخل في العقد بوجه ليلزم تخصيصه ويتجه الالزام على تقدير تاويل الفاسد بالباطل وعدمه انما قلنا حكمه ان لا يملك بالقبض غاية الامر انه اتفق ان بعض ما هو مبيع ببيع باطل يدخل في العقد كالمدبر وبعضه لا يدخل كالحر والسوال فاسد لانه مغالطة لان قوله اني الكبرى لو كان كالحر لم يملك القن المضموم اليه ممنوع وانما يلزم لو كان مثله من كل الوجوه وهو منتف فصار حاصل الصورة لو كان باطلا كان كالحر في بعض الوجوه ولو كان مثله في بعض الوجوه لم يملك القن المضموم وهو عدم الاستلزام ظاهر قوله وان مات ام الولد والمدبر

في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح وقالا عليه قيمتهما للبائع وقولهما هذا رواية عنه وفي النهاية ان الروايتين عنه في المدبر وام الولد فباتفاق الروايات عنه لا يضمن المشتري في الغاصب قيمتهما اذا لا تقوم لام الولد عنده وانما تضمن بالضمان الصبي الحر اذا غصب ومعناه انه اذا نقلهما الى ارض مسبعة او كثيرة الحيات فمات بنهش حية او افتراس سبع ضمنها الدية على عاقلة الغاصب كما هو في غصب الصبي بشرطه اما المدبر فيضمن في البيع والغصب على روايتهما هذه لهما في ضمان المدبر وام الولد انهما مقبوضان بجهة البيع فيكونان مضمونين عليه بالقبض كسائر الاموال المقبوضة على سوم الشراء وهذا اي كونهما مقبوضين بجهة البيع بسبب انهما يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم اليهما وان لم يصح تملكه وتمليكه فاذا قبض بعد وقوع العقد عليه وهو فيما يصح ان يباع في الجملة على ما ذكرناه من قريب فهو مقبوض بجهة البيع بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه لانه جريدا فلا يضمن بقبضه على احدى الروايتين اعني التي يبطل بيعه وان دخل تحت البيع اذا ضم اليه القن فلا تحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وقد يجعل المشار اليه بقوله وهذا كونهما مضمونين بالقبض وما صرنا اليه

قال ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصطاد لانه باع ما لا يملكه ولا في خطيرة اذا كان لا يوخذ الا بصيد لانه غير مقدور التسليم ومعناه اذا اخذه ثم القاه فيها ولو كان يوخذ من غير حيلة جاز لانه اذا اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك

احسن ان شاء الله تعالى لان المذكور بعده تعليل للمشار اليه وكونها مضمونين بالقبض يصح تعليله بما قبله من كونها مقبوضين بجهة البيع فيناسب كون التعليل لما لم يعلل اذا صلح له وهو صالح بل انصبابه ليس الا عليه فانه دعوى انه مقبوض بجهة البيع ببيان انه يدخل تحت البيع واما كونه مقبوضا فيفرض وقوعه حسابا والمفسر المقبوض بجهة البيع بانه المقبوض للمشتري بعد القبض ان وافقه فلو صح لزم ان يضمنا الا نهما لم يقبضا ليشتريا بعد القبض ان وافقا بل قبضا بعد الموافقة واتمام البيع يزعمهما فالمذكور تفسير المقبوض على سوم الشراء فلا يكونان مقبوضين بجهة البيع فلا يضمنان فالحق ان المقبوض اعم من ذلك وهو مما صدقات المقبوض بجهة البيع فالمقبوض بجهة البيع يصدق على المقبوض في البيع الصحيح والفاسد والباطل وعلى سوم الشراء وذلك التفسير يخص المقبوض على سوم الشراء ونحن فيه ليس مقبوضا على سوم الشراء والانصار الاصل عين الفرع فالمقبوض على سوم الشراء هو الاصل فما نحن فيه والمقبوض بالعقد الباطل هو الفرع الملحق وله ان جهة البيع انما تلحق بحقيقة البيع فيما يقبل حقيقته اى حقيقة حكمه وهو الملك لان ضمان القيمة في البيع انما هو تقابل بملك البيع فلا بد من اعتبار جهة البيع والملك يتصور هنا مع اعتبار جهته فيبقى مجرد قبض باذن المالك فلو اوجبنا به كان عدوانا محضا بخلاف ضمان الغصب في المدبر عنده فانه لا يستدعي ذلك الاعتبار وذكر ان بمجرد القبض بغير اذن المالك وهنا الاذن موجود ودخولها في البيع ليس لا ليثبت حكمه فيها ضمنها فقط مع انتفاء المانع وهو عدم الصلاحية لما ذكرنا من ثبوتها من قريب فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده ويدخل اذا ضم البائع اليه مال نفسه وباعهما له صفقة واحدة حيث يجوز البيع في المضموم بحصته من الثمن المسمى على الاصح وان كان قد قيل انه لا يصح اصلا في شيء واذا قسم الثمن على قيمتي المضموم وام الولد والمدبر فاعلم ان قيمة ام الولد ثلث قيمتها قنة وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا وقيل نصفها وبه يفتى ولتقدم كل ذلك في العتاق قوله ولا يجوز بيع السمك في الماء بيع السمك في الجرار والنهر لا يجوز فان كانت له خطيرة فدخلها السمك فاما ان يكون اعدها لذلك او لا فان كان اعدها لذلك فما دخلها ملكه وليس لاحد ان ياخذه ثم ان كان يوخذ بغير حيلة اصطيادا وجاز بيعه لانه مملوك مقدور التسليم مثل السمكة في حب وان لم يكن يوخذ الا بحيلة لا يجوز بيعه لعدم القدرة على التسليم عقيب البيع وان لم يكن اعدها لذلك لا يملك بانه خش فيها فلا يجوز بيعه لعدم الملك لا ان تسد الخطيرة اذا دخل فح يملكه ثم ينظر ان كان يوخذ بلا حيلة جاز بيعه والا لا يجوز ولو لم يعدها لذلك ولكنه اخذه ثم ارسله في الخطيرة ملكه فان كان يوخذ بلا حيلة جاز بيعه لانه مملوك مقدور التسليم او بحيلة لم يجز لانه وان كان مملوكا فليس بمقدور التسليم وقال ابو يوسف في كتاب الخراج رخص في بيع السمك في الاجام اقوام فكان الصواب عندنا في قول من كرهه حديث العلاء بن المسيب بن رافع عن الحارث العكلي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال لا تبايعوا السمك في المار فانه غرر واخرج شكله عن ابن مسعود ومعلوم ان الاجمة قد يوخذ منها السمك باليد والغرر الخطر وغير المملوك على خطر ثبوت الملك وعدمه فلذا جعل من بيع الخطر فروع من مسائل التهيئة حفر حفيرة فوقع فيها صيد فان كان اتخذها للصيد ملكه وليس لاحد اخذه وان لم يتخذها له فهو لمن اخذه نصب الشبكة للصيد فتعلق بها صيد ملكه فلو كان نصبها ليحفظها من بلد تعلق بها لا يملكه وهو لمن ياخذه الا ان ياتي فيجوزه وشبكة اذا هبت بها ريح فوقع الثلج فيه ملك ما وقع فيه ولو وقع حتى حجرة ولم يكن هبوبه لذلك فلو احد ان يسبق فياخذه ما لم يكف حجره عليه وكذا من هبوب ريح مكانا للسرقين فله ان يطرح فيه عند البعض وفي فتاوى الفضلي خلاف هذا قال اهل سكة يرمون في ساحة رجل الرماد والتراب والسرقين هو لمن يسبق سواء هبوب الريح المكان له اولا واما النحل اذا عسل في ارض انسان فهو له بكل حال لانه ليس صيد ابل قائم بارضه كالشجر والزرع والبيض كالصيد وكذا الفرخ لا يملك الا

قال ولا بيع الطير في الهواء لانه غير مملوك قبل الاخذ وكذا لو ارسله من يده لانه غير مقدور التسليم ولا بيع الحمل ولا النتاج لنهي النبي عن بيع الحبل وحبل الحبلة ولان فيه غررا قال ولا اللبن في الضرع للغرر فعساه انتفاخ ولانه ينازع في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره قال ولا الصوف على ظهر الغنم لانه من اوصاف الحيوان ولانه ينبت من اسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف القوائم لانها تزيد من اعلى وتخلاف القصيل لانه يمكن قلعه والقطع موضعين فيقع التنازع في موضع القطع وقد صح انه عليه السلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن اللبن في ضرع وسمن اللبن وهو حجة على ابي يوسف رح في هذا الصوف حيث جوز بيعه فيما يروى عنه

باعداد المكان لذلك **قوله** ولا بيع الطير في الهواء لانه قبل اخذه غير مملوك وبعد اخذه وارساله غير مقدور التسليم عقيب العقد ثم لو قدر على التسليم بعد ذلك لا يعود الى الجواز عند مشايخ بلخ وعلى قول الكرخي يعود وكذا عن الطحاوي وكذا الحكم فيما اذا جعل الطير ثمنا لان العين المجعولة ثمنا مبيع في حق صاحبه وذكر التمرتاشي لو باع طيرا يذهب ويجيء كالحمام فالظاهر انه لا يجوز وفي فتاوى قاضي خان ان باع طير البرية ان كان اجنبيا يعود الى تيه ويقدر على اخذه بلا كلفة جاز بيعه والا فلا وقول المصنف فيما ياتي والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز بيعها لانه مقدور التسليم لو اتفق **قوله** ولا بيع الحمل في البطن ولا اللبن في الضرع لما في الصحيحين والسنن عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع حبل الحبلة وكان بيعا يتبايعه اهل الجاهلية كان الرجل يتبايع الجزور الى ان تنتج الناقة ثم تنتج الذي في بطنها وفي الموطا ان ابن شهاب عن سعيد بن المسيب انه قال الربا في الحيوان وانما نهى عن الحيوان عن ثلاث عن المضامين والملاقيح وحبل الحبلة وانما بطل بيع الحمل للغرر فعسى ان لا يملك الناقة او تموت قبل ذلك واما باللفظ الذي ذكره المصنف عن بيع الحبل وحبل الحبلة فغير معروف والملاقيح ما في الارحام جمع ملقوح والمضامين في الاصلاب ويقال بالعكس جمع مضمون من لقحت الناقة وولدها ملقوح به الا انهم استعملوه بلا باء يقال ضمن الشيء اي تضمنه **قوله** ولا اللبن يجوز بالجر عطفا على المضاف اليه وتقدير المضاف والرفع على اقامته مقام المضاف للغرر فلعله انتفاخ وبه قال الشافعي واحمد واجازه مالك ايا ما معلومته اذا عرف قدر حلابها وكون تسليمه بالتخلية كبيع التمر على رؤس النخل وهو مروي بالنهي عن بيع الغرر ولانه ينازع في كيفية الحلب في الاستقصاء وعدمه وهو نزاع في التسليم وقد وضعت الاسباب الانقطاعه فبطل قول مالك لذلك والجواز ان يحلب لبن قبل الحلب فيختلط مال للبائع بمال المشتري على وجه يعجز عن التخليص **قوله** ولا الصوف على ظهر الغنم لانه من اوصاف الحيوان لانه يقوم به اولانه غير المقصود من الشاة فكان كالوصف من الذات وهو لا ينفرد بالبيع ولانه ينبت من اسفل ساقه فيختلط المبيع بغيره بخلاف التمييز بخلاف القوائم اي قوائم الخلاف لانها تزيد من اعلاها وتعرف ذلك بان توضع في مكان من القائمة علامة فانها بعد ذلك تصير اسفل ويرتفع عنها راس القائمة ويرتفع غيرها مما يزيد من اسفل فالزائد يكون على ملك المشتري وقال الامام الفضلي الصحيح عندي ان بيع قوائم الخلاف لا يجوز لانه وان كان ينمو من اعلاه فموضع القطع مجهول فهو كمن اشترى شجرة على ان يقطعها المشتري لا يجوز لجهالة موضع القطع وما ذكره من بيع الشجر ليس متفقا عليه بل هي خلافية منهم من منعها اذ لا بد في القطع من حفر الارض ومنهم من اجازها للتعامل بخلاف قصيل لانه يقلع فلا تنازع فيجاز بيعه قائما في الارض قال المصنف وقد صح انه صلى الله عليه وسلم نهى الخ وذلك ان الطبراني قال ثنا عثمان بن عمر الصبي قال ثنا حفص بن عمر الحوضي حدثنا عمرو بن فروخ ثنا حبيب بن الزبير عن عكرمة عن ابن عباس رض قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تباع ثمرة حتى تطعم ولا بياع صوف على ظهر ولا لبن في ضرع واخرجه الدارقطني والبيهقي عن عمرو بن فروخ قال الدارقطني وارسله وكيع عن عمرو بن فروخ ولم يذكر عن ابن عباس رض وهذا السند حجة وقول البيهقي تفرد برفعه عمرو بن فروخ وليس بالقوي لا يضره فانه ان كان كما قال مرسل فالمرسل حجة كالمرفوع لكن الحق خلاف ما قال في تضعيف ابن فروخ فقد نقل الذهبي توثيق عمرو بن فروخ عن ائمة الشان كابي داود وابن معين وابن حاتم والرفع زيادة وهي من ثقة مقبولة ورواه ابو داود في مراسيله عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم ورواه ابن ابي شيبة في مصنفه بسنده عن عكرمة عنه عليه الصلوة والسلام انه نهى ان يباع لبن في ضرع او سمن في لبن ورواه الدارقطني في سننه عن وكيع عن عمرو بن فروخ عن حبيب بن الزبير عن عكرمة ان النبي صلى الله عليه وسلم بلفظ ابن ابي شيبة وروى مرة موقوفا على ابن عباس رض في مراسيل ابي داود وكذا رواه الشافعي رح قال اخبرنا سعيد بن سالم عن موسى بن عبيدة عن سليمان بن يسار عن ابن عباس رض انه كان ينهى عن بيع اللبن في ضرع الغنم والصوف

قال وجذع في السقف وذراع من ثوب ذكرا القطع اولم يذكرا لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر بخلاف ما اذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لانه لا ضرر في تبعيضه ولو لم يكن معينا لا يجوز لما ذكرنا ولجهالة ايضا وكذا قطع البائع الذراع او قلع الجذع قبل ان يسلم للمشتري يبقى صحيحا لزوال المفسد بخلاف ما اذا باع النوى في التمر او البذر في البطيخ حيث لا يكون صحيحا وان نقشهما واخرج المبيع لان في وجوده احتمالا اذا الجذع فعين موجود قال وضربة القانص وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لانه مجهول لان فيه غررا قال وبيع المزابنة وهو بيع الثمر على النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا لانه عليه السلام نهى عن المزابنة والمحاقلة فالمزابنة ما ذكرنا والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما اذا كانا موضوعين على الارض ولكن العرايا لورود النص على ما قال الشافعي رحمه الله خمسة اوسق لانه عليه السلام نهى عن المزابنة ورخص في العرايا وهو ان يبيع بخرصها تمرا فيما دون خمسة اوسق قلنا العرية العطية لغة وتاويله ان يبيع المعرى له ما على النخيل من المعرى بتمر مجذوذ وهو بيع مجازا لانه لم يملكه فيكون بيعا ابتداء

على ظهورها فعرف بذلك ان كل بيع في غلافه لا يجوز كاللبن في الضرع واللحم في الشاة الحية اذ شحمها او الية او اكارعها او جلودها او دقيقا في نخالته او سمنا في هذه اللبن ونحو ذلك من الاشياء التي في غلفها لا يمكن علفها لا يمكن اخذها وتسليمها الا بافساد الخلقة والجوب في قشرها مستثنى من ذلك بما اسلفناه والذهب والفضة في ترابهما بخلاف جنسهما والله الموفق قوله وجذع من سقف بالجر اي لا يجوز بيع جذع من سقف وذراع من ثوب لما ذكرنا من الضرر قال والقطع كالعمامة والقميص اما ما لا يضره القطع كالكرباس فيجوز وقول الطحاوي في اجر من حائط وذراع من كرباس او ديباج لا يجوز ممنوع في الكرباس او محمول على كرباس تعيب اما ما لا تعيب فيجوز كما يجوز بيع قفيز من صبرة وكذا لا يجوز بيع حلية من سيف او نصف فرع لم يدرك لانه لا يمكن تسليمه الا بقطع جميعه وكذا بيع فص خاتم مركب فيه ومثله نصيبه من ثوب مشترك من غير شريكه وذراع من خشبة للزوم الضرر في التسليم في كل ذلك واورد عليه انه ضرر لزم البائع بالتزامه اجيب بانه التزم العقد والضرر فيه ولا يخفى ما فيه وقول فخر الاسلام ان رضي قبله ان يرجع فيبطل البيع الا ان يقطعه او يقلعه فيسلمه قبل نقض البيع فينقلب صحيحا كذلك فان الرجوع لا يمكنه مع اللزوم وهو التزام العقد بما فيه من الضرر واما ايراد المحاباة فدفع بانه ليس فيها استهلاك مال نعم يرد بيع الجناب التي لا تخرج الا بقلع الابواب على قول من اجاز والبعض قد منعه واجيب بان المتعيب الجدران دون الجناب وبهذا يفيد ان المنظور اليه في المنع تعييب المبيع والكلام السابق يفيد انه تعييب غير المبيع وهو الظاهر والحق انه لا بد من سمع حاكم بمنع هذا وما يلحق بهذا وهو المعول عليه وذلك هو الحديث السابق من نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع اللبن في الضرع والسمن في اللبن افاد ان المنع اذا كان لا يسلم المبيع الا بعيب فيه ضرر يغير المبيع فاللبن يدخله ضرر تسليم الثمن وانظر من هذا ثبوت الاجماع على عدم جواز بيع اطراف الحيوان كيف شاة واليتها ورجلها وهو معلل بما يلزم في التسليم من الضرر على البائع في المبيع من ذبح الشاة فخرج بيع الجناب التي يحتاج في تسليمها الى هدم اكثر في الابواب على من يصحح بيعها قوله ولو لم يكن معينا يعني الجذع والذراع لا يجوز لما ذكرنا من لزوم الضرر ورد للجهالة ومعلوم ان هذا فيما يتعيب بالتبعيض ويختلف بخلاف درهم من قطعة نقرة ولو قلع البائع الجذع وقطع الذراع يعود العقد صحيحا لزوال المفسد قبل نقض المبيع ولو فعل بعد الفسخ لا يجوز وقوله بخلاف ما اذا باع النوى في التمر او البذر في البطيخ وكسرها وسلم البذر والنوى قبل الفسخ لا يعود صحيحا لان الفساد للغرر اذ في وجودها احتمال وكان كبيع بلا مبيع فوقع باطلا بخلاف الجذع فانه عين محسوسة قائمة وانما يفسد للزوم الضرر فاذا تحمله البائع وسلمه قبل الفسخ وقع التسليم في بيع صحيح لان الفرض ان المبيع قائم لكن بوصف الفساد فاذا زال المفسد قبل زوال المبيع صار بالضرر وقد رضيا بالفساد وهو معنى الصحيح فهذا معنى قولهم انقلب صحيحا بخلاف الاول وقع باطلا وهو معنى المعلوم شرعا فليس هناك بيع قائم ليزول المبطل فيبقى بيعا بلا بطلان بل اذا زال المبطل بقي ملك المبيع بلا مانع من ايراد العقد الصحيح عليه وعدم المانع عن ايراد العقد الصحيح وايجاده ليس وجود البيع الصحيح ونقض لعدم جواز البيع فيما اذا باع جلد شاة معينة او كرشها وسواد بطنها فذبحها واعطاه ذلك حيث لا ينقلب جائزا مع انه تحمل الضرر بالذبح اجيب بان المنع هناك لعلة اخرى غير لزوم الضرر في التسليم وهو كونه متصلا متضمنا لمالية خلقة والنص بمنعه وهو النهي عن الصوف على الظهر واللبن في الضرع والسمن في اللبن وقد يقال لا اثر لذلك فيما فيه الكلام وهو انه اذا زال المانع بالذبح والفصل فان قيل بتناوله بعد الفصل النهي عنه قبل الفصل وحين وقع وقع منهيا قلنا وكذا الجذع في السقف سواء قوله وضربة القانص بالرفع والجر على قياس ما تقدمه وهو الصائد يقول لبتكسة ما يخرج من القارة هذه السبكة مرة بكذا وقيل بالغين واليا والغايص قال في تهذيب الازهري نهى عن ضربة الغائص وهو الغواص يقول اغوص غوصة فما اخرجته من اللآلي فهو لك بكذا وهو بيع باطل لعدم ملك البائع في المبيع فيما يقع له قبل العقد فكان غررا وجهالة ما يخرج قوله وبيع المزابنة وهو بيع الثمر على النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا لانه صلى الله عليه وسلم

قال ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة والمنابذة وبيوع كانت في الجاهلية وكان يراد بها رجلان على سلعة اما يتساومان فاذا لمسها المشتري او نبذها اليه البائع او وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع فالاول بيع الملامسة والثاني بيع المنابذة والثالث القاء الحجر وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع الملامسة والمنابذة ولان فيه تعليقا بالخطر

عن بيع المزابنة في الصحيحين من حديث جابر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة والمحاقلة وزاد مسلم في لفظ وزعم جابر ان المزابنة بيع الرطب في النخل بالتمر كيلا والمحاقلة في الزرع على نحو ذلك بيع الزرع القائم بالحب كيلا واخرج البخاري عن انس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمخابرة والملابسة والمنابذة والمزابنة وقوله المزابنة بمثل كيله خرصا الخرص الحزر وكذا العنب بالزبيب لا يجوز ومعنى النهي انه مال الربا فلا يجوز بيعه بجنسه مع الجهل بتساويهما كما لو كانا موضعين على الارض وقال الشافعي رح يجوز المزابنة بالتفسير الذي ذكرنا فيما دون خمسة اوسق لما في الصحيحين من حديث ابي هريرة رض انه صلى الله عليه وسلم رخص في بيع العرايا وفي الصحيحين ايضا عن ابن عمر عن زيد بن ثابت رخص عرم في بيع العرايا ان تباع بخرصها فيما دون خمسة اوسق او في خمسة اوسق لنا ما في الصحيحين من حديث ابي هريرة رض انه صلى الله عليه وسلم رخص في بيع العرايا وفي الصحيحين ايضا عن ابن عمر عن زيد بن ثابت رخص عرم في بيع العرايا ان تباع بخرصها فيما دون خمسة اوسق والحديث لما في الصحيحين من حديث ابي هريرة رض انه صلى الله عليه وسلم رخص في بيع العرايا وفي الصحيحين ايضا عن ابن عمر عن زيد بن ثابت رخص عرم في بيع العرايا ان تباع بخرصها فيما دون خمسة اوسق او في خمسة اوسق لنا

قال ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين بجهالة المبيع قوله قال على انه بالخيار في ان يأخذ ايهما شاء جاز البيع استحسانا وقد ذكرناه بشروطه
قال ولا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها للمراد الكلأ اما البيع فلانه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث واما اجارتها
فلانها عقدت على استهلاك عين مباح ولو تصدق على استهلاك عين مملوك بان استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا اولى

كل واحد منهما ثوبه الى الآخر ولم ينظر كل واحد منهما الى ثوب صاحبه على جعل النبذ بيعا وهذه كانت بيوعا يتعارفونها في الجاهلية وكذا القمار بالجوز ان يلقي
حصاة وثمة ثوب فاي ثوب وقع عليه كان هو المبيع بلا تأمل ورويه ولا خيار بعد ذلك ولا بد ان يسبق تراوضهما على الثمن ولا فرق بين البيع بعيبا فاذا
تراوضا فالقاه اليه البائع لزم المشتري فليس له ان يقبل او غيره بعين كما ذكرناه ومعنى النهي كل من الجهالة وتعليق التمليك بالخطر فانه في معنى اذا
وقع حجري على ثوب فقد بعته بنك او بعتنيه بكذا واذا نبذته او لمسته والتساوم تفاعل من السوم ساوم البائع السلعة عرضها للبيع وذكر تنهما
وساومها المشتري بمعنى استامها سوما ومنه لا يسوم الرجل على سوم اخيه اي لا يطلب البيع ويراوض فيه حال من اوضة اخيه فيه لانه بمعنى الاشتراء
كما قيل بل نهيه عن السوم يثبت الزاما فانه اذا نهى عن الكلم في الشراء فكيف بحقيقة الشراء قوله ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع الا ان يكون
على هذا الوجه وهو ان يقول بعتك واحدا منهما على انك بالخيار تأخذ ايهما شئت فانه يجوز استحسانا وتقدم ذكرها بفروعها في خيار الشرط قوله و
لا يجوز بيع المراعي ثم فسرها بالكلأ فقالوا هم ان يراد مكان الراعي فانه جائز ولا اجارتها اما البيع فلانه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه اشتراك
اباحة لا ملك ولانه لا يحصل به للمشتري فائدة فان المقصود من الملك يحصل بلا بيع او يتملكه بدونه بالحديث الذي رواه ابو داود في سننه في البيوع
عن جرير بن عثمان عن ابي فراس بن خيان بن زيد عن رجل من الصحابة رضي قال غزوت مع النبي صلى الله عليه وسلم ثلثا اسمعه يقول المسلمون
شركاء في ثلاث في الماء والكلأ والنار ورواه احمد في مسنده وابن ابي شيبة واسند ابن عدي في الكامل عن احمد وابن معين انهما قالا في جرير ثقة
ومجهالة الصحابي لا تضر ومعنى الشركة في النار الاصطلاء بها وتجفيف الثياب يعني اذا اوقد رجل نارا فلكل ان يصطلي بها اما اذا اراد ان ياخذ منها
فليس له ذلك الا باذن صاحبه كذا ذكره القدوري ومعناه في الماء الشرب وسقي الدواب والاستقاء من الآبار والحياض والانهار المملوكة و
في الكلأ ان له احتشاشه وان كان في ارض مملوكة غير ان لصاحب الارض ان يمنع من الدخول في ارضه واذا منع فلغيره ان يقول ان لي في
ارضك حقا فاما ان توصلني اليه او تحشه او تسقني وتدفعه لي وصار كثوب رجل وقع في دار رجل اما ان ياذن للمالك في دخوله ليأخذه
واما ان يخرجه اليه اما اذا احرز الماء بالاستقاء في آنية والكلأ بقطعه جاز بيعه لانه بذلك ملكه وظاهر ان هذا اذا ثبت بنفسه فاما لو كان سقي الارض واعدادها
للانبات نبت ففي الذخيرة والمحيط والنوازل يجوز بيعه لانه ملكه وهو مختار الصدر الشهيد وكذا ذكر في اختلاف ابي حنيفة وزفر ثبت الكلأ بانباته جاز
بيعه وكذا لو حدق حول ارضه وبيابا للانبات حتى نبت القصب صار ملكا له ولا يجوز بيع كماة في ارضه قبل ان تقلعها ولا ماء وقال القدوري لا يجوز
بيع الكلأ في ارضه وان ساق الماء الى ارضه وحفته مؤنة لان الشركة فيه ثابتة وانما تنقطع بالحيازة وسوق الماء الى ارضه ليس بحيازة والاكثر على الاول
الا ان على هذا القائل ان يقول ينبغي ان حافر البئر يملك بناءها ويكون بتكلفة الحفر والى تحصيل الماء يملك الماء كما يملك الكلأ بتكلفة سوق الماء الى الارض
لينبت فله بيع المستقى فان لم يكن في ارض مملوكة له ثم الكلأ ذكر الحلواني عن محمد انه ما ليس له ساق ومآله ساق ليس كلأ وكان الفضلي يقول هو ايضا كلأ
وفي المغرب هو كل ما رعته الدواب من رطب ويابس وهو واحد الاكلأ واما الاجارة فلانها لو صحت ملك بها الاعيان وحكمها ليس الا ملك المنافع نعم
اذا كانت الاعيان آلة لاقامة العمل المستحق كالصبغ واللبن في استيجار الظئر فيملك بعد اقامة العمل تبعا اما الابتداء فلا وكذا لو استاجر بقرة ليشرب لبنها
لا يجوز مع انها عقدت على استهلاك عين مملوكة فهذا اولى لانها على استهلاك عين غير مملوكة وبل الاجارة فاسدة او باطلة ذكر في الشرب انها فاسدة حتى
يملك الآجر الاجرة بالقبض وتفيد حكمه فيه وقيل ليست الآدمية انه في حكم المنفعة شرعا بدليل ان عينه لا يجوز بيعه ولا يضمن بتلفه والحيلة في ذلك ان يستأجر

قال ولا يجوز بيع النحل وهذا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح يجوز اذا كان محرزا وهو قول الشافعي له لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وان كان لا يؤكل كالفيل والحمار وجه قولهما ان من العوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج منه لا يفيد جواز بيعه كالخل فانه يكون منتفعا به قبل الخروج حتى لو باع خلا او فيها عسل بما فيها من النحل يجوز بتعالله كذا ذكره الكرخي رح ولا يجوز بيع دود القز عند ابي حنيفة رح لانه من العوام وعند ابي يوسف رح يجوز اذا ظهر فيه القز تبعا له وعند محمد رح يجوز كيف ما كان لكونه منتفعا به ولا يجوز بيع بيضه عند ابي حنيفة رح وعندهما يجوز لو كان الظهور وقت ابو يوسف رح مع ابي حنيفة رح كما في دود القز والحمام اذا علم عددها واما لو تسليمها جاز بيعها لانه مال مقدور التسليم ولا يجوز بيع الابق لنهي عليه السلام عنه ولانه لا يقدر على تسليمه الا ان يبيعه من رجل زعم انه عنده لان المنهي بيع ابق مطلق وهو ان يكون آبقا في حق المتعاقدين ودخل غير آبق في حق المشتري لانه اذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد اذا كان في يده وكان اشهد عند اخذه لانه امانة عنده وقبض الامانة لا يتوجب عن قبض البيع ولو كان لم يشهد يجب ان يصير قابضا لانه قبض غصب ولو قال هو عندي فلان فمضى فباعه لا يجوز لانه آبق في حق المتعاقدين ولانه لا يقدر على تسليمه لو باع الآبق ثم عاد فباعه ذلك العقد لانه وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير في الهواء وعن ابي حنيفة رح انه يتم العقد اذا لم يفسخ لان العقد انعقد بقيام المالية ولما لم تدل الاقدم فوجب عن التسليم كما اذا ابق العبد المبيع هكذا ايردي عن محمد رح

يضرب فيها قسطاطه وليجعله خطيرة لغنمه ثم يستبيح المرعى فيحصل مقصودهما قوله ولا يجوز بيع النحل عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يجوز اذا كان محرزا وهو قول الشافعي لانه منتفع به حقيقة وشرعا عند ورود التسليم اذا كان محرزا يجوز بيعه واذا كان لا يؤكل كالفيل والحمار يجوز بيعهما وان لم يؤكل للانتفاع بهما والقدرة على تسليمهما ولابي حنيفة وابي يوسف رح انه من الهوام فلا يجوز بيعه كما لا يجوز بيع الوزغ والعقرب والزنبور والحية وهذا لانه هو في نفسه من الهوام لانه غير منتفع به وانما الانتفاع بما يتولد منه لا بعينه بخلاف الجحش لانه منتفع به في ثاني الحال فقبل الحدوث ما يتولد منه لا منتفع به بل هو في نفسه هالته من الهوام ولذا قال في الجامع الصغير ان وجدها عيبا بكم يردها اشارة الى ان النحل لا قيمة لها حتى لو باعه تبعا للكوارة فيها عسل وهو فيها جاز ذكر الكرخي كالشرب والطريق وقال القدوري انه حكى عن ابي الحسن الكرخي انه كان ينكر هذه الطريقة ويقول انما يدخل في البيع تبعا ما هو من حقوق المبيع وانتباعه والنحل ليس من حقوق العسل الا انه ذكر في جامعه هذا التعليل بعينه عن ابي يوسف رح والتبعية لا تختص في الحقوق كالمفاتيح فالعسل تابع للنحل في الوجود والنحل تابع له في المقصود بالبيع والكوارة بضم الكاف وتشديد الواو عسل النحل اذا سوي من طين وفي المغرب هي كوارة النحل مخففة وفي المغرب بالكسر من خير تشديد وقيد الزمخشري بفتح الكاف وفي الغريبين بالضم قوله ولا يجوز بيع دود القز عند ابي حنيفة رح لانه من الهوام وعند ابي يوسف رح يجوز اذا ظهر فيه القز تبعا له واجاز بيع بذر القز الذي يكون منه الدود وعند محمد رح يجوز كيف ما كان لكونه منتفعا به واجاز السلم فيه كيلا اذا كان وقته وجعل منتهى الاجل في وقته وجوابه ما تقدم في المسئلة قبلها وهو ان المنتفع به ما يخرج منه فقبله يكون غير منتفع به والكلام في بيعه ح والوجه قول محمد رح للعادة والضرورة وقد ضمن محمد رح تسلف كل من النحل ودود القز وفي الخلاصة في بيعهما قال الفقيه على قول محمد رح لا يخفى ان محمدا ناسب اصله في مسئلة بيع النحل في القول بجوازه وابو حنيفة رح كذلك في قوله بعدمه واما ابو يوسف رح فيجب ان يقول مثله في النحل وما قدمه المصنف في النحل عن الكرخي من جوازه اذا بيع تبعا للكوارة ظاهره انه يجوز باتفاق ح وعلى هذا يجب ان لا يختلف ابو حنيفة رح مع ابي يوسف رح في دود القز بل يقول ان تبعا ان كان وحده لا يجوز لانه من الهوام وان كان تبعا للقز فيقولان بالجواز فيهما فلا معنى لافراد ابي حنيفة رح في هذه وقوله وان ابي يوسف رح معه في ذلك والاتفاق على عدم جواز بيع ما سواهما من الهوام كالحيات والعقارب والوزغ والعضاية والقنافد والجعل والضب فلا يجوز بيع شيء من البحر الا السمك كالضفدع والسرطان والسلحفاة وفرس البحر وغير ذلك وقال محمد رح اذا كان الدود ورق التوت من واحد والعلم من آخر على ان يكون القز بينهما نصفين اذا قل او اكثر لا يجوز وكذا لو كان العمل منهما وهو بينهما نصفان وفي فتاوى الولوالجي امرأة اعطت امرأة بزر القز وهو بزر الفيلق بالنصف فقامت عليه حتى ادرك فالفيلق لصاحب البذر لانه حدث من بذرها ولها على صاحبته البذر قيمة الاوراق واجر مثلها وعلى هذا اذا دفع بقرة الى آخر يعلفها ليكون الحادث بينهما بالنصف فالحادث كله لصاحب البقرة وله على صاحب البقرة ثمن العلف واجرة مثله وعلى هذا اذا دفع الدجاج ليكون البيض بالنصف قوله والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز بيعها اما اذا كانت في برجها ونحارجها مسدودة فلا اشكال في جواز بيعها واما اذا كانت في حال طيرانها ومعلوم بالعادة انها تجيء فكذلك لان المعلوم عادة كالواقع فكان مملوكا مقدور التسليم وتجويز كونها لا تعود او عوض عدم عودها لا يمنع جواز البيع كتجويز هلاك المبيع قبل القبض فانه لا يمنع جواز البيع ثم اذا عرض الهلاك انفسخ كذا ههنا اذا عرض وقوع عدم العود انفسخ وصار كالطير المرسل في برفانه يجوز وان جاز ان لا يعود قوله ولا يجوز بيع الآبق الآبق اذا لم يكن عند المشتري لا يجوز بيعه باتفاق الائمة الاربعة ويجوز عتقه غير انه اذا اعتقه عن كفارة اشترط العلم بحياته ويجوز هبته لابنه الصغير او اليتيم في حجره بخلاف البيع لانه الصغير حيث لا يجوز لان شرطه

قال ولا بيع لبن امرأة في قدح وقال الشافعي رحمه الله يجوز بيعه لانه مشروب طاهر لنا انه جزء الآدمي وهو بجميع اجزائه مكرم ممنوع عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها فاما اللبن فلا رق فيه لانه يختص بمحل يتحقق فيه القوة التي هي ضده وهو الحي ولا حياة في اللبن

القدرة على التسليم عقيب البيع وهو منتف وما بقي له من اليد لا يصلح لقبض العبة ولا يصلح لقبض البيع لانه قبض ما زال مقبوض من مال الابن وهذا قبض ليس بازالة مال يخرج من مال الولد فكيف تملك الصيلة نظر الاصغير فانه لو عاد عاد على ملك الصغير ولهذا اجزنا بيعه ممن في يده لثبوت التسليم والمقصود من القدرة على التسليم ثبوت التسليم فاذا كان ثابتا حصل المقصود بخلاف ما لو جاء المشتري برجل معه وقال عبدك الابق عندي فبعينه وانا اقبضه منه واعترف بذلك الرجل لا يجوز بيعه لان تسليمه فعل غيره وهو لا يقدر على فعل غيره فلا يجوز واذا جاز بيعه هل يصير قابضا في الحال حتى لو رجع فوجده هلك بعد وقت البيع تم القبض والبيع ان كان حين قبضه اشهد انه قبض هذا ليرده على مالكه لا يصير قابضا لان قبضه هذا قبض امانة حتى لو هلك قبل ان يصل الى سيده لا يضمنه وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع فان هلك قبل ان يرجع اليه انفسخ البيع ورجع بالثمن وان لم يشهد يصير قابضا لان قبضه اذا لم يشهد قبض غصب وهو قبض ضمان كقبض البيع ولو عاد من اباقه وقد باعه ممن ليس عنده هل يعود البيع جائزا اذا سلمه فعلى ظاهر الرواية لا يعود صحيحا وهو مروي عن محمد كما اذا باع خمرا فتخلل قبل التسليم او باع طيرا في الهواء ثم اخذه لا يعود صحيحا وهذا يفيد ان البيع باطل وهو مختار مشائخ بلخ والشرط لان وجود الشرط يجب كونه عند العقد وفي رواية اخرى عن محمد وهو رواية عن ابي حنيفة يجوز لقيام المالية والملك في الابق واذا صح عتقه فكان كبيع المرهون اذا اعتكه قبل الخصومة وفسخ القاضي البيع وبه اخذ الكرخي وجماعة من المشائخ حتى اذا امتنع البائع من تسليمه او المشتري من قبوله اجبر على فك لان صحة البيع كانت موقوفة على القدرة على التسليم وقد وجد قبل الفسخ بخلاف ما اذا رجع بعد ان فسخ القاضي البيع وتخاصما فانه لا يعود صحيحا اتفاقا وهذا يقتضي ان البيع فاسد فالحق ان اختلاف الرواية والمشائخ فيه بناء على الاختلاف في انه باطل او فاسد فانك علمت ان ارتفاع المفسد في الفاسد يرده صحيحا لان البيع قائم مع الفساد وارتفاع المبطل لا يرجع لان البيع لم يكن قائما بصفة البطلان بل معدوما فوجه البطلان عدم القدرة على التسليم ووجه الفساد قيام المالية والملك والوجه عندي كون عدم القدرة على التسليم مفسدا لا مبطلا وهذا مما يخرج فيه الخلاف فانهم اختلفوا في بيع الطير في الهواء وان كان اخذه ثم ارساله فانه لا يخرج عن ملكه وقد اختلفوا فيما لو اخذه بعد بيعه وسلمه فطائفة مع الكرخي يعود جائزا والبلخيون لا يعود جائزا وانما الضرورة ان من قال بالجواز قائل بانه فاسد مع عدم القدرة على التسليم وقول من قال الحيلة كونه مالا مملوكا مقدورا التسليم ان عنى بحيلة البيع الصحيح فنعم والا فلا بل محل البيع المال المملوك للبائع او غيره فان كان له فاخذا او لغيره فموقوف والنافذ منه صحيح ان كان بيعه مقدور التسليم وليس فيه شرط فاسد والا فاسدا وما حديث النهي عن بيع الابق فرواه اسحق بن راهويه اخبرنا سويد بن عبد العزيز الدمشقي قال ثنا جعفر بن الحارث او الاشهب الواسطي قال حدثني من سمع محمد بن ابراهيم التيمي عن ابي سعيد الخدري ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن شرار ما في بطون الانعام حتى تضع وعن بيع ما في ضروعها وعن بيع العبد وهو ابق ورواه ابن ماجة بسنده فيه جهظم بن عبد الله عن محمد بن ابراهيم عن محمد بن زيد العبدي عن شهر بن حوشب عن ابي سعيد الخدري يرفعه الا انه قال وعن شرار العبد وهو ابق وعن شرار المغانم حتى تقسم وعن شرار الصدقات حتى تقبض وعن ضربة القانص وشهر مختلف فيه وقال ابو حاتم ان ابن محمد بن ابراهيم مجهول وقيل فيه انقطاع ايضا وعلى كل حال فالاجماع على ثبوت حكمه دليل على ان هذا الضعف بسبب الظاهر صحيح في نفس الامر قوله ولا بيع لبن امرأة في قدح هذا القيد ليس لان منع بيعه بعد انفصاله عن محله فانه لا يكون في قدح الا بعد انفصاله اما حين القدحية فليس قيدا بل سائر الاواني سواء وانما هو قيد باعتبار لازمه وهو انفصاله عن بقره كيلا يظن ان امتناع بيعه ما دام في الضرع كغيره على سائر احواله لا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه وهو مذهب مالك واحمد وعند الشافعي يجوز لانه مشروب طاهر فيجوز بيعه ونحن نمنع انه مشروب مطلقا بل للضرورة حتى اذا استغنى عن الرضاع لا يجوز شربه والانتفاع به يحرم حتى منع بعضهم صبه

قال ولا يجوز بيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة فان ذلك العمل يتأتى بدونه ويوجد مباحا الاصل فلا ضرورة الى البيع لو وقع في الماء القليل فسد عند ابي يوسف رح وعند محمد رح لا يفسد لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ولابي يوسف رح ان الاطلاق للضرورة فلا تظهر الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغائر حالة الاستعمال ولا يجوز بيع شعور الانسان ولا الانتفاع به لان الآدمي مكرم لا يتبذل فلا يجوز ان يكون ثمنا ولا مثمنا بجزائه مهانا مبتذلا وقد قال عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وانما رخص فيما يخرز من الوبر فيزيد في قرون النساء ذوابهن

في العين الرمدة وبعضهم اجازه اذا عرف بدواء عند البر وتقول هو جزء الآدمي وهو مكرم معصوم عن الاستبذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة ولبن الامة وعن ابي يوسف انه يجوز في لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد على كلها فيجوز على جزيها قلنا الجواز بتبع المالية ولا مالية للانسان اذ لا كان محلا للرق وهو الحي ولا حياة في اللبن ولان الحق قوة شرعية حاصلها قدرة تثبت له شرعا على تصرفات شرعية ترد على الرق فترفعه فلا بد من اتحاد محلها وليس اللبن محل تلك القدرة فان قيل اجزاء الآدمي مضمونة فيجب كون اللبن كذلك يضمن بالاتلاف اجيب بمنع ضمان اجزائه مطلقا بل المضمون ما انتقص من الاصل حتى لو نبتت سن قلعت لا ضمان الا ما تستوفى بالوطي فانه مضمون وان لم ينقص شيأ تغليظا لامر البضع فجعل ما يستوفى بالوطي في حكم النفس بخلاف سن جز صوف شاة فانه يضمن وان نبت غيره وباتلاف اللبن لا ينقص شيء من الاصل ولان حرمة المصاهرة تثبت بشربه ففي اشاعته بيعه فتح لباب فساد الانكحة فانه لا يقدر على ضبط المشترين والبائعين فيشيع فساد الانكحة بين المسلمين وهذا وان كان يندفع اذا كانت حرمته شرعية شائعة بالدار فيعلم ان شراءه ليس لامنفعة اخرى كشراء الامة المجوسية بعد استتهار حرمته وطيها شرعا لكنهم يجيزون شربه لكبير هذا وقد اسند الفقيه ابو الليث الى محمد بسند متصل قال سمعت الفقيه ابا جعفر يقول سمعت الفقيه ابا القاسم احمد بن جم قال قال نصير بن يحيى سمعت الحسن بن سيهوب يقول سمعت محمد بن الحسن يقول جواز اجارة الظير دليل على فساد بيع لبنها لانه لما جازت الاجارة يثبت ان سبيله سبيل المنافع وليس سبيله سبيل الاموال لانه لو كان المالم يجز اجارة الظير الا ترى ان رجلا لو استاجر بقرة على ان يشرب لبنها لم تجز الاجارة فلما جاز اجارة الظير ثبت ان لبنها ليس بمال انهذا واما المصر فانما علل المنع بان الآدمي مكرم بجميع اجزائه فلا يستبذل بالبيع وسياتي باقيته **قوله** ولا يجوز بيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له واورد عليه انه جعل البيع هنا في لبن المرأة اهانة ملتفتا من جواز البيع للزوم الاكرام والبيع نفيه وجعله في مسئلة بيع الخمر والخنزير اعزازا فبطل للزوم الاهانة شرعا والبيع اعزازا وهذا تناقض الجواب ان الفعل الواحد قد يكون بالنسبة الى محل اهانة وبالنسبة الى اخر اكراما مثلا لو امر السلطان بعض سائس الدواب ان يلازم الوقوف بالحضرة مع الواقفين كان غاية الاكرام له ولو امر القاضي بذلك كان غاية الاهانة له فالخمر والخنزير في غاية الاهانة شرعا فلو جعل مبيعا مقابلا بالمبتذل معززا كالدراهم والثياب كان غاية اكرامه والآدمي مكرم شرعا وان كان كافرا فاريد العقد عليه وابتذاله به والحاقه بالجمادات اذلال له هذا وتعليل المصنف بالنجاسة لمنع البيع يرد عليه بيع السرقين فالمعول على التعليل بالانتفاع والحاجة اليه مع امكان وجود مباح الاصل فلا تنافي ثم يجوز الانتفاع به للغير فان الخرازين لا يتأتى لهم ذلك العمل بدونه وهو يوجد بمباح الاصل فلا حاجة الى بيعه فيلزمهم بيعه في محل الضرورة حتى يجوز وعلى هذا قال الفقيه ابو الليث فلو لم يوجد الا بالشراء جاز شراؤه لشمول الحاجة اليه وقد قيل ايضا ان الضرورة ليست ثابتة في الخرز بل يمكن ان يقام بغيره وقد كان ابن سيرين لا يلبس خفا خرز بشعر الخنزير فعلى هذا لا يجوز بيعه ولا الانتفاع به وروى ابو يوسف كراهة الانتفاع به لان ذلك العمل يتأتى بدونه كما ذكرنا الا ان يقال ذلك فرد محتمل مشتقة في حاجته نفسه فلا يجوز ان يلزم لهموم حرجا شامله ثم قال ابو يوسف انه لو وقع في ماء قليل افسده وعند محمد لا ينجس به لان حل الانتفاع به دليل طهارته والصحيح قول ابي يوسف لان حكم الضرورة لا يتعداها وهي في الخرز فتكون بالنسبة اليه فقط كذلك وما ذكر في بعض المواضع من جواز صلوة الخرازين مع شعر الخنزير وان كان اكثر من قدر الدرهم ينبغي ان يخرج على القول بطهارته في حقهم اما على قول ابي يوسف فلا وهو الوجه فان الضرورة لم تدعهم الى ان يعلق بهم بحيث لا يقدرون على الامتناع عنه ويجتمع في ثيابهم هذا المقدار **قوله** ولا يجوز بيع شعور الانسان مع قولنا بطهارته ولا الانتفاع به لان الآدمي مكرم غير مبتذل فلا يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهانا ومبتذلا في بيعه اهانة له وكذا في امتهانه بالانتفاع وقد قال صلى الله عليه وسلم

قال ولا بيع جلد الميتة قبل ان يدبغ لانه غير منتفع به قال عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب ولا عصب لغير المدبوغ على ما مر في كتاب الصلوة ولا بأس ببيع ما لا ينتفع به كالدود والباغ لانها طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلوة ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها والانتفاع بكل ذلك لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة وقد قررناه من قبل الفيل كالخنزير يحبس العين عند محمد رحمه الله فهو بمنزلة السباع حتى يجوز بيعها والانتفاع بها لانه يحل كل لحم ذكي وقال ابو حنيفة رحمه الله لا يجوز بيع الفيل لانه نجس العين عنده كالخنزير وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز بيع عظمه وينتفع به قال واذا كان اسفل الرجل على حدة واعلاه على حدة فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان حق التعلي للمال وهو ليس بمال وانما المال هو المحل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض بالاتفاق الروايات وقد مر في رواية وهو اختيار مشائخ بلخ رحمهم الله لانه حط من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب

فيما ثبت عنه في الصحيحين لعن الله الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة والواصلة هي التي تصل الشعر بشعر النساء والمستوصلة المعمول بها ذلك وفيها وفي هذا اللعن للانتفاع بما لا يحل للانتفاع به الا ترى الى انه رخص في اتخاذ القراميل وهو ما يتخذ من الوبر ليزين في قرون النساء للتكثير فظهر ان اللعن ليس للتكثير مع عدم الكثرة وللمنع القراميل ولا شك ان الزينة حلال قال تعالى من حرم زينة الله التي اخرج لعباده فلو لا لزوم الاهانة بالاستعمال لحل وصلها بشعور النساء ايضا وفي الحديث لعن الله النامصة والمتنمصة ايضا والنامصة هي التي تنتف الحاجب لترقه والمتنمصة التي تفعل بها ذلك قوله ولا بيع جلود الميتة قبل ان يدبغ لانها غير منتفع بها قال صلى الله عليه وسلم لا تنتفعوا من الميتة باهاب ولقد مر في الصلوة تخريجه وتقريره ولا خلاف في هذا فان قيل نجاستها ليس الا لما يجاورها من الرطوبات النجسة فهي نجسة فكان ينبغي ان يجوز بيعها كالثوب النجس اجيب بان النجس فيها باعتبار اصل الخلقة فانها من حيث كون الجلد فعلي هذا يكون الجلد نجس العين بخلاف الثوب والدهن النجس فان النجاسة فيه عارضة فلا يتغير به حكم الثوب بها فيه وهذا السؤال ليس في تقرير المصنف ما يرد عليه اولا يحتاج الى الجواب عنه فانه ما علل المنع الا بعدم الانتفاع به وانما يرد على من علل بالنجاسة ولا ينبغي ان يعلل بها لبطلان بيع اصلا فان بطلان البيع دائر مع حرمة الانتفاع وهو عدم المالية فان بيع الحر والميتة جائز وهو نجس العين للانتفاع به كما ذكرنا واما جواز بيعها بعد الدباغة فلحل الانتفاع ح شرعا والحكم لطهارتها زيادة ثبتت شرعا على خلاف الملك في طهارة جلد الميتة بالدباغة وتقدم في الصلوة ويجوز بيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وشعرها وريشها وقرنها وحافرها فان هذه الاشياء طاهرة لا يحلها الحيوة ولا يحلها الموت وتقدم في الصلوة قوله والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد فيكون في حكمه عند ابي حنيفة وابي يوسف هو على ان سائر السباع نجس السور واللحم لا العين فيجوز بيع عظمه والانتفاع به في الحمل والمقاتلة والركوب فكان كالكلب يجوز الانتفاع به قيل وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى لفاطمة سوارين من عاج وظهر استعمال الناس له من غير نكير منهم من حكى اجماع العلماء على جواز بيعه وفي البخاري قال الزهري في عظام الميتة نحو الفيل وغيره ادركت ناسا من سلف العلماء يمتشطون بها ويدهنون فيها لا يرون بها بأسا وقال ابن سيرين وابراهيم لا بأس بتجارة العاج وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة منع بيع القرد وروى الحسن عنه انه يجوز بيعه وهو المختار لانه مما ينتفع به في بعض الاشياء قوله واذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان المبيع ح ليس الا حق التعلي وحق التعلي ليس بمال لان المال عين يمكن احرازها وامساكها ولا هو حق متعلق بالمال بل هو حق متعلق بالهوى والهوى لا يباع والمبيع لا بد ان يكون احدهما وقول المصنف والمال هو المحل للبيع تسامح او تنزيل للمتعلق بالمال منزلة المال بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات فيما اذا كان الشرب شرب تلك الارض اما اذا باع ارضا مع شرب غيرها ففي صحته اختلاف المشائخ والصحيح انه لا يجوز واما بيعه منفردا كبيع الشرب يوما او يومين حتى تزدادا وتوبته فجوزه مشائخ بلخ كابي بكر الاسكاف ومحمد بن سلمة لان اهل بلخ تعاملوا ذلك لحاجتهم اليه والقياس يترك بالتعامل كما جوز السلم بالضرورة والاستصناع للتعامل ولانه حط من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب فانه قال فيه ادعى رجل شراء ارض بشربها بالف فشهد شاهد بذلك وسكت الآخر عن الشرب بطلت شهادتهما لاختلافهما في مقدار ثمن الارض لان الذي زاد الشرب نقص من ثمن الارض لان بعض الثمن يقابل الشرب فصار كما اختلفا في مقدار الثمن وقيل لو باع ارضا بشربها فاستحق شربها يحط من الثمن نصيب الشرب واما ضمانه بالاتلاف وهو بان يسقي ارضه بشرب غيره فهو دون

قال وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل المسئلة تحتمل وجهين بيع رقبة الطريق والمسيل بيع حق المرور والتسييل لان كان الاول فوجه الفرق بين المسئلتين ان الطريق معلوم لان له طولا وعرضا معلومين واما المسيل فمجهول لانه لا يدرى قدر ما يشغله من الماء وان كان الثاني بيع حق المرور فبان وجه الفرق على احد يهما بينه وبين حق التسييل ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق اما المسيل على السطح فمجهول نظير حق التعلي وعلى الارض مجهول لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلي على احدى الروايتين ان حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء فاشبه المنافع اما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الارض فاشبه الاعيان

النووي وعلى رواية شيخ الاسلام لا يضمن وقيل يضمن اذا جمع الماء ثم اتلفه ولا يضمن قبل الجمع وح فالالزام بين والمختلف فيه الى المختلف فيه فلا يلزم المخالف وعن الشيخ جلال الدين ابن الصنف انه يضمنه بالاتلاف على ما اذا كان اشهد به لا خر ثم رجع بعد القضاء وقال لا وجه للضمان بالاتلاف الا بهذه الصورة لانه لو ضمن بغيرها فاما بالسقي او بمنع حق الشرب لا وجه الى الاول لان الماء مشترك بين الناس بالحديث ولا الى الثاني لان منع حق الغير ليس سببا للضمان بل السبب منع ملك الغير ولم يوجد واما انه حظ من الماء فهو عين او شئ يتعلق بالعين فاورد عليه انه لو كان عينا ينبغي ان لا يجوز بيعه اذا لم يكن فيه ماء واجيب بانه انما جوز للضرورة وهو بعرضية وجوده كالسلم والاستصناع ثم بتقدير انه حظ من الماء فهو مجهول المقدار فلا يجوز بيعه وهذا وجه منع مشائخ بخارى بيعه مفردا قالوا وتعامل اهل بلدة واحدة ليس هو التعامل الذي يترك به القياس بل ذلك تعامل اهل البلاد ليصير اجماعا فالاستصناع والسلم لا يقاس عليه والضرورة في بيع الشرب مفردا على العموم متحققة بل ان تحقق فحاجة بعض الناس في بعض الاوقات وبهذا القدر لا يخالف القياس فرع باع العلو قبل سقوطه جاز فان سقط قبل القبض بطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض قوله وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل قال المصنف تحتمل وجهين ان يكون المراد بيع رقبة الطريق والمسيل و ان يكون المراد بيع حق المرور الذي هو التطرق والتسييل فان كان الاول وهو بيع رقبة الطريق والمسيل اى مع اعتبار حق التسييل فوجه الفرق بينهما ان الطريق معلوم لان له طولا وعرضا معلومين فان بينه فلا اشكال في حق نفسه وان لم يبينه جاز ايضا وهو المراد بالمسيلة ههنا فانه يجعل مقدار باب الدار العظمى وطوله في لسكة النافذة اما المسيل فمجهول لانه لا يدرى قدر ما يشغله الماء ومن ههنا عرف ان المراد بالمسيلة ما اذا لم يبين مقدار الطريق والتسييل اما لو بين حدا ما يسيل فيه الماء او باع الارض المسيل من نحر او غيره من غير اعتبار حق التسييل فهو جائز بعد ان تبين حدوده وان كان المراد الثاني وهو مجرد حق المرور والتسييل ففي بيع حق المرور مجردا روايتان على رواية الزيادات لا يجوز وبه اخذ الكرخي لجهالته وعلى رواية كتاب القسمة يجوز فانه قال داران بين رجلين فيهما طريق لرجل اخر ليس له سفعها من القسمة ويترك الطريق مقدار باب الدار العظمى فانه لا حق له في غير الطريق فاذا بيعت الدار والطريق برضاهم يضرب صاحب الاصل بثلثي الثمن الطريق وصاحب الممر بثلث الثمن لان صاحب الدار اثنان وصاحب الممر واحد وقسمة الطريق تكون على عدد الروس لان صاحب القليل يساوي صاحب الكثير في الانتفاع انتهى فقد جعل لحق المرور قسطا من الثمن فدل على جواز بيعه وهو قول عامة المشائخ واتفقت الروايات على ان بيع حق التسييل لا يجوز فوجه الفرق على احدلهما اى وجه الفرق بين حق المرور وحق التسييل على الرواية الجيزة للبيع حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق اما التسييل فان كان على السطح فهو نظير حق التعلي وبيع حق التعلي لا يجوز باتفاق الروايات ومن وجه فساده وهو انه ليس حقا متعلقا بما هو مال بل بالهواء وفي هذا نظر فان ذلك اذا باع حق التعلي بعد سقوط العلو فانما يكون نظيرا ما اذا باع حق التسييل على السطح والسطح وان كان على الارض وهو ان يسيل الماء عن ارضه كيلا يفسدها فيمره على ارض غيره فاعطى حكمها فهو مجهول بجهالة محله الذي يأخذه الماء بقيت حاجة الى الفرق بين حق التعلي حيث لا يجوز وبين حق المرور حيث يجوز على رواية وانما يحتاج الى الفرق بانه علل المنع في حق التعلي بانه ليس بمال فيرد عليه ان حق المرور كذلك وقد جاز بيعه في رواية وفي كل منهما بيع الحق لا بيع العين هو ان حق المرور حق متعلق برقبة الارض وهي مال هو عين فما يتعلق به يكون له حكم العين اما حق التعلي فحق يتعلق بالهواء وهو ليس بعين مال واما فرق المصنف بان حق التعلي يتعلق بالبناء وهو عين لا تبقى

قال ومن باع جارية فاذا هو عبد لم يجز بينهما بخلاف ما اذا باع كبشا فاذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير والفرق يبتني على الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد وهو ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعتا فيما تختلف بالجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه وفيما تتحد بالجنس يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب في مسئلتنا الذكر والانثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الاغراض في الحيوانات جنس واحد للتقارب فيهما وهو المعتبر في هذا دون الاصل كالخل والدبس جنسان الوذاري والزند نجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد اصلهما

فاشبه المنافع بخلاف الارض فليس بذلك لان البيع كما يرد على ما يبقى من الاعيان كذلك يرد على ما لا يبقى وان اشبه المنافع ولذا صحح الفقيه ابو الليث رواية الزيادات المانعة من جواز بيعه لان بيع الحقوق المجردة لا يجوز كالتسييل وحق المرور **قوله** ومن اشترى الخ اذا اشترى هذه الجارية بالف فظهرت غلاما فالبيع باطل لعدم البيع وهذه واشالها يبتنى على الاصل الذي تقدم في المهر انه اذا اجتمع تسميته واشارة الى شئ كما ذكرنا من هذه الجارية حيث اشار الى ذات وسماها جارية فان كان المسمى مع المشار اليه جنسين مختلفين كانت العبرة للتسمية لان التسمية ابلغ في التعريف من الاشارة لان الاشارة تعرف الذات الحاضرة والتسمية تعرف الحقيقة المندرجة فيها تلك الذات وغيرها من ذوات لا تحصى معروفة عند العقل باشباههما لتلك الذات وغيرها ونحن في مقام التعريف فيتعلق بما تعريفه اتم وحينئذ يبطل العقد لعدم المبيع الذي هو المسمى كذا ذكره المصنف وهو الظاهر من قول محمد فانه غير هنا بقوله لا بيع بينهما وقيل بل هو فاسد وان كانا من جنس واحد الا ان اختلافهما بالصفة فاحش كان ايضا كاختلاف الجنس فيكون البيع باطلا وان كان قليلا اعتبرت الاشارة فينعقد البيع لوروده على مبيع قائم الا انه ذكر فيه وصفا مرغوبا فيه فلم يجده المشتري فيثبت له الخيار وقول المصنف والفرق يبتني على الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد لا يريد ان الاصل مختلف فيه بل هو متفق عليه وانما ذكر محمد في خلافيته في المهر مستدلا به على قوله فيما اذا تزوج على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فمن الجنسين كل ذكر مع انثى من بني آدم وان كانا متحدي الجنس المنطقي وهو الذاتي المقول على كثيرين مختلفين بمميز داخل فقد الحقا بمختلفيهما بخلاف الذكر والانثى من سائر البهائم غير الادمي فان البيع ينعقد ويثبت الخيار ونقل القدوري عن زفر انه جعل الذكر والانثى من بني آدم كالذكر والانثى من غيرهما فحكم بجواز البيع واجيب بالفرق بفحش اختلاف الاغراض منهما فالحقا بالجنسين فالغلام يراد لخدمته الخارج كالزراعة والتجارة والحراثة والانثى لخدمته الداخل كالعجن والطبخ والاستفراش بخلاف الغلام فكان اختلافهما كاختلاف الجنس بل ليس الجنس في الفقه الا المقول على كثيرين لا يتفاوت الغرض منهما فاحشا فالجنسان ما يتفاوت منهما فاحشا بالنظر الى الذاتي وهذا قول المصنف وهو المعتبر في هذا دون الاصل يعني المعتبر في انهما جنسان او جنس واحد تفاوت الاغراض تفاوتا بعيدا فيكون من اختلاف الجنس او قريبا فيكون من الجنس الواحد دون اختلاف الاصل يعني الذاتي فلذا قالوا الخل مع الدبس جنسان مع اتحاد اصلهما لفحش تفاوت الغرض منهما والوذاري والزنديجي كذلك كذلك الوذاري بفتح الواو وكسرها واعجام الذال ثم راء مهملة نسبة الى وذار قرية من قرى سمرقند والزنديجي بزاء ثم نون ثم دال مهملة ثم نون ثم ياء ثم جيم نسبة الى زندنة بفتح الزاي والنون الاخيرة والجيم زيدت على خلاف القياس مع اتحاد اصلهما هكذا ذكر المصنف عن المشائخ وما ذكر لابي حنيفة رحمه الله في باب المهر يقتضي انه اعتبر الخل مع الخمر جنسا واحدا ومقتضاه ان يعتبر الخل مع الدبس كذلك ومن المختلفين جنسا ما اذا باع فصارعلى انه ياقوت فاذا هو زجاج فالبيع باطل ولو باعه ليلا على انه ياقوت احمر فظهر اصفر صح ويخير كما اذا باع عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب كذا ذكره المصنف وان كانت صناعة الكتابة اشرف عند الناس من الخبز كان الممكن لا يفرق من المشائخ بين كون الصفة خيرا من الصفة التي عينت او لا في ثبوت الخيار كما اطلق في المحيط ثبوت الخيار وذهب آخرون منهم صدر الاسلام ظهير الدين الى انه انما يثبت اذا كان الموجود انقص وصحح الاول لفوات غرض المشتري فان الظاهر ان غرضه من يقوم بحاجته التي عينها لا بما ليس غرضا له الان وكان مستند الفصلين ما تقدم فيمن اشترى عبدا على انه كافر فاذا هو مسلم لا خيار له لانه خير مما عين وقد يفرق بان الغرض وهو استخدام العبد بما يليق به لا يتفاوت بين مسلم وكافر من الزراعة وامورها او التجارة وامورها بخلاف تعيين الخباز او الكتابة ونحوه وانه يفيد

[illegible] فيها [illegible] فقبل ان ينقد الثمن فجوز البيع الثاني
[illegible] فيها بالثمن فصار كالوباعها بمثل الثمن الاول وبازيادة
الوضيعة لان الزيادة [illegible] وقد باعت بريرة بعد ما اشترت فكان ولاءها لمن اشترت واشترت ابنتي زيد بن ارقم ان
فبطل جوده وجحاده وعلم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ان لم يرتب لان الثمن لم يدخل في ضمانه فاذا وصل اليه المبيع ورفعت
[illegible] له فضل نفسه ثمنه وذهب بلا عوض فخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المبادلة

ان جاءته التي لاجلها اشترى هي بهذا الوصف قوله ومن باع جارية بالف درهم حالة او نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع قبل نقد الثمن
بمثل الثمن او اكثر جاز ان باعها من البائع بأقل لا يجوز عندنا وكذا لو اشتراه عبدا او مكاتبا ولو اشترى ولدا او والدا او زوجته فكذلك
عنده وعندهما يجوز لتباين الاملاك وكان كما لو اشتراه اجنبي وتقول كل منهم بمنزلة الاجنبي ولذا لا تقبل شهادة احدهما للاخر ولو اشترى وكيل
البائع باقل من الثمن الاول جاز عنده خلافا لهما لان تصرف الوكيل عنده يقع لنفسه فلذا يجوز للمسلم ان يوكل ذميا بشراء خمر ويبيعها عنده ولكن
ينتقل الملك الى الموكل حكما فكان كما لو اشتراه لنفسه فمات فورثه البائع وعندهما عقد الوكيل كعقده ولو اشتراه وارثه يجوز في ظاهر الرواية عنهم
وعن ابي يوسف لا يجوز ولو باعه المشتري من رجل ووهبه ثم اشتراه البائع من ذلك الرجل يجوز لاختلاف الاسباب شبهة وبه تختلف المسببات وتبين لنا
قال لك واحد وقبل لقبوله قبل نقد الثمن لان ما بعده يجوز بالاجماع باقل وكذا لو باعه بعرض قيمته اقل من الثمن وقال الشافعي لا يجوز كيف ما كان لانه
باعه من غير البائع باقل من ثمنه او مثله قبل نقد الثمن الاول واكثر او بعرض قيمته اقل من الثمن بجامع قيام الملك فيه لانه هو المطلق في الاصول التي
بينهما وتقييده بالعرض دون ان يقول كما لو باعه بخلاف جنسه وقيمته اقل لانه لو باعه بذهب قيمته اقل من الدراهم الثمن لا يجوز عندنا احسانا
خلافا لزفر وقياسا على العرض بجامع انه خلاف جنسه فان الذهب جنس اخر بالنسبة الى الدراهم وجه الاستحسان انهما جنس واحد من حيث كونهما ثمنا ومن حيث
وجب ضم احدهما الى الاخر في الزكوة فيبطل البيع احتياطا والزم ان اعتبارهما جنسا واحدا يوجب التفاضل بينهما احتياطا والجواب ان يقتضي الوجه ولكن
ولكن في التفاضل عند جمع احدهما بالغير الاخر اجماع ولنا قول عائشة رض فلخ ما نقله المصنف عن عائشة رض فيفيد ان المراة هي التي باعت زيدا بعد ان اشترت
منه وحصل البيع الان شريت سمناه يبعث قال تم وشروه وثمن بخس اي باعوه وهو رواية ابي حنيفة فانه روى في سننه عن ابي اسحق السبيعي عن
امراة ابي السفر ان امراة قالت لعائشة رض ان زيد بن ارقم باعني جارية بثمانمائة درهم ثم اشتريها مني بستمائة فقالت بلغيه حسبي ان الله قد ابطل
جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ان يتوب وليس لما شرطت به فيه ان الذي حصل له البيع هي المراة قال ابن عبد الهادي في التنقيح هذا اسناد
جيد وان كان الشافعي قال لا يثبت مثله عن عائشة رض وقول الدارقطني في العالية هي مجهولة لا يحتج بها فيه نظر فقد خالفه غير واحد ولو لا ان عند
ام المومنين علما من رسول الله صلى الله عليه وسلم ان هذا محرم لم تستجز ان تقول مثل هذا الكلام بالاجتهاد وقال غيره هذا مما لا يدرك بالراي والمراد
بالعالية امراة ابي اسحق السبيعي التي ذكر انها دخلت مع ام الولد على عائشة رض قال ابن الجوزي قالوا العالية امراة مجهولة لا يحتج بنقل خبرها قلنا بل هي امراة جليلة
القدر ذكرها ابن سعد في الطبقات فقال العالية بنت سبرة التيمية امراة ابي اسحق السبيعي سمعت من عائشة رض وقولها فيه ما شريت ابتي بعت
قال تم وشروه وثمن بخس اي باعوه وانما فسدت العقد الاول لانه وسيلة وفسدت الثاني لانه مقصود بالفساد وروى هذا الحديث على هذا النحو عبد الرزاق
قال اخبرنا معمر والثوري عن ابي اسحق عن امراته انها دخلت على عائشة رض في نسوة فسالتها امراة فقالت كانت لي جارية فبعتها من زيد
بن ارقم بثمانمائة الى العطاء ثم ابتعتها منه بستمائة فنقدته الستمائة وكتب لي عليه ثمانمائة فقالت عائشة رض الى قولها الا ان تتوب وزاد فقالت

قال ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها واخرى معها من البائع قبل ان ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز فى التى لم يشترها من البائع ويبطل فى الاخرى لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التى لم يشترها منه فيكون مشتريا بالاخرى باقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى فى صاحبتها ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه او لانه باعتبار شبهة الربوا او لانه طارئ لانه يظهر بانقسام الثمن او المقاصة فلا يسرى الى غيرها

المراة لعائشة رض ارايت ان اخذت راس مالى ورددت عليه الفضل فقالت فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف لا يقال ان قول عائشة رض وردها بجهالة الاجل وهو البيع الى العطاء فان عائشة رض كانت ترى جواز الاجل الى العطاء ذكره فى الاسرار وغيره والذى عقل من معنى النهى انه استربح ما ليس فى ضمانه ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن وهذا لان الثمن لا يدخل فى ضمانه قبل القبض فاذا اعاد اليه الملك الذى زال عنه بعينه وبقى له بعض الثمن فهو ربح حصل لا على ضمانه من جهته من باع وهذا لا يوجد فيما اذا اشتراه بمثل الثمن او اكثر فبطل الحاق الشافعى رح بذلك بخلاف ما لو باعه المشترى من غير البائع فاشتراه البائع منه لان اختلاف الاسباب يوجب اختلاف الاعيان حكما وكذا لو دخل فى المبيع عيب فاشتراه البائع باقل لان الملك لم يعد اليه بالصفة التى خرجت فلا يتحقق ربح ما لم يضمن بل يجعل النقصان بمقابلة الخبر الذى احتبس عند المشترى سواء كان ذلك النقصان بقدر ذلك العيب او دونه حتى لو كان النقصان نقصان سعر فهو غير معتبر فى العقود لانه فتور فى رغبات الناس فيه وليس من فوات جزء من العين وكذلك اذا اشتراه بجنس آخر غير الثمن جاز لان الربح لا يتحقق عينه مع اختلاف الجنس لان الفضل انما يظهر بالتقويم والبيع لا يعقب ذلك بخلافه بجنس الثمن الاول لظهوره بالتقويم وقد اورد عليه تجويز كون انكار عائشة رض الوقوع اى البيع الثانى قبل قبض المبيع اذ القبض لم يذكر فى الحديث قلنا لا يصح هذا لانها دسته لاجل الربا بقرينة تلاوة آية الربوا وليس فى بيع المبيع قبل القبض ربا ولا يخفى ضعف هذا الجواب لان تلاوة الآية ظاهرة فى كونها لاشتمالها على قبول التوبة جوابا بالقول المراة ارايت ان اخذت راس مالى ورددت عليه الفضل كان هذا من التوبة فتلت آية ظاهرة فى قبول التوبة وان كان سوقها فى القران من الربا وارد وطلب الفرق بين النهى عن بيع الولد الكائن مع امه منفردا حيث اوجب الفساد فلم اوجبه هذا النهى اذا كان لامر يرجع الى نفس البيع اوجبه فان كان لامر خارج لا والنهى فيما ذكر لتفريق لا لنفس البيع حتى لو فرق بينهما بغير البيع اثم فيكره البيع فى نفسه كالبيع وقت النداء وهنا هو يشبه الربا وهو مخصوص بالبيع وشبهة الربا حكم حقيقته قوله ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها واخرى معها من البائع بخمسمائة قبل نقد الثمن فالبيع جائز فى التى لم يشترها من البائع ويبطل فى الاخرى وهذه فرع المسئلة المتقدمة وهى ان شراء ما باع من المشترى باقل مما باعه به قبل نقد الثمن لا يجوز ووجهه انه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التى لم يشترها منه فيكون مشتريا بالاخرى وهى التى باعها باقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى فى صاحبتها وهى التى ضمت اليها وارد عليه ان علة الفساد فى التى باعها ثم اشتراها لو كان اصابته حصتها ايا ما اقل من خمسمائة المستلزم لشرائها باقل مما باعها به لزم ان لا يفيد البيع فى التى اشترى لها بخمسمائة لجواز انها واخرى معها بالف وخمسمائة لان عند تقسيم الثمن عليهما يصيب كلا منهما اكثر من خمسمائة فليس فيه شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن لكن ذكر والد ايضا فاسد واجيب بان الفساد فى هذه لمعنى آخر وهو تكثير جهات المجوز وليس البعض فى المحل عليه باولى من البعض فامتنع الجواز بخلاف الاكراه فانها تتحير الجواز فيها لتعيين جهته الجواز على ما يجئ فى كتاب الصرف وهذا الوجه لزم ان يمتنع ثبوت موجب موجبات بيوع فيمتنع تعدد العلل لانه يقال فيها مثل ذلك ثم لا يشيع الفساد فى اجزاء ما اشتمل قول قائل اذا كثرت جهات المحل المتعارضة يحرم والحق ان بينهما فرقا فان هناك الموجبات متحققة وهنا المجوز موقوف على الاعتبار فاذا اعتبر واحد امكن اعتبار غيره لكنه لا يزيد النظر الا وكادة فان الاخر قبل الاعتبار لا وجود له ومع ذلك لا يعمل المجوز الذى وجد وتحقق بتحقق الاعتبار فليتامل وحين فهم بعض الشارحين ضعف هذا الوجه عدل الى وجه ذكر انه الوجه وهو ان من الممكنات ان يعتبر فى مقابلة الجارية الاولى من الالف وخمسمائة اقل من خمسمائة واجتمع فيها محرم ومبيح فيفسد وليس هذا من المذهب فى شىء بل اذا اجتمعا فيه اعتبر وجه الصحة تصحيحا كما سياتى فى بيع قفيز حنطة وقفيز شعير بقفيزى حنطة وشعير حيث يصح ويتحرى للجواز اعتبارا للتصحيح تصرف المسلم ولا اشكال فيه على قولهما بل على قوله لان

قال ومن اشترى زيتا على ان يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد وان اشترى على ان يطرح عنه بوزن الظرف جاز لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه قال ومن اشترى سمنا في زق فزاد الظرف وهو عشرة ارطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري لانه ان اعتبر اختلافا في تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان او امينا وان اعتبر اختلافا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول قول المشتري لانه منكر

مذهب ابي حنيفة ان البيع اذا فسد لجهة فسد كله اذا كان الفساد مقارنا فدفعه المصنف بوجوه اولها ان الفساد فيما بيعت ولا ضعيف لاختلاف العلماء فيه كما ذكرناه من مذهب الشافعي فلم يصر الى الاخرى كما اذا اشترى عبدين فاذا احدهما مدبر لا يفسد في الاخر كذلك بخلاف الجمع بين حر وعبد واستشكل بما لو اسلم قوهيا في قوهي ومروي فانه باطل في الكل عنده وعندهما يصح في المروي كما لو اسلم حنطة في شعير وزيت عنده يبطل في الكل وعندهما يصح في حصة الزيت مع ان افساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه فان اسلام هروي في هروي جائز عند الشافعي ولا مخلص منه الا بتعيين تعليل تعدي الفساد بقوة الفساد بالاجماع عليها على العلة لانه يجعل الشرط الفاسد في احدهما وهو شرط قبول العقد في الهروي شرط القبول في المروي ويفسد في المروي بالشرط الفاسد وفي الهروي باتحاد الجنس كذا اعترف به شمس الائمة بعد ان علل هو به في شرح الجامع بانهما ان الفساد في الاولى لشبهة الربوا وسلامة الفضل للبائع الاول بلا عوض والضمان يقابله وهو منتف في المضمونة فلو اعتبرنا تلك الشبهة في التي ضمنت الى المشتري اولا كان اعتبارا الشبهة الشبهة وهذا احسن من تقرير قاضي خان اعتبار الشبهة بان الالف وهو الثمن الاول على شرف السقوط لاحتمال ان يجد المشتري بها عيبا فيرده فيسقط الثمن عن المشتري وبالبيع الثاني لقع الاسن عنه فيكون البائع بالعقد الثاني مشتريا الفا بخمسمائة وانما ان الفساد في الاول طارئ غير مقارن وله وجهان احدهما انهما لم يذكرا في العقد ما يوجب فساده فانه قابل الثمن بالجاريتين وهذه المقابلة صحيحة ولكن بعد ذلك ينقسم الثمن على قيمتهما فيصير البعض بازاء ما باع والبعض بازاء ما لم يبع فحينئذ يفسد البيع فيما باعه وهذا فساد طرأ لان الانقسام بعد وجوب الثمن فلا يتعدى الى الآخر والآخر بسبب المقاصة فان المقاصة تقع بين الثمن الاول والثمن الثاني فيبقى من الثمن الاول فضلا بلا عوض وذلك لان البائع الاول لما باعها بالف ثم اشتراها بخمسمائة قبل النقد فيتقاصان بخمسمائة مثلها فيبقى للبائع من الثمن الاول فضل خمسمائة اخرى مع الجارية والمقاصة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني فيفسد العقد الاول فهو طارئ فلا يظهر في الاخرى كمن باع عبدين صفقة وبين ثمن كل ثم الحقا في ثمن احدهما اجلا هو وقت لحصاد فسد البيع فيه ولا يتعدى الى الآخر فكذا ما نحن فيه واورد عليه ان يفسد العقد في الاخر لمعنى اخر وهو انه جعل قبول العقد فيما لا يصح وهو ما باعه اولا شرطا لقبوله في الاخر فلما قبول العقد فيه ليس بشرط فاسدا لا ترى انه لو كان ثمنه مثل الثمن الاول وخلاف جنسه كان صحيحا وانما الفساد لاجل الربح الحاصل للاعلى ضمانه وهذا يقتصر على العبد الذي باعه اولا ولا يتعدى الى العقد الثاني وفي المبسوط لو اشتراه البائع مع رجل اخر جاز من الاجنبي في نصفه ولو ولدت الجارية عند المشتري ثم استرادها منه باقل من كانت الولادة نقصها جاز كما لو دخلها عيب عند المشتري ثم اشتراها منه بالاقل وان لم تنقصها لا يجوز لانه يحصل ربح لا على ضمانه قوله ومن اشترى زيتا في ظرف صورتها في الجامع محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل اشترى من رجل هذا الزيت وهو الف رطل على ان يزنه ويطرح عنه فيطرح مكان كل ظرف خمسين رطلا قال هذا فاسد وان كان قال على ان تطرح عني وزن الظرف فهو جائز لانه شرط يقتضيه العقد وهو شرط ان تعرف قدر المبيع من غير ان يخص بالثمن بخلاف قوله على ان تزنه وتطرح عنه لكل ظرف عشرة ارطال او خمسين فان البيع حينئذ فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين فان زنة الظرف قد تكون اقل من خمسين فيكون البيع بشرط ترك الثمن عن بعض المبيع وهو نفع للمشتري وقد يكون اكثر منها فيكون البيع بشرط اعطاء ثمن لا في مقابلة مبيع وفيه نفع للبائع والمسئلة بعدها وقع عليها وهو ما في الجامع رجل اشترى من رجل السمن الذي في هذا الزق كل رطل بدرهم فوزنه فبلغ مائة وقبضه المشتري ثم قال وجدت الثمن تسعين رطلا والزق هذا ووزنه عشرة ارطال وقال البائع كان الثمن خمسة وتسعين رطلا والزق غير هذا ووزنه خمسة ارطال فالقول قول المشتري مع يمينه الا ان يقيم البائع البينة لان هذا الاختلاف ان اعتبر خلافا راجعا الى تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض

قال واذا امر المسلم نصرانيا يبيع خمرا وشتراها ففعل ذلك جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز وعلى هذا الخلاف الخمر يرد على هذا الوكيل المسلم عليه بيع صبيه وهما ان الموكل لا يليه فلا يوليه عنده وله ان العاقد هو الذي يلي الشراء بنفسه فلا يجوز ولابي حنيفة رحمه الله ان العاقد وكيل يلتقل الى الموكل فصار كانه باشره بنفسه كما اذا ورثها ثم ان كان حمل عقلها وان كان خنزيرا بيعه هو الوكيل باهليته وولايته انتقال الملك الى الامر حكمي فلا يمتنع بسبب الاسلام قال ومن باع عبدا على ان يعتقه المشتري او دبره او كاتبه او اعتاقه على ان يستولدها فالبيع فاسد لان هذا بيع وشرط وقد نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع وشرط

فيما كان للغاصب اوامينا كالمودع ولان البائع يدعي عليه زقا آخر والمشتري ينكر وان اعتبر اختلافا في قدر الثمن المقبوض فمرجعه خلاف في قدر الثمن فالقول قول المشتري لانه ينكر الزيادة واستشكل لمسئلتين احدهما اذا باع عبدين وقبضهما المشتري ومات احدهما عنده وجاء بالاخر معيبا فاختلفا في قيمة الميت فالقول للبائع كما سيأتي في باب التحالف والثانية ان الاختلاف في الثمن يوجب تحالفا وههنا جعل القول للمشتري على تقدير اعتباره اختلافا في الثمن اجيب عن الاول بانهما مع هذه طرد فان كون القول للمشتري لانكاره الزيادة وههنا كذلك انما كان للبائع لانكاره الزيادة وعن الثانية بان التحالف على خلاف القياس فيما عدا ورود الاختلاف في الثمن قصدا وههنا الاختلاف فيه تبع لاختلافهما في الزق المقبوض هو هذا ولا يوجب التحالف قوله واذا امر المسلم نصرانيا يبيع خمرا او خنزيرا او شراءها فعل جائز عند ابي حنيفة وهي مسئلة الخمر والخنزير في ملك المسلم الموكل فيجب ان يخلل الخمر او يريقها ويسيب الخنزير هذا في الشراء وفيما اذا كان التوكيل بالبيع بان كان في ملك المسلم خمر او خنزير وصورته ان يكون كافر فيسلم عليها ويموت قبل ان يريقها وله وارث مسلم فيتهايئون كل فرا بيعها فعليه ان يتصدق بثمنها لنهي النبي صلى الله عليه وسلم ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها وقال ابو يوسف ومحمد وهما والشافعي واحمد رحمهم الله لا يصح هذا التوكيل وحاصل الوجه من جانبهم اثبات المانع الشرعي من هذا التوكيل من جانبه عدم المانع بالقدرة الى ان جعلوه مانعا فيبقى الجواز على الاصل لهم ان الموكل لا يملك بنفسه فلا يملك توليه غيره وهذا معنى قول المصنف الموكل لا يوليه بفتح فكسر لانه مشغول فيصير لا يوليه كما كان لانه لما لم يملك لم يملك ان يجعله مالكا فلا مانع شرعا من توكله والمسلم الموكل لا يملك لان يثبت له ما يثبت للوكيل من ثبوت الملك كما ذكرنا من صورة ثبوت الملك الحربي له فيهما فانتفى المانع الشرعي والملازمة الشرعية امتناع التوكيل لامتناع مباشرته ممنوعة بمسائل منها ان الوكيل بشراء عبد بعينه لا يملك شراءه لنفسه ويملك التوكيل لشرائه لنفسه ومنها ان القاضي لا يملك البيع بمن او خنزير لخلفه ذمي ويرجع امره الى القاضي ويملك توكيله به وكذا الوصي المسلم للذمي لا يملك بيع خمره ويملك التوكيل به والمريض مرض الموت لا يملك البيع بما يتغابن في مثله اذا كان عليه ديون مستغرقة ويجوز من وصيه بعد موته وكذا الاب مع الام عرض الولد ووصيه مبيعه اذا لم يكن من تهمتها فان قيل ان قلتم ان يملك المسلم ثبت شرعا جبرا عن سبب جبري كالموت سلمناه او عن سبب اختياري منعناه وهنا كذلك اذ التوكيل اختياري والملك يترتب عليه اولا وجود له في الشرع قلنا نحن نمنع ان التوكيل سبب للملك بل الشراء وانما هو اختياري للوكيل لا للموكل وليست الوكالة بسبب لبل شرط فانما سببه اختيار الوكيل واختياره ليس لازما للوكالة ولا سببا عنها اذ لا يلزم من الشرط ان يقال اذا كان حكم هذه الوكالة في البيع ان لا ينتفع الثمن وفي البيع ان تسلب الخنزير ويريق الخمر او يخللها ما بقي تصرفا غير منتفع لما يلزم وكل ما هو كذلك ليس بشرع وقد روي عن ابي حنيفة ان نفع الوكالة كما ذكرناه ما يكون من الكراهة وهي ليست الا كراهة التحريم فاي فائدة في الصحة قوله ومن باع عبدا على ان يعتقه المشتري او يدبره او يكاتبه او اعتاقه على ان يستولدها فالبيع فاسد لان هذا بيع وشرط وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط قال الطبراني في معجمه الاوسط ثنا عبد الله بن ايوب المقري حدثنا محمد بن سليمان الذهلي حدثنا عبد الوارث بن سعيد قال قدمت مكة فوجدت بها ابا حنيفة وابن ابي ليلى وابن شبرمة فسألت ابا حنيفة عن رجل باع بيعا وشرط شرطا فقال البيع باطل والشرط باطل ثم اتيت ابن ابي ليلى فسألته فقال البيع جائز والشرط باطل ثم اتيت ابن ابي شبرمة فسألته فقال البيع جائز والشرط جائز فقلت يا سبحان الله ثلثة من فقهاء العراق اختلفوا في مسئلة واحدة فاتيت ابا حنيفة فاخبرته فقال ما ادري ما قالا قال حدثني عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده

فترجمة المذهب فيه ان يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لتبرته بدون الشرط وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق يفسده كشرط ان لا يبيع المشتري العبد المبيع لان فيه زيادة عاد عن العوض فيؤدي الى الربوا او لانه يقع بسببه المنازعة فيمتنع العقد عن مقصوده الا ان يكون متعارفا لان التعارف قاض على القياس فيكون لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لاحد لا يفسده وهو الظاهر من المذهب كشرط ان لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لانه اذا عدمت لم فلا يؤدي الى الربوا ولا الى المنازعة اذا ثبت هذا فقول هذه الشروط لا يقتضيها العقد لان قضيته الاطلاق في التصرف والتخلية لا الالزام حتما والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه وهو الشافعي رحمه الله وان كان مخالفا في الحق وتقييده على بيع العبد نسمة فالحجة عليه ما ذكرناه وتفسير البيع نسمة ان يباع ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه

عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع وشرط البيع باطل والشرط باطل ثم اتيت ابن ابي ليلى فاخبرته فقال ما ادري ما قالا قال حدثني هشام بن عروة عن ابيه عن عائشة رض قالت امرني النبي صلى الله عليه وسلم ان اشتري بريرة فاعتقها البيع جائز والشرط باطل ثم اتيت ابن شبرمة فاخبرته فقال ما ادري ما قالا قال حدثني مسعر بن كدام عن محارب بن دثار عن جابر رض قال بعت من النبي صلى الله عليه وسلم ناقة و شرطت لي حملانها الى المدينة البيع جائز والشرط جائز وكذا رواه الحاكم في كتاب علوم الحديث ومن جهته الحاكم ذكره عبد الحق في احكامه وسكت عليه وقد ظهر من هذا ان في المسئلة ثلاث مذاهب مستدل عليها فلا بد من النظر فيها فاما حديث عمرو بن شعيب فلا يحتمل التخصيص فمحله الشافعي رح واستثنى من منع البيع مع الشرط البيع بشرط العتق بحديث بريرة فان النبي صلى الله عليه وسلم ما روى في حديثها الا الولاء وذكر الاقطع عنه انها رواية عن ابي حنيفة وحديثها في الصحيحين عن عائشة رض قالت جاءتني بريرة فقالت كاتبت اهلي على تسع اواق في كل عام اوقية فاعينيني فقلت ان احب اهلك ان اعدها لهم ويكون ولاؤك لي فقلت فذهبت بريرة الى اهلها فقالت لهم فابوا عليها فجاءت من عندهم ورسول الله صلى الله عليه وآله وسلم جالس فقالت اني عرضت عليهم ذلك فابوا الا ان يكون لهم الولاء فاخبرت عائشة رض رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال خذيها واشترطي لهم الولاء فانما الولاء لمن اعتق فعلت عائشة الحديث فيه دليل على جواز بيع المكاتب اذا رضي بالبيع وفيه ابطال قول من منع بيعه وقال انما اشترطت عائشة رض الولاء بسبب ما وقع في بعض الروايات وهو ان احبوا ان اقضي عنك كتابتك وذلك لانه صلى الله عليه وسلم قال انما الولاء لمن اعتق وردا شتراطهم الولاء لانفسهم والعتق من عائشة رض وهذا الاختلاف فيه ولو قال قائل ان الشرط اذا كان امرا لا يحل شرعا مثل ان يشترط ان لا تبيع عتيقك او اذا اعتقته يبطل هو ودون البيع فانه لغو لا يمكن المشروط عليه ان يفعله فيتم البيع كانه لم يذكر اذا كان خارجا عن طاقة من شرط عليه امكن ويكون اصل هذا حديث بريرة واما حديث فانما لم يخصوه به لان العام عندهم يعارض الخاص فيطلب معه اسباب الترجيح والمرجح هنا للعام وهو نهيه عن بيع وشرط هو كونه نافعا وحديث بريرة صحيح فيحمل على ما قبل النهي لان القاعدة الاصولية انما فيه الاباحة منسوخ بما فيه النهي واما حديث جابر الذي استدل به ابن شبرمة فالشرط وهو استظهار حملانه لم يقع في صلب العقد كذا قاله الشافعي ونحن كذلك نقول مع الوجه الذي ذكرناه من تقديم العام فان قلت كيف قال الشافعي بافساد البيع بالشرط مع ان حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده من قبيل المرسل عند كثير من اهل الحديث قلت ذلك اذا لم يصرح فيه بجد ابيه عبد الله عمرو بن العاص وقد ورد عنه التصريح به فيما اخرجه ابو داود والترمذي والنسائي عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك ولهذا قال الترمذي حديث حسن صحيح وروى ايضا من حديث حكيم بن حزام في موطا مالك بلاغا واخرجه الطبراني من حديث محمد بن سيرين عن حكيم قال نهاني رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اربع خصال في البيع عن سلف وبيع وشرطين في بيع وبيع ما ليس عندك وربح ما لم يضمن ومعنى السلف في البيع البيع بشرط ان يقرضه دراهم وهو فرد من البيع الذي شرط فيه منفعة لاحد المتعاقدين وغير ذلك مما سياتي في قوله ثم جملة الامر فيه اي في الشرط انه اما يقتضيه العقد كشرط ان يحبس المبيع الى قبض الثمن ونحوه فيجوز لانه مؤكد لموجب العقد اولا يقتضيه لكن ثبت تصحيحه شرعا كالاجل في الثمن والثمن في السلم وشرط الخيار فكذلك هو الصحيح للاجماع على جوازه شرعا رخصة اولا يقتضيه وليس مما ثبت كذلك لكنه متعارف كشرط ان يحمل على ان يخدمها البائع او يسكنها فهو جائز ايضا لما سياتي وكذا اذا لم يكن كذلك ولكن يتضمن التوثق بالثمن كالبيع

فاعتقد المشتري بعد ما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند ابي حنيفة رح وقالا لا يبقى فاسدا حتى يجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا تلف بوجه آخر ولابي حنيفة رح ان شرط العتق من حيث انه لا يلائم العقد على ما ذكرناه ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر وطئا لا يسقط العتق فرجع بنقصان العيب فاذا تلف من وجه آخر لم يتحقق الملائمة فيتقرر الفساد واذا وجد العتق تحققت الملائمة فترجح جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا

بشرط كفيل بالثمن حاضر وقبل الكفالة او بان يرهنه برهنا معلوما بالاشارة او التسمية فهو جائز ايضا على الصحيح خلافا لزفر فان حاصله التوثق للثمن فيكون كاشتراط الجودة فيه فهو مقرر لمقتضى العقد ولو لم يكن الكفيل حاضرا وقبل او غائبا فحضر قبل ان يتفرقا وكفل وشرط الحوالة كالكفالة والرهن مسمى ولا مشار اليه لا يجوز بالاتفاق ولان وجوب الثمن في ذمة الكفيل يضاف الى البيع فيصير الكفيل كالمشتري فلا بد من حضوره وقت العقد بخلاف الرهن لا يشترط حضرته لكن ما لم يسلمه للبائع لا يثبت فيه حكم الرهن وان انعقد عقد الرهن بذلك الكلام فان سلم مضى العقد على ما عقد وان امتنع عن تسليمه لا يجبر عند ابي يوسف يوما يدفع الثمن فان لم يدفع الرهن ولا الثمن خير البائع في فسخ وشرط الحوالة كالكفالة وان كان الشرط ما لا يقتضيه ولا يلائمه مما ذكرنا فانه مفسد لاحد المتعاقدين او المعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق كان اشترى حنطة على ان يطحنها البائع او تيرك حمالها في داره شهرا وثوبا على ان يخيطه فالبيع فاسد وكذا اشترط ان لا يبيع المشتري العبد لانه تعجيز ان لا تمتد اوله الايدي وكذا على ان لا يخرجه من مكة شهرا وفي الخلاصة اشترى على ان يبيعه جاز وعلى ان لا يبيعه من فلان لا يجوز لان له طالبا وكذا اذا كانت المنفعة لغير العاقدين والمعقود عليه منه اذا باع اضحانا على ان يبني بها مسجدا او طحنا على ان يتصدق به فهو فاسد اما لو كان المبيع ثوبا او حيوانا غير آدمي فقد خرج الجواز مما ذكر في المزارعة من ان احد المزارعين اذا شرط في المزارعة ان لا يبيع الآخر نصيبه او نبهه مع ان المزارعة عاجزة والشرط باطل لانه ليس لاحد العاملين فيه منفعة وكذا ذكر الحسن في المجرد قال المصنف وهو الظاهر من المذهب لانه اذا لم يكن من اهل الاستحقاق انعدمت المطالبة والمنازعة فلا يودي الى الربا وانما البطل الشرط الذي فيه المنفعة للبيع الا انه يودي اليه لانه زيادة عارية عن العوض في عقد البيع وهو نفي معنى الربا ومن مثل الباطل بيع العبد على ان يعتقه المشتري او يكاتبه او يدبره والشافعي يخالفنا في شرط العتق في احد قوليه فيصح ثم ان اعتقه المشتري فذاك والا يجبر البائع في فسخ العقد ولا يجبر عليه في قول بعض اصحابه وفي قول آخرين يجبر قال المصنف ويقيسه الشافعي على بيع العبد نسيئة ثم فسره بان يبيعه ممن يعلم انه يعتقه لان تشرط فيه ذلك وعلى تفسير المصنف هذا يتحقق صورة القياس واما على تفسيره بان يباع بشرط عتقه فلا يصح لانه نفس المقيس عليه الا انه قوله لان يشترط فيه يفهم من قوله ان تفسيره بما ذكر مخالف لتفسير الشافعي بذلك فقاده وح يقوى الاعتراض عليه بانه لا قياس قال فالحجة عليه ما ذكرناه يعني من الحديث والمعنى وانت علمت انه يرجع الى تخصيص العام بالخاص كيف ما وجد وهو مذهبه ولهذا خصصه بحديث بريرة وجوابه ان ليس في حديث بريرة اصلا ان البيع كان بشرط العتق بل كان على وعد العتق منها وح فليس من التخصيص منع بيع بشرط في شيء ولا يصلح البيع ممن يبطل عتقه اصلا لقياس البيع بشرط عتقه لعدم الجامع ونسيئة منصوب على الحال بمعنى معرضا للعتق وعبر بالنسيئة عنه لكثرة ذكرها فيما اذا اعتقت في مثل قوله صلى الله عليه وآله وسلم فك الرقبة واعتق النسيئة فصيرت كالاسم لما عرض للعتق فعوملت معاملة الاسماء المتضمنة لمعنى الفعل قوله فلو اعتقه المشتري الخ هذا فرع على قولنا بفساد البيع بشرط العتق وهو ان المشتري بهذا الشرط لو اعتقه بعد ما قبضه عتق ثم عند ابي حنيفة يرجع البيع صحيحا حتى يجب الثمن عنده وعندهما لا يعود صحيحا فتلزمه قيمته واما لو اعتقه قبل القبض فلا يعتق بالاجماع لانه لا يملكه قبل القبض لفساد البيع وجه قولهما انه تلف لبعد ان ملكه بالقبض في بيع فاسد فلا ينقلب جائزا كما لو تلف بوجه آخر من موت او قتل او بيع او هبة وقاسا على تدبيره واستيلادها فان هناك الضمان بالقيمة اتفاقا فهو آت وفي بالشرط اعتبارا لحقيقة الحرية بحق الحرية ولابي حنيفة ان شرط العتق وان كان لا يلائم العقد على ما ذكرناه يعني قوله لان مقتضى العقد الاطلاق في التصرف والتخيير الخ ولكنه من حيث حكمه وهو ثبوت الحرية يلائمه لانه اذا عتق منه

قال وكذلك لو باع عبدا على ان يستخدمه البائع شهرا او دارا على ان يسكنها او على ان يقرضه المشترى درهما او على ان يهدي له هدية لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه عليه السلام نهى عن بيع وسلف ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما يكون اعارة في بيع وقد نهى النبي عليه السلام عن صفقتين في صفقة

الملك الذي هو اثر البيع والشيء بانتهائه يتقرر وجوده والفاسد لا تقرر له فيكون صحيحا ولذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب اذا اطلع عليه بعد ان اعتقه بخلاف ما اذا تلف بوجه آخر لانه لا يصير به بهذا الشرط ملائما فيبقى على مجرد جهة المفسد وكذا الموت لا ينقلب صحيحا لان بموته لا يصير شرط العتق ملائما وهو المنظور اليه في افساد العقد وتصحيحه وكون شيء آخر كالموت ونحوه ملائما لا يصير به هذا الشرط الذي وقع مفسدا ملائما واما شرط التدبير والاستيلاد فكذلك لا يصير العقد صحيحا اذا دبره المشتري او استولدها لانه لا يصير به شرط التدبير والاستيلاد ملائما لانه يتعين امتناع ورود الملك عليه ولم يوجد جواز ان يحكم قاض بصحته بينهما فيتقرر الفساد وادر دلما كان فعل هذا الشرط مصححا ينبغي ان يكون العقد صحيحا في الابتداء عند اشتراطه اجيب بانه من حيث هو مخالف لا يقتضي العقد وانما يلائمه باعتبار حكمه فعلمنا في الابتداء قبل تحققه بمقتضى ذاته وعند تحقق حكمه بفعله بمقتضى حكمه ولو اشترى امة بشرط ان يطأها المشتري او لا يطأها فالبيع فاسد عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف رح يجوز في الاول لانه ملائم للعقد فلنا الملائم له الطلاق الوطي لا الزامه وعند محمد رح يصح فيهما الاول لابي يوسف والثاني ان لم يقتضه العقد ولا يرجع نفعه لاحد فهو شرط لا طالب له قوله وكذلك لو باع عبدا على ان يستخدمه البائع شهرا او دارا على ان يسكنها او على ان يقرضه المشتري درهما او على ان يهدي له هدية او ثوبا على ان يقطعه المشتري قميصا او قباء فهو فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وقد ورد في عين بعضها نهي خاص وهو نهيه صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع وسلف اي قرض ثم خص شرط الاستخدام والسكنى بوجه معنوي فقال ولانه لو كان الخدمة والسكنى بمقابلهما شيء من الثمن بان يعتبر المسمى ثمنا باذا دار المبيع وباذا اجرة الخدمة والسكنى يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما يكون اعارة في بيع وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن صفقتين في صفقة فيتناول كلا من الاعتبارين المذكورين رواه احمد عن اسود بن عامر عن شريك عن سماك عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن ابيه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن صفقتين في صفقة اما ثبوته فقد رواه البزار في مسنده عن سود بن عامر بإسناده واعله ببعض طرقه ورجح وقفه وبالوقف رواه ابو نعيم الحافظ وابو عبيد والقاسم بن سلام واما معناه ففسره المصنف بما سمعت وفسره ابو عبيد القاسم بن سلام بان يقول الرجل لرجل ابيعك هذا الثوب نقدا بكذا ونسيئة بكذا ويفترقان عليه انتهى ورواية ابن حبان للحديث موقوفا الصفقتين في الصفقتين ربا يؤيد تفسير المصنف مع انه اقرب تناولا من تفسير ابي عبيد واكثر فائدة فان كون الثمن على تقدير النقد الفا وعلى تقدير النسيئة الفان ليس فيه معنى الربا بخلاف اشتراط نحو السكنى والخدمة واعلم انه روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيعتين في بيعة ويظهر من كلام بعض من يتكلم في الحديث ظن انه معنى الاول وليس كذلك بل هذا احد شقيه فانه في خصوص من الصفقات وهو البيع وفسره الشافعي رح بان يقول ابيعك داري هذه بكذا على ان تبيعني غلامك بكذا واذا وجب لي غلامك وجبت لك داري وهذا حديث صحيح رواه الترمذي والنسائي وقال الترمذي حسن صحيح ورواه مالك بلاغا وفي فتاوى ابي اللوالجي لو قال لغيره اشتريت منك هذه الدار بالف على ان تقرضني فلان الاجنبي عشرة دراهم فقبل المشتري ذلك البيع لا يفسد البيع لانه لا يلزم الاجنبي لانه لو لزمه فاما بطريق الضمان عن المشتري او بطريق الزيادة في الثمن لا وجه الى الاول لانه ليس في ذمته المشتري فكيف يتحملها الكفيل ولا الى الثاني لانه لم يقبل على الى ضمان واذا لم يلزم الاجنبي لا يفسد البيع ولا خيار للبائع لانه لم يثبت ما لم يسلم له ما يشترط في البيع على المشتري او بطريق الزيادة في الثمن لا وجه الى الاول لانه ليس في ذمة المشتري فكيف يسلم له ذكره الحاكم عن ابي الحسن الكرخي انه يجوز وهو خلاف ظاهر الرواية استبعده ابو بكر الخصاف فرع باع امة بشرط ان يطأها المشتري

قال (ومن باع عينا على ان لا نقد له اياما او الى شهر فالبيع فاسد لان الاجل في المبيع المعين باطل فيكون شرطا فاسدا وهذا لان الاجل شرع ترفيها في الديون دون الاعيان قال (ومن اشترى جارية الا حملها فالبيع فاسد) لانه لا معين مما لا يجوز افراده بالعقد لا يجوز استثناء بعض العقد لان الحمل هنا لا يتميز لانه بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الاصل يتناولها فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطا فاسدا والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف المفسد في الكتابة ما يمكن في صلب العقد منها والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء لان هذه العقود لا تبطل بالشرط الفاسد وكذا الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية لان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها

او ان لا يشاء فسد البيع عند ابي حنيفة فيهما ما ذكر من ان مقتضى العقد الاطلاق وهذا تعين احد الجائزين وعند ابي يوسف يفسد في الثاني لما قلنا فيصح في الاول لان التعيين يقتضيه وعند محمد يصح فيهما ولو كان في الشرط ضرر كان شرطان يختص اجنبيا لا يفسد العقد وذكر القدوري انه يفسد ولو لم يكن فيه منفعة ولا مضرة كان اشترى طعاما بشرط ان ياكله او ثوبا بشرط ان يلبسه جاز وذكر الامام قاضي خان العقود التي تعلق تمامها بالقبول اقسام ثلاثة قسم يبطل بالشرط الفاسد وجهالة البدل وهي مبادلة المال بالمال كالبيع والاجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال وقسم لا يبطل بالشرط الفاسد ولا جهالة البدل وهو معاوضة المال بما ليس بمال كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد وقسم يشبهه بالبيع والنكاح وهو الكتابة يبطلها جهالة البدل ولا يبطلها الشرط الفاسد وفي الخلاصة التي تبطل بالشروط الفاسدة ولا يصح تعليقها بالشرط ثلاثة عشر البيع والقسمة والاجارة والرجعة والصلح عن مال والابراء عن الدين وعزل الوكيل في رواية شرح الطحاوي وتعليق ايجاب الاعتاق بالشرط والمزارعة والمعاملة والاقرار والوقف في رواية وما لا يبطل بالشرط الفاسد ستة وعشرون الطلاق والخلع ولو بغير مال والعتق بمال وبلا مال والرهن والقرض والكفالة والصدقة والوصاية والشركة والمضاربة والقضاء والامارة والتحكيم بين اثنين عند محمد خلافا لابي يوسف والكفالة والحوالة والوكالة والاقالة والمأذون والكتابة وافق العبد ودعوة الولد والصلح عن دم العمد والجراحة التي فيها القصاص حالا وموجلا وجناية الغصب والوديعة والعارية اذا ضمنها رجل وشرط فيها حوالة او كفالة وعقد الذمة وتعليق الرد بالعيب وتعليق الرد بخيار الشرط بشرط وعزل القاضي والنكاح لا يصح تعليقه ولا اضافته لكن لا يبطل بالشرط ويبطل الشرط وكذا الحجر على المأذون لا يبطل الحجر ويبطل الشرط وكذا الهبة والصدقة والكفالة بالشرط المتعارف تصح هي والشرط بغير المتعارف يبطل وتصح الكفالة انتهى فالحاصل ان كل ما كان من قبيل التمليكات او التقييدات لا يصح تعليقه فمن الاول الاقرار والابراء ومن الثاني عزل الوكيل والحجر على العبد والرجعة والتحكيم عند ابي يوسف من قبيل التمليكات فلا تعلق وعند محمد تعلق لانه من اطلاق الولاية كالقضاء والاذون والايصاء والوكالة وان جعل الوكالة في شرح الطحاوي من قبيل التمليكات بل هي بالولايات اشبه قوله (ومن باع عينا على ان لا نقد له اياما الى رأس الشهر فالبيع فاسد لان الاجل في المبيع المعين باطل فيكون شرطا فاسدا وهذا لان الاجل شرط ترفيها فيلحق بالديون لانها

معينة في المبيع فيجعل الاجل المشروط فيه بخلاف المبيع المعين فانه معين حاضر فلا فائدة الى الزامه تاخير تسليمه اذ فائدة الاستحقاق به يحصل فتكون ضررا بالبائع من غير نفع للمشتري قوله (ومن اشترى جارية الا حملها افسد البيع والاصل المهد للتعريف فيصح استثناؤه ومن العقود ما لا يصح استثناؤه وهو ان ما لا يصح افراده بالعقد ابتداء لا يصح استثناؤه من العقد وما يصح صح والحمل مما لا يصح افراده بالعقد فلا يصح استثناؤه وهذا وهو كون الحمل لا يصح افراده بالعقد لانه بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به خلقة كرجل الشاة واليتها حتى انه يتعرض عنهما بالتعرض لاطراف الحيوان لا تفرد بالعقد اجماعا ومن قرر وعمد بتلك الصبرة الا قفيزا منها لم يجز لان افراد قفيز منها بالبيع يجوز ولو قال بتلك على هذا القطيع من الغنم الا شاة منها لم يجز لانه لا يجوز شراء شاة من غير التطبيع بغير عينها بخلاف ما لو استثنى هذه الشاة فانه يجوز لانتفاء الجهالة حينئذ يجوز ايجازا فراده بالعقد وكذا الحمل في كل عدد متفاوت ومنه ما اذا باع حيوانا واستثنى ما في بطنه لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحمل واما ان لا يفرد بالعقد لا يجوز استثناؤه فلان الاستثناء انما يخرج بعض ما تناوله الصدر عن حكمه وما يدخل تبعا لا يتناوله اللفظ كالمفاتيح لا يتناولها اسم الدار فلا يستثنى واما قول المصنف الاصل تبعا لها اي الاصل والتبع فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلا يفيد لان الاستثناء ليس الا اخراج بعض من الحكم الصدر حكمه ليس موجبه فلو صح ذلك بطل الاستثناء واصلاحه ان يزيد بالتناول فيها الحكم بطريق التبعية والاستثناء يكون على خلاف الموجب اي طريق

قال ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع ويخيطه قميصا او قباء فالبيع فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وقد لانه يصير صفقة في صفقة ما مر

الاستثناء وبيعه لا حقيقة موجبة وذلك لا يجوز واذا لم يصح الاستثناء بقي شرطا فاسدا وفيه نفع للبائع والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لانها تتعلل بالشروط الفاسدة والاحسن ان يقال تبطل بالشروط الفاسدة لانها عقود معاوضة فيجعل بطلانها باثر شروطها الفاسدة اظهر التشابهها بالبيع في تعليل المشابهة بانها عقود معاوضات الا ان المفسد في الكتابة شرط فاسد يمكن في صلب العقد وهو ما يقوم به العقد مثل ان يكاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمته فالكتابة فاسدة لتمكن الشرط المفسد في صلب العقد بخلاف البيع فانه يفسد بالشرط الكائن في صلب العقد وغيره وانما اختص فساد الكتابة بالشرط بذلك لشبهة الاعتاق والنكاح من حيث ان احد البدلين ليس بمال في حق نفسه وكونه معاوضة انما هو بالنسبة الى السيد في الانتهاء وكان له شبهان شبه بالبيع وشبه بما ليس بمعاوضة فيفسد بالمفسد القوي وهو ما يتحقق في صلب العقد باعتبار شبهه للبيع ولم يفسد بما ليس كذلك لشبهه بالعتق والنكاح وهما لا يفسدان مطلقا بالشرط الكائن في صلب العقد ولا في غيره واما الهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فلا تبطل بالشروط الفاسدة وتبطل بالشرط فلا يبطل باستثناء الحمل فلو قال وهبتك وتصدقت عليك بهذا الجارية الا حملها او تزوجت على هذه الجارية او اخلعني عليها الا حملها او اجعلها مهر الصلح الا حملها صحت هذه التصرفات وبطل الاستثناء ويدخل الحمل والهبة فان كانت من قبيل التمليكات لكن عرف بالنص انها لا تبطل بالشرط الفاسد لانه صلة والصلة عليه والسلام اجاز العمرى بشرط عود العمر فيصير العمرى لورثة الموهوب له لا لورثته المعمر واما الوصية فلا تبطل باستثناء الحمل بل تصح بالاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية لان الوصية اخت الميراث والميراث يجري في الحمل بخلاف ما اذا استثنى خدمتها بان اوصى بجارية الا خدمتها او الا غلتها حيث لا يصح الاستثناء لان الميراث لا يجري في الخدمة والغلة بانفرادها حتى لو اوصى بخدمة الجارية وغلتها لفلان فمات فلان بعد صحة الوصية لا ترث ورثته خدمتها ولا غلتها بل تعود الى ورثة الموصي بخلاف ما لو اوصى بحمل جارية لآخر حيث يصح ويكون حملها له وارد على الاصل ان الخدمة يصح افرادها بالوصية فيجب ان يصح الاستثناء اجيب بدليل قولهم كلما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة في الاجارة ولم يلزم كلما لا يصح اجرة لان الوصية ليس بعقد حتى صح قبول الموصى له بعد موت الموصي والعقد بعد الموت لا يصح فلا يرد نقضا فرع باع صبرة بمائة الا عشرها فله تسعة اعشارها بجميع الثمن ولو قال على ان عشرها لي فله تسعة اعشارها بسبعة اعشار الثمن خلافا للماوردي عن محمد انه بجميع الثمن فيهما وعن ابي يوسف لو قال ابيعك هذه المائة شاة بمائة على ان هذه لي او الى هذه فسد ولو قال الا هذه كان الباقي بمائة ولو قال ولي نصفها كان النصف بخمسين ولو قال تبتاع هذا العبد بالف الا نصفه بخمسمائة عن محمد جاز في كله بالف وخمسمائة لان المعنى باع نصفه بالف لان الباقي بعد الاستثناء فالنصف المستثنى عن بيعه بخمسمائة ولو قال على ان لي نصفه بثلثمائة او مائة وعشرين فسد لادخال صفقة في صفقة ولو قال تبتاع الدار الخارجة على ان يجعل لي طريقا الى داري هذه الداخلة فسد البيع ولو قال لا طريقا الى داري الداخلة جاز فظهر ان عرض باب الدار الخارجة ولو باع بيتا على ان الطريق للمشتري في الدار وعلى ان بابه في الدهليز يجوز ولو عكس ان له طريقا فظهر ان لا طريق له يرد ولو باع عبدا بدينار الا درهما او الا ثوبا او الا كر حنطة او هذه الشياه الا واحدة لا يجوز ولو كانت بعينها جاز ولو باع دارا على ان لا بناء فيها فاذا فيها بناء البيع فاسد لانه يحتاج الى نقض البناء ولو باعها على ان بناءها من آجر فاذا هو لبن فهو فاسد بناء على انهما جنسان كما لو باعه ثوبا على انه هروي فظهر بخيا ولو باع الارض على ان فيها بناء فاذا لا بناء فيها وكذا اذا اشترى بستانا وليس فيها شجر جاز وله الخيار وكذا لو باع بعلوها وسفلها فظهر ان لا علو لها ومثله لو اشترى باحذاءها قوله

ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع ويخيطه قميصا او قباء فالبيع فاسد باجماع الائمة الاربعة لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقتين في صفقة على ما مر من امتناع الصفقتين في صفقة الا ان هذا على تقدير واحد وهو كون الخياطة بقابلها شيء من الثمن فهو شرط اجارة

قال ومن اشترى نعلا على ان يحذوه البائع او يشركه فالبيع فاسد قال ما ذكرنا جواب القياس وجهه ما بيناه في الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب للتعامل جوزنا الاستصناع قال والبيع الى النيروز والمهرجان صوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل وهي مفضية الى المنازعة في البيع لابتنائها على المماكسة الا اذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما او كان التاجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لان مدة صومهم بالايام معلومة فلا جهالة فيه قال لا يجوز البيع الى قدوم الحاج او الحصاد او الدياس او القطاف او الجز لانها متقدم وتتأخر ولكل الى هذه الاوقات حاجة لان الجهالة لا تليق بالبيع وهي مفضية الى المنازعة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة اختلاف العبارة فيها وكونه معلوم الاصل كما ترى لما تحمل الجهالة في اصل الدين بالكفالة بالاجل على قول ابي حنيفة

في بيع وما تقدم كان كذلك على ذلك التقدير وعلى تقدير عدم المقابلة يكون اعارة في بيع قوله ومن اشترى نعلا على ان يحذوها البائع المراد اشترى ديما على ان يجعله البائع نعلا له فاطلق عليه اسم النعل باعتبار اوله اليه ويمكن ان يراد حقيقته اسم لغل رجل واحد قد على يحذوها ان يجعل معها مثالا آخر ليتم نعلا للرجلين ومنه حذوت النعل بالنعل اى قدرته بمثال قطعته ويدل عليه قوله او يشركه فجعله مقابلا لقوله نعلا ولا معنى لان يشترى ديما على ان يجعل له شراكا فلا بد ان يراد حقيقة النعل فالبيع فاسد قال المصنف رحمه الله ذكره يعني القدوري جواب القياس وجهه ما بيناه من انه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وفي الاستحسان يجوز البيع ويلزم الشرط للتعامل كذلك وشبهه في ديارنا شراء الثقيقات على هذا الوجه اى على ان يجعله سيورا وصار كصبغ الثوب مقتضى القياس منعه لانه اجارة عقدت على استهلاك عين مع المنفعة وهو عين الصبغ ولكن جوز للتعامل وشبهه اجارة الظيئر مع لزوم استهلاك اللبن جاز للتعامل لكن في الفوائد المستحق بالاجارة فعل الصبغ في الحضانة في استيجار الصباغ والظيئر والصبغ واللبن آلة فعلها للتعامل جوزنا الاستصناع مع انه بيع المعدوم ومن انواعه شراء الصوف المنسوج على ان يجعله البائع قلنسوة او قلنسوة بشرط ان يخيط بها البائع بطانته من عنده وهذا النوع آخر من الشرط وهو البيع بشرطين يفعله كذا وما تقدم كان المشروط معدوما فيشرطان يفعل فمن هذا ذكر هشام عن محمد اشترى شاة على انها حامل يفسد البيع وعن الشافعي قولان واصحهما يصح وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة وقال بعض اصحابه في غير الدار اما في الجواري يصح قولا واحدا وهو قولنا ذكر هشام عن محمد اشترى جارية على انها حامل يجوز البيع ايا ان يظهر ان المشتري يريد بها للظيئرة فيفسد فلا يخفى ما فيه بعد فرض ان المشتري علم ذلك بل شرطه وكونه اشترى خلاف ما يحصل غرضه لا يوجب فسادا بعد الرضا به وعن الهندواني في شرط الحمل من البائع لا يفسد لان البائع يذكره على بيان العيب عادة ولو وجد من المشتري يفسد لانه ذكره على وجه اشتراط الزيادة ولو اشترى سمسما او زيتونا او حنطة على ان فيها كذا دهنا او نخرج كذا دقيقا فالبيع فاسد وبه قال الشافعي ولو شرط في الشاة انها حلوب او لبون لم يذكره محمد واختلف فيه فالكرخي يفسد والطحاوي لا يفسد وهو قول الشافعي لانه مرغوب فيه والوجه ان لا يجوز لوقوع المنازعة في ان معنى الحلوب ما يكون لبنها هذا المقدار او اكثر من هذا الى غاية كذا او لو كان منفعة الشرط لغير العاقدين كالبيع على ان يقرض فلانا كذا ففيه اختلاف المشايخ وقال محمد كل شيء يشترط على البائع يفسد به البيع او اشترط على اجنبي فهو باطل وكل شيء يشترط عليه لا يفسد به اذا شرط على اجنبي فهو جائز ويخير المشتري كالبيع بمائة على ان يخيط فلان الاجنبي عشرة جاز البيع ويخير المشتري ان شاء اخذه بمائة وان شاء ترك عن ابي يوسف لو اشترى على ان يهب البائع للمشتري او لفلان الاجنبي دينارا من الثمن فالبيع فاسد وفي المنتقى خلافه فيما اذا كانت الهبة من المشتري قال لو اشترى على ان يهب له دينارا من الثمن جاز وهو حسن لان حاصل هذا احيطه مشتريه وما لها الى الشراء بالثمن الا نقص ولو باع رقبة الطريق على ان له حق المرور او السفل على ان له قرار العلو جاز ولو باع عبدين على انه شريك المشتري في نصف هذا فسد ولو قال في نصفهما جاز كما لو باع هذا الثوب وقال انا شريكك في نصفه ومقتضى النظر ان يجوز الاول ايضا لانه في الحاصل بيع احدهما بعينه ونصف الآخر بما لها حصته ولا مانع من ذلك ولو باع هذا بالف الا نصفه بمائة فقد باع نصفه بارباعه قوله والبيع الى النيروز وهو يوم في طرف الربيع واصله نوروز عرب وقد تكلم به عمر رضي الله عنه قال كل يوم لنا نوروز حين كان الكفار يتهجون به والمهرجان يوم في طرف الخريف معرب مهركان وقيل بهما عيدان للمجوس وصوم النصارى وفطر اليهود واذا لم يعرفا المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل وعرف بهذا التعليل ان المراد بالموجل هنا هو الثمن لا المبيع لان مجرد تاجيل المبيع مفسد ولو كان الى اجل معلوم فلا يناسب تعليل فساد تاجيل المبيع بجهالة الاجل وبقوله اذا لم يعرف الخ ان الف وما تاجيل الى هذه بناء على عدم معرفة

بخلاف المبيع فانه لا يضمنها في اصل الثمن فكذا في وصفه بخلاف ما اذا باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات حيث يجوز لان هذا تاجيل في الدين وهذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه في اصل العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد

خصوص اوقاتها عند المسلمين فاذا كانا يعلمان ذلك صح قيل وتخصيصه اليهود بالنظر ظاهر في ان ابتداء صومهم غير معلوم واما اصل الفساد بالجهالة فاذا انتفت بالعلم بخصوص هذه الاوقات جاز ولذا قال او كان التاجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لان مدة صومهم الايام معلومة خمسة وخمسون يوما واعلم ان كون التاجيل في الثمن يصح اذا كان الاجل معلوما هو في الثمن الدين اما لو كان ثمنا عينا فيفسد البيع بالاجل فيه للغبن الذي ذكرنا ومفسد التاجيل البيع عند قوله ومن باع عينا على ان لا يسلمه الى راس الشهر وقوله لانتفائها على المكاسة المماكسة استقصاء الثمن والمكس والمكاس في سعاده وهو موجود في البيع عادة وهو يوجب المنازعة فكانت المنازعة ثابتة في البيع لوجود موجبها في الجملة وعند جهالة وقت القبض يحمل اخرى على وجه يضر بالدين والنفس فلا يشرع العقد مع ذلك وحقيقة هذا يصح تعليلا لقولنا لا يحتمل البيع هذه الجهالة اليسيرة بخلاف الكفالة ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج والحصاد بفتح الحاء وكسرها ومثاله القطاف وهو للعنب والدياس وهو دوس الحب بالقدم لينتشر واصله الدوس بالواو لانه من الدوس قلبت الواو ياء للكسرة قبلها والجزاز اي جز صوف الغنم لانها تتقدم وتتاخر وذكر شمس الائمة ان المراد به جز الزعفران والنخل والوكيل الى هذه الاوقات جائز لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة بي قريب بادراكها وازالة جهالتها وتحليل الدليل كهذا هذه جهالة يسيرة وكل جهالة يسيرة متحملة بالكفالة لانها عقد تبرع مبني على المسامحة فهذه متحملة فيها وعلى هذا فاستدلال المورد من قبل شمس الائمة وهو كون الجهالة اليسيرة متحملة في موضع لا يدل على ان يكون التاجيل الى هذه الاوقات المجهولة تسهلا لانه يرى ان الصداق تحمل الجهالة حيث يحتمل جهالة وصفه ثم لا يصح فيه اشتراط هذه الاجال سوال اجنبي عن هذا المحل ثم اجاب بان الاصح صحة هذه الاجال في الصداق خلافا لقول البعض انها لا تصح تاجيل الصداق اليها وانما يرد هذا اذا قيل الجهالة اليسيرة متحملة في الصداق كجهالة الوصف فيورد عليه النقض بعدم تحمل جهالة هذه الاجال ويجاب بما ذكره وقوله لاختلاف الصحابة اخرجه مخرج الاستدلال على انها جهالة يسيرة فان من الصحابة من اجاز باكثر من اجازت البيع الى القطاف وابن عباس منهم وبه اخذنا ولو كانت جهالة قوية لم يختلفوا في عدم الصحة معها وقد قالوا ان القطاف كان لا يتقدم ولا يتاخر فجاز كونها اجلا اذا ذاك لصدق الخلفاء الراشدين في ميعادهم في صرفه واما الآن فيتاخر عن مواعيدهم كثيرا فلا يصح التاجيل اليه الآن فان صح هذا فكيف يتصور رد ابن عباس خلافه والظاهر انه كان يتقدم ويتاخر قليلا بنحو يوم او يومين فاهدرته عائشة رض واعتبره ابن عباس ثم قيل اليسيرة ما يكون الموجب للجهالة التردد في التقدم والتاخر والفاحشة هي ما يكون التردد في نفس الوجود كهبوب الريح وقوله ولانه معلوم الاصل اي ولان الدين معلوم فاعاد الضمير عليه لانه لازم للكفالة ان التزم دينا يعني الاصل وهو الدين معلوم والجهالة في وصفه وهو كونه موجلا الى كذا الذي قد يتقدم ويتاخر وقوله الا يرى الخ ابتداء للتعليل لقوله لانه معلوم الاصل وحاصله انه ثبت كون الجهالة يسيرة باختلاف الصحابة في مثلها وبان الدين المكفول به معلوم للاصل فلم تبق جهالة الا في الوصف وجهالة الوصف يسيرة ثم ارتفع الى اولوية صحة هذه الاجال في الكفالة بان بعض الكفالة يحتمل جهالة الاصل كالكفالة بما ذاب لك على فلان والمذوب غير معلوم الوجود فلان تحتمل جهالة الوصف فيه اولى بخلاف البيع فانه لا يحتملها في اصل الثمن فكذا في وصفه فاتجه عليه ان يقال لا يلزم من عدم تحمل الاصل الثمن الجهالة عدم تحمل وصفه وهو اخف لان الاصل اقوى اجيب بان الاشتراك في العلة يوجبه في الحكم وعلة عدم تحملها في الاصل الافضاء الى المنازعة وهو موجود في جهالة الوصف ثم اعاد ان ما ذكره من عدم تحمل البيع جهالة

او ببيع او في ثمن الاجال او اسقط الاجل قبل ان يحل ثم باع تاما في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله جاز البيع ايضا وقال زفر لا يجوز في الوجه الاول ويفسد في الوجه الثاني وهو قول ابي يوسف رحمه الله وهو القياس لان الاجل صار مستحقا بالاسقاط قبل حلوله فصار كما اذا اسقط بعد حلوله ولهما ان الفساد كان لجهالة الاجل وقد ارتفعت قبل تقرر الفساد لان الفساد في صلب العقد وهو عرضة للفساد في شروطه فيتوقف على تقرره ولهذا لو اسقط الاجل قبل حلوله في الكتابة فسدت ثم ارتفع الفساد قبل تقرره وهو الصحيح من قول ابي حنيفة رحمه الله وقد ذكرنا في الكتاب الوجه الذي يفسد عند زفر والوجه الذي لا يفسد عنده وقد ذكرنا ان الفساد لجهالة الاجل وهي ترتفع بالاسقاط قبل تقرر الفساد وقال زفر لا يرتفع لان الفساد تقرر بالاجل الاول فلا يرتفع بالاسقاط كما لو اسقط الاجل بعد حلوله وهذا لان الاجل الاول صار مستحقا بالاضافة الى الكل ولهذا لو اسقط البعض لا يسقط شيء من الاجل فلو ارتفع الفساد بالاسقاط لارتفع في البعض دون البعض وهذا لا يجوز ولنا ان الاجل الاول صار مستحقا بالاضافة الى الكل لكن لا على وجه يمنع الاسقاط لان الاجل حق المديون وله ان يسقط حقه ولا يمنع الاسقاط استحقاق الاجل على وجه يمنع الاسقاط كالمبيع المرهون والمستأجر يجوز بيعهما مع امتناع الاسقاط لتعلق حق الغير بهما وقال زفر لا يجوز لان الاجل صار مستحقا بالاضافة الى الكل فلا يحتمل الاسقاط كالمبيع المرهون والمستأجر ولنا ان الاجل حق المديون وله ان يسقط حقه ولا يمنع الاسقاط استحقاق الاجل على وجه يمنع الاسقاط كالمبيع المرهون والمستأجر يجوز بيعهما مع امتناع الاسقاط لتعلق حق الغير بهما وقال زفر لا يجوز لان الاجل صار مستحقا بالاضافة الى الكل فلا يحتمل الاسقاط كالمبيع المرهون والمستأجر

ومن جمع بين عبد وحر او شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما سواء فصل ثمن كل واحد او لم يفصل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يصح في العبد بما سمي له وكذا في الذكية اذا لم يسم بطل باجماع وبقول ابي حنيفة قال مالك وعن الشافعي رحمه الله احد القولين وعلى الخلاف اذا باع ومن جمع بين عبده ومدبره وبين عبده وعبد غيره ولم يفصل الثمن صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند الثلاثة وقال زفر فسد فيهما وتترك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وام الولد كالمدبر واجمعوا انه لو باع عبدين فاستحق احدهما لا يبطل البيع في الآخر لزفر الاعتبار بالفصل الاول وهو ما اذا جمع بين عبده وحر ولم يفصل ثمن كل بجامع انه باع ما لا يصح بيعه مع ما يصح مجموعا صفقة وهو يوجب انتفاء محلية البيع بالاضافة الى المجموع اذ يصدق ان الكل من حيث هو كل ليس بمال ولهما في الاول ان الفساد لا يتعدى محل المفسد ولبعد تفصيل الثمن لقصور المفسد وهو عدم المحلية على الحر ونحوه فلا يتعدى الى غيره لانه بلا موجب لان كلا منهما قد انفصل عن الآخر بتفصيل الثمن الا ترى انه لو هلك احدهما قبل القبض لبقي العقد في الآخر لو كان كل منهما عبدا وصار كما لو جمع بين اخته وأجنبية في عقد النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل منهما لان الفساد حينئذ في الثمن لجهالة ثمنه ولابي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين اعني الجمع بين الحر والعبد والجمع بين الاجنبية واخته والمدبر والعبد ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا والبيع صفقة واحدة بدليل انه ليس للمقابل ان يقبل في احدهما بعد جعل قبول العقد في كل شرطا في بيعه الآخر فقد شرط في قبول العقد قبوله في الحر وهو شرط فاسد فيبطل بيع العبد بخلاف النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد لانه ليس ببيع ولا هو موقوف على القضاء في المدبر ورضاء المكاتب في الاصح خلافا للمأذوني وعن ابي حنيفة وابي يوسف واجازة ذلك الغير فقد وجد في العقد

فصل في احكامه

واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته وقال الشافعي لا يملكه وان قبضه لانه محظور منهي عنه فلا يفيد ملك التصرف لان النهي لشرعية للتضاد وهذا لا يفيد قبل القبض وصار كما اذا باع بالميتة او باع الخمر بالدراهم قلنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده ولانتفاء في الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي لقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك وانما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء وانما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي الى تقرير الفساد والمحاذاة هو وجوب الرفع بالاسترداد دنيا لا متناع عن المطالبة اولى ولان السبب قد ضعف لكان اقترانه بالقبض فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم بمنزلة الهبة المشاعة ليست بمال فانعدام الركن ولو كان الخمر متمولا فقد خرجناه في الخمر الواجب قيمتها وهي تصلح ثمنا لا متمولا ثم شرط ان يكون القبض باذن البائع دلالة الا انه يكتفي به دلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد استحسانا وهو التخريج لان البيع تسليطه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق لم يتحقق كان عبر التسليط السابق كذا القبض في مجلس العقد

لصيام المالية على قول بعض المجتهدين في ام الولد ايضا فدخلوا ايضا على قول ابي حنيفة وابي يوسف الا ان المالك اي مالك كان العبد المضموم الى عبد البائع باستحقاقه المبيع وهو لا وباستحقاقهم نفسهم ردوا البيع بعد وجوده فيما يقبله وهذا في ام الولد بناء على صحة القضاء بيعها عندهما خلافا لمحمد وهو بناء على ان اجماع التابعين لاحق هل يرفع خلاف الصحابة السابق عندهما لا يقوى لرفع خلاف الصحابة وعند محمد نعم ولذا صح القضاء ببيعها عندهما نظرا الى الخلاف وعنده لا نظر الى الاجماع وارتفاع الخلاف مع ان قول ابي عبيدة لعلي لما قال له ابى راى انهن يبعن رآك في الجماعة احب الينا من رآك وحدك ظاهر في ان اكثر الصحابة كانوا على منع بيعها او كلهم الا عليا وقد ذكر الكرخي رجوع ابي يوسف في مسئلة الطوق والجارية اذا باعهما بثمن مؤجل كملحق في الصرف فاستدلوا به على رجوعه في جميع هذه المسائل اذا الفرق بينها لا يتضح كذا في المبسوط قيل ينبغي ان يكون الجمع بين متروك التسمية عامدا وبين الذبيحة كالجمع بين القن والمدبر على قول ابي حنيفة لضعف الفساد في متروكها لاجتهاد واجيب بالفرق بانه لا يحل بالقضاء ويصح بيع المدبر والاجتهاد فيه غير معتبر بل النص الاجتهاد خطأ فلصاد متروك ظاهر النص او قد يجعل الخلاف بينهم بناء على الخلاف في تعدد الصفقة واتحادها فقد تقدم اول كتاب البيع ان تعددها عندهما بتعدد الثمن وتفصيله وعنده لا يحصل بذلك التعدد بل لابد مع ذلك من تكرار لفظ البيع وفي الذخيرة ان البائع اذا فصل الثمن وسمى لكل ثمنا على حدة واتحد الباقي كانت الصفقة متحدة هو قول ابي حنيفة وابو يوسف قبلهما ان قبول العقد فيما لا يصح شرطه ليس فيه منفعة فلا يكون مفسدا اجيب بمنع اشتراط النفع في افساد الشرط اولا وليس بشيء ثم لو سلم ففيه نفع لان في قبوله قبول بدله وهو المال المتقوم والحر ليس بمال فيكون بدله خاليا عن العوض فيكون ربا وقوله فكان هذا اي العين رد البيع اشارة الى البقاء يعني دخولهم تحت البيع لان رد المبيع بدون انتقاده لا يصح واذا خرجوا بعد دخولهم لا يكون فيه بيع بالحصة ابتداء بل بقاء كما اذا باع عبدين وهلك احدهما قبل القبض ينفسخ البيع فيه وحده ويجب حصته الآخر من الثمن واذا كان المدبر وما معه محلا للبيع لم يكن جهة مع القن تتضمن اشتراط قبول العقد في غير المبيع قوله في الكافي جمع بين وقف وملك وطلق صحيح في الملك في الاصح وقال الحلواني فيه فيهما رجع وقال جائز في الملك كما في العبد والمدبر ولو باع مركبا فيه مسجد قديم ان كان لا مر الفسد البيع والا لا وكذا في المقبرة ولو اشترى دارا فيه طريق العامة لا يفسد البيع والطريق عيب لو اشترى دارا بطريقها ثم استحق الطريق ان شاء امسكها بحصتها وان شاء ردها ان كان الطريق مختلطا بها وان كان يتميز الزمه الدار بحصته ومعنى اختلاطه كونه لم يذكر له الحدود وفي المنتقى اذا لم يكن الطريق محدودا فسد البيع والمسجد الخاص كالطريق المعلوم ولو كان مسجد جماعة فسد البيع في الكل وفي بعض النسخ ولو كان مسجد الجامع فسد في الكل وكذا لو كان مهدوما او دارا ساحة لا بناء فيها بعد ان يكون اصله مسجد جامع كذا في المجتبى والظاهر ان هذا متفرع على قول ابي يوسف في المسجد الا ان كان من ريعه معلوم يعاد به ولو باع قرية وفيها مسجد واستثنى المسجد جاز ✣

فصل في احكامه

قال واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البائع صريحا او دلالة كما سياتي وفي العقد عوضان كل منهما مال كان البائع ولزمته قيمته ومعلوم انه اذا لم يكن فيه خيار شرط لان ما فيه من الصحيح لا يملك بالقبض فكيف بالفاسد ولا يخفى ان لزوم القيمة عينا انما هو بعد هلاك المبيع في يده اما مع قيامه في يده فالواجب رده بعينه وقال الشافعي لا يملكه وان قبض لانه اي البيع الفاسد محظور فلا ينال بنعمة الملك قلنا ان النهي نسخ للمشروعية للتضاد بين المشروعية والنهي والمراد ان النهي يتضمن انتفاء المشروعية وهذا اي كونه غير مشروع لا يفيد الملك قبل القبض ولو كان مشروعا ثابتا قبله كما في البيع الصحيح وصار كما اذا باع الخمر بالميتة او باع الخمر بالدراهم فان الاتفاق على انه لا يفيد الملك في الوجهين وما ذلك الا لانتفاء مشروعية السبب ولنا ان ركن العقد صدر من اهله في محله ولا انتفاء في الاهلية ولا في المحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام

وشرطان يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع هو مبادلة المال بالمال فيخرج عليه البيع بلا تبة الدم والخمر والحر والميتة مع نفي الثمن وقيد اللزومية قيمية فخرج ما ذوات الامثال لان المثلي يلزم المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه النقد بخلاف ذوات القيم لان المثل صورة ومعنى واعدل من المثل

اي الكلام مفروضا فيما اذا كان في العقد عوضان هما ما لان قوله نعمة الملك لا تنال بالخطر قلنا ممنوع بل ما وضعه الشرع سببا لحكم اذا نهى عنه على وضع خاص ففعل مع ذلك الوضع رأينا من الشرع انه اثبت حكمه واتمه اصله الطلاق وضعه لازالة العصمة ونهى عنه بوضع خاص وهو ما اذا كانت المرأة حائضا ثم رأيناه اثبت حكم طلاق الحائض فازال به العصمة حتى امر ابن عمر بالمراجعة رفعا للمعصية بالقدر الممكن واتم المطلق فصار هذا اصلا في كل سبب شرعي نهي عن مباشرته على الوجه الفلاني اذا بوشر معه اثبت حكمه ولا يعصى به وقوله النهي نسخ المشروعية بمعنى يفيد انتفاءها مع الوصف فنقول ما تريد بانتفاء مشروعية السبب كونه لم يؤذن فيه مع ذلك الوصف او كونه لا يفيد حكمه ان اردت الاول سلمناه ونمنعه انه مع ذلك لا يفيد حكمه مع الوصف المقتضي للنهي كما اريناك من الشرع وان اردت الثاني فهو محل النزاع ومجموع مصادرة حيث جعلت محل النزاع جزء الدليل لا يقال فلا فائدة للنهي ح لان فائدة التحريم والتاثيم وهو موضع النهي فانه للتحريم او لكراهة التحريم اذا كان ظني الثبوت وهذا بخلاف ما اذا لم يكن الثابت ركن العقد بان لم يكن نا لا بان عقد على الخمر او الميتة لعدم الركن فلم يوجد السبب اصلا فلا يفيد الملك فوضعنا الاصطلاح على الفاسد والباطل باعتبار اختلاف حكمهما تمييزا قسمينا ما لا يفيد حكمه باطلا وما يفيده فاسدا اخذا من مناسبة لغوية لقد مت اول باب البيع الفاسد ولا خفاء في حسن هذا التقدير ان شاء الله تعالى وكفاية واما قول المصنف وغيره من المشائخ النهي يقرر المشروعية لاقتضائه التصور يريدون ان النهي عن الامر الشرعي يقرر شرعيته لان النهي عن الشيء يقتضي تصور المنهي عنه وان لم يكن للنهي فائدة فليس بذلك لان كونه يقتضي تصور المنهي عنه بمعنى امكان فعله مع الوصف المشير للنهي لا يفيد لانه اذا فعل هذا المتصور يقع غير مشروع وان اراد وا التصوره شرعا اي ما ذونا فيه شرعا فممنوع فان قالوا نريد تصوره مشروعا باصله لا مع هذا الوصف الذي هو مشير النهي قلنا سلمناه ولكن الثابت في صورة النهي هو المقرون بالوصف فهو غير مشروع معه والمشروع وهو اصله بمعنى البيع مطلقا عن ذلك الوصف غير الثابت ههنا فلا فائدة في هذا الكلام اصلا اذ نسلم انه مشروع باصله اعني ما لم يقرن بالوصف وهو مفقود فلا يجدي شيئا وح فقوله ففسد البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك يقال عليه ما تريد بنفس البيع الذي ليس فيه الوصف الذي هو متعلق النهي او ما فيه ان قلت الذي ليس فيه سلمناه وبه تنال نعمة الملك لكن الثابت البيع الذي ليس كذلك وهو ما فيه الوصف المشير للنهي فلا تنال به نعمة الملك فيحتاج الى ما قررناه من منع ان السبب اذا كان مع النهي لا يفيد الملك الى اخر ما ذكرنا وانما قوله انما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء فالاولى ان يجمع بين ما نحن فيه وبين البيع وقت النداء في ثبوت الملك عند عدم كون النهي لعين المنهي عنه كما اذا كان مع عدم ثبوت الركن والا فالمنهي للمجاور يفيد الكراهة لا الحظر والنهي للوصف اللازم كما نحن فيه يفيد الحظر هذا لا اني اقول وبالله التوفيق مع ذلك ان الخمر والخنزير ليسا بمال في شرعيتنا فان الشارع انهانا بكل وجه حتى لعن حاملها ومعتصرها مع انها مقومة حال الاعصار بل الموجود نية ان يصير خمرا وبانها واكل ثمنها وهي مال في شرع اهل الكتاب على زعمهم وحيث امرنا ان نتركهم وما يدينون فقد امرنا باعتبار تمولهم اياها وبتمولهم بها فاذا كان احد العوضين خمرا او خنزيرا في بيع المسلم فهو باطل لا يفيد الملك في البدل الاخر وان كان ثمنا وان كان في تمولهم فصحيح والله اعلم وقوله وانما لا يثبت الملك قبل القبض الى اخره جواب عن مقدر وهو انه اذا كان هذا البيع يفيد حكمه فما وجه تراخيه عنه الى وقت القبض فاجاب وحاصل الوجه فيه انا قد رأيناك انه بسبب محظور وان ما هو سبب محظور طلب الشرع رفعه بالقدر الممكن وان رتب حكمه كما هو امر المراجعة الحائض فوجب ذلك في البيع وحيث امرنا باعدامه بعد فعله صار فيه ضعف ورأينا حكم السبب

قال ولكل واحد من المتعاقدين فسخه دفعا للفساد وهذا قبل القبض ظاهر لانه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعا وكذا بعده لقبض اذا كان الفساد في صلب العقد لقوته وامكان الفساد بشرط زائد فلم يلحق من عليه قوة العقد لانه لم يتحقق الرضا في حق ذلك الشرط

فديتا خر عنه في الشرع لسبب من الاسباب فاخرنا عالى القبض فانه به يتاكد العقد فيوجب ح حكمه كالهبة لما ضعف السبب لم تثبت الملك فيها الا بالقبض د قوله كيلا يؤدي الى تقرير الفساد والى زيادته تقريره فان المبادرة اليه تزيد وجوبا اسم انه واجب الرفع فلا يفعل ذلك وقوله و ان كان الخمر ثمنا فقد خرجناه برد ما قدمه من بطلان البيع اذا كانت مبيعا لان في جعلها المقصود بالعقد اعزازا لها قوله وثمنا اخر اى وجه آخر لبطلان العقد اذا كانت مبيعة وهو ان الواجب ح تسليم قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تسليمها وتسلمها والقيمة لا يكون الا دراهم او دنانير فتصير القيمة مبيعة فيها مهما مقام مبيع وهو خلاف وضع الشرع في سائر البياعات من ان المقابل للسلع من النقود ثمن لا يقال لا مانع من ذلك بان الدراهم والدنانير اذا قوبلت بمثلها صار كل منهما مبيعا وثمنا والخمر قد قوبلت بالدراهم فاذا نزلت القيمة مكانها صارت دراهم بمقابلة بدراهم لانا نقول الثابت ههنا كون كل مبيعا وثمنا وههنا يلزم مبيعا ليس غير وقد يقال لما كان الواجب بقبض البيع في الفاسد القيمة لا الثمن والمدفوع في بيع الخمر قيمتها اعني الصرف فتكون القيمة مبيعة وثمنا كالقيمة التي بيد فيها المشتري ثم شرط في الملك ان يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر من المذهب الا انه يكتفي بالاذن دلالة كما اذا اجره فقبضه في مجلس العقد ولم يمنعه البائع استحسانا وهو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم يمنعه ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق اما اذا كان امره بالقبض فانه يملكه ولو كان القبض مع غيبة البائع ولو قيل لا نسلم ان هذا البيع تسليط لما تقدم من ضعفه عن افادة حكمه بنفسه وهذه هو وجه الرواية المقابلة للصحيح وتسمى الرواية المشهورة والجواب ان ضعفه انما يؤثر منع ثبوت حكمه بمجرده لا منع قبضه مطلقا وصار كالهبة في ضعف السبب مع ان القبض فيها في مجلس العقد يصح استحسانا واثر الضعف يكفي فيه كون التسليط الذي يثبته مفيدا بالمجلس حتى لو قبضه في غير ذلك المجلس بحضرته ولم ينهه لا يصح قبضه قياسا واستحسانا وعن الهندواني انه قال يجب ان يكون القبض بعد الافتراق عن المجلس بغير اذنه اذا كان ادى الثمن مما يملكه البائع اخذا من اطلاق سياتي وانما ذكرنا في الماذون من اشتراط اذن البائع في صحة القبض بعد الافتراق قاويله اذا لم ينقد الثمن او كان الثمن خمرا مثلا حتى لا يملك بالقبض فاما اذا ملك به فلا يحتاج الى الاذن ويكون قبض الثمن منه اذنا منه القبض وفي المجتبى في التخليه اختلافات الروايات والاصل انها ليست بقبض وفي الخلاصة التخلية كالقبض في البيع الفاسد في بيع الحمار الكبير وفي المحيط باع عبدا من ابنه الصغير فاسدا واشترى عبده لنفسه فاسدا لا يثبت الملك حتى يقبضه ويستعمله وفي جمع التفاريق لو كان وديعة عنده وهي حاضرة ملكها وقوله فيخرج عليه اى على اشتراط المال في البيع الفاسد عدم البيع وبطلانه بالبينة والدم والحر والبيع بالريح والبيع مع نفي الثمن كلها باطلة لعدم المال في العوض والبيع بالريح بحسب ما يقال من الملهيات الكلامية وقيد بنفي الثمن لانها لو سكتا عن الثمن فلم يذكراه بنفي ولا اثبات انعقد فاسدا وثبت الملك بالقبض موجبا للقيمة لان مطلق البيع يقتضي العاوضة فاذا سكت عن عوضه كان عوضه قيمته وكانه باعه بقيمته فيفسد البيع وقوله لزمته قيمته يعني يوم القبض ولو زادت قيمته في يده فاتلفه لانه انما دخل في ضمانه بالقبض فلا يعتبر كالغصب قال محمد عليه قيمته يوم اتلفه لانه بالاستهلاك تقرر عليه الضمان فتعتبر قيمته ح كذا في الكافي وههنا في ذوات القيم واما في ذوات الامثال فيلزمه المثل وسنها العاريات المتقاربة لانه مضمون بنفسه اى لا بالقيمة واحترز به عن البيع الصحيح هذا والقول في القيمة والمثل قول المشتري لانه الضامن فالقول له في القدر والبينة عليه بينة البائع

قوله ولكل واحد من المتبايعين فسخه دفعا للفساد اى للمعصية فرفعها حق لله تعالى فان فسخ العقد مكروه والجري على موجبه بالتصرف في المبيع تمليكا او انتفاعا به على او بلبس او اكل كذلك اى يكره لما فيه من تقرير المعصية وهي كراهة التحريم والوجه ان يكون حراما لان الاجماع على منعه

قال فان باعه المشتري لقد بيعه لانه ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني ونقض الاول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته ولان الاول مشروع باصله دون وصفه والثاني مشروع باصله ووصفه فلا يعارضه بمجرد الوصف ولانه حصل بتسليط من جهته البائع بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة لان كل واحد منهما حق العبد وليتويان في المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع

شرعا قطعا يوجب الحرمة وعرف من تعليل المصنف برفع المعصية ان الواجب ان يقال وعلى كل واحد فسخه غير انه اراد مجرد بيان ثبوت ولاية الفسخ فوقع تعليلا اخص من دعواه وحاصل المنقول في المسئلة انه اذا كان الفساد في صلب العقد وهو ما يرجع الى الثمن والمثمن كبيع درهم بدرهمين وثوب بخمر فيملك كل فسخه بخلاف الاخر عندهما لانه وان كان حق الشرع فيه الزام موجب الفسخ فلا يلزمه الا بعلمه وعند ابي يوسف يغير حضرته ايضا ولم يحك المصنف هذا الخلاف وان كان الفساد بشرط زائد كالبيع على ان يقرضه ونحوه او الى اجل مجهول فكل واحد يملك فسخه قبل القبض واما بعده فيستقل منه لسقوط الشرط والاجل بالفسخ كالبائع في صورة الاقراض والمشتري في الاجل بخلاف الاخر دون من عليه عند محمد رحمه الله لان منفعة الشرط اذا كانت عائدة عليه صح فسخه لانه يقدر ان يسقط الاجل فيصح العقد فاذا فسخه فقد ابطل حقه لقدرته على صحيح العقد وعندهما لكل منهما حق الفسخ لانه مستحق حقا للشرع فانتفى اللزوم عن العقد واعتقد اذا كان غير لازم تمكن كل من فسخه كذا في الذخيرة والايضاح والكافي فعلى هذا المذكور هنا قول محمد وحده وهذا اذا كان المبيع في يد المشتري على حاله لم يزد ولم ينقص ما لو زاد المشتري في يد المشتري زيادة متصلة متولدة من الاصل او لا او منفصلة كذلك او انتقص باقة سماوية او بفعل الغير بائعا او مشتريا او اجنبيا فسنذكره وقوله لانه الخ جواب سؤال يرد على قوله لقوة العقد وهو انه لما كان قويا ينبغي ان يكون لاخذ ولاية الفسخ وان كان له منفعة الشرط فاجاب بان القياس ذلك لانه لما لم يتحقق الرضاة في حقه كان له الفسخ

قوله فان باعه اي باع المشتري ما اشتراه شراء فاسدا بيعا صحيحا نفذ بيعه لانه ملكه فكذا التصرف وسقط حق البائع الاول في الاسترداد وتعلق حق العبد بالعقد الثاني ونقض الاول لما كان الاول حق الشرع وحق العبد عند معارضة حق الله تعالى يقدم باذن الله تعالى لغناه سبحانه وتعالى عفوه وجوده وفقر العبد وخصيصه ولا ينقض بالصيد اذا احرم مالكه وهو في يده حيث يلزم اطلاقه فقدم حق الشرع على العبد لانا نقول الواجب عليه اطلاقه لا اخراجه عن ملكه فيطلقه بحيث لا يضيع عليه وهذا جمع بين الحقين ولا ينقض باسترداد وارث البائع اذا مات المشتري مع انه تعلق به حق العبد وهو الوارث لان الحق المتعلق للوارث هو نفس الحق الذي كان للمشتري وكان مشغولا بحق البائع في الرد فينتقل اليه كذلك لما الموصى له بالمبيع فكالمشتري الثاني فليس لوارث البائع استرداده منه لان له ملكا متجددا بالسبب اختياري لا ينصرف من المشتري ولو قبل المشتري الثاني بقيا انما يقبل اليه المبيع مشغولا بذلك الحق لان ذلك كان فيه للبائع الاول وليس في قدرته ان يبطل حقه فلا يصل ما باعه الى المشتري الا مشغولا بذلك احتاج الى الجواب وايضا الاول مشروع باصله لا وصفه والثاني مشروع باصله ووصفه فلا يعارضه لزيادة قوته ولانه اي المبيع الثاني حصل بتسليط من جهة البائع اي البائع الاول لان التمليك منه مع الاذن في القبض تسليط على التصرف فلا تمكن من الاسترداد من المشتري الثاني والا كان ساعيا في نقض ما تم به ويودي الى المناقضة قيل عليه فعدم تمكنه من الاسترداد في بيع نفسخ اول والجواب انه قبل بيع المشتري وتصرفه لم يكن باسترداده ساعيا في نقض ما تم به لان الكائن من جهته تسليطه على البيع وتمامه بان يفعل المسلط وهذا التسليط نفسه معصية فجعل له رحمة عليه ان يتدارك بالتوبة وذلك يكون قبل الفوات بفعل المسلط فاذا لم يتدارك حتى فعل وتعلق به حق عبد فقد فوت على نفسه المكنة بتقصيره وحقيقة الحال ان حق كل من البائع والمشتري ليس له الا بعد ادراك رفع معصيته بالتوبة وبتى اخر حتى تعلق حق عبد من المشتري والموهوب له والموصى له فقد فوته اما الوارث فانه مامور بخلاص ميته من المعصية ما امكن فشرع له ذلك الحق لذلك وهذا بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة بالبيع والهبة فلا يمنع حق الشفيع وله ان ينقض هذه التصرفات ويأخذها بالشفعة وان تعلق به حق الغير لان حق الشفيع

قال ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير فقبضه واعتقه او باعه او وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة لما ذكرنا انه ملكه بالقبض فينفذ تصرفاته بالاعتاق فقد هلك فتلزمه القيمة وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد على ما مر والكتابة والرهن نظير البيع لانها لا يزالان كما انه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب فك الرهن لزوال اللازم وهذا بخلاف الاجارة لانها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد عند ولانها تنتقد شيئا فشيئا فيكون الرد استيفاء قال وليس للبائع في البيع الفاسد ان يأخذ المبيع حتى يرد الثمن لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن فان مات البائع فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه في حيوته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالرهن ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لانها تتعين في البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب فان كانت مستهلكة اخذ مثلها لانها

وحق البائع حق العبد فيعارضه ويترجح التسخ لانه اسبق ولانه لم يوجد من التسخ تسليط على الشر كما في البيع وارد فينبغي ان يكون حق المشتري احق من حق التسخ لانه ثابت فيكون ناسخا اجيب بانه انما يفسخ اذا كان مثله في القوة والسبق من اسباب الترجيح فترجح الشفعة قوله ومن اشترى عبدا بخمر المراد اشترى عبدا شراء فاسدا بخمر او غيره فاعتقه او باعه او وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة لما ذكرنا من انه ملكه بالقبض فينفذ تصرفاته فيه وانما وجبت القيمة لانه بالاعتاق قد هلك فوقع الايأس عن الاسترداد فتعينت القيمة وبالبيع والهبة انقطع حق الاسترداد على ما مر في المسئلة قبلها من انه تعلق به حق العبد اعني المشتري الثاني والاسترداد لحق الشرع وحق العبد مقدم فقد فوت المكنة بتاخير التوبة والكتابة والرهن بعد قبضه نظير البيع يعني اذا كاتب العبد المبيع بيعا فاسدا او رهنه فهو نظير البيع لانهما لا يزالان فحق العبد فينقطع حق الاسترداد فتلزمه القيمة الا انه يعود بعجز المكاتب وفك الرهن ولا فائدة في تخصيصهما بذلك بل يعود حق الاسترداد في البيع والهبة اذا انتقضت هذه التصرفات بالرد بالعيب والرجوع في الهبة ولو بقضاء لانه عاد الى قديم ملكه ثم حق الاسترداد انما يعود اذا لم يقض بالقيمة على المشتري فان قضى بها عليه ثم عاد الى ملكه ليس للبائع ان يسترده لتحول حقه عن العين الى القيمة كالعبد المغصوب اذا ابق فقضى على الغاصب بقيمته ثم رجع ليس للمالك اخذه لما قلنا وقوله وهذا بخلاف الاجارة فانه اذا اجر المشتري شراء فاسدا لا ينقطع به حق الاسترداد لان الاجارة تفسخ بالاعذار ورفع الفساد عذر والنكاح كالاجارة لانه عقد على منفعة فاذا زوج المشتري الجارية المشتراة شراء فاسدا كان للبائع ان يسترد ها لان حق الزوج في المنفعة لا يمنع حق البائع في الرقبة ولانه لا يفوته ملك تلك المنفعة فان مع الاسترداد النكاح قائم كما لو زوجها البائع نعم تصير بحيث لا منفعة لها وعدم شهوتها بيانا غير انه اذا ظفر بها له وطيها ولان الاجارة تعقد شيئا فشيئا فيكون الاسترداد بالاضافة الى المنافع التي لم تحدث امتناعا عن العقد عليها ولو قطعت يد العبد المشتري شراء فاسدا واخذ المشتري الارش او ولدت الجارية واخذ بسببها ذلك للبائع الفسخ ويرد الزيادة عليه ولو قطع الثوب وخاطه او لبنه وحشاه تقطع الاسترداد وكذا في الغصب ولو صبغه فعن محمد رحمه الله يخير البائع بين اخذه واعطاء ما زاد الصبغ فيه وتركه وتضمين قيمته كالغصب والحاصل ان كل تصرف لو فعله الغاصب انقطع به حق المالك اذا فعله المشتري انقطع به حق الاسترداد للبائع وذكر الكرخي ان الصبغ بالعصفر يمنع الاسترداد وعن محمد انه كالغصب ولا يمنع الاسترداد بموت المشتري فيسترد البائع من الوارث ولا يموت البائع فيسترده وارثه من المشتري وزيادة المشتري شراء فاسدا لا يمنع الاسترداد الا اذا كانت بفعل المشتري كالخياطة والصبغ ونقصانه بفعل المشتري او بفعله في نفسه او باقة سماوية لا يمنع فيسترده البائع مع ارش النقصان وليس له ان يتركه عليه ويضمنه تمام القيمة وان كان بفعل اجنبي فله ان يأخذ الارش من المشتري وان شاء اخذه من الجاني وفي قتل الاجنبي ليس له تضمين الجاني ولو وطئ المشتري الجارية لا يمتنع الرد منه ولا الاسترداد من البائع فلو رد او استرد لزمه العقر للبائع اما ان اتلفها ضمن قيمتها قوله وليس للبائع في البيع الفاسد ان يأخذ المبيع حتى يرد الثمن قيل يعني القيمة لانه اخذها من المشتري وليس بلازم بل قد يكون ذلك او الثمن الذي تراضيا عليه كيف كان ليس له اخذه حتى يرد ما اخذه لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن وعلى هذا الاجارة الفاسدة والرهن الفاسد والقرض الفاسد اعتبارا بالعقد الجائز اذا الفاسد فللمستاجر ان يحبس ما استاجره حتى يأخذ الاجرة التي دفعها للموجر وكذا المرتهن حتى يقبض الدين لان هذه عقود معاوضة فتجب التسوية بين

قال ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يعقوب عنه في الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك في الرواية وقالا ينقض البناء وترد الدار والغرس على هذا الاختلاف لهما ان حق الشفعة اضعف من حق البائع حتى يجتاز فيه الى القضاء ويبطل بالتأخير بخلاف حق البائع ثم اضعف الحقين لا يبطل بالبناء فاقواهما اولى ولابي حنيفة ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام فقد حصل بتسليط من جهة البائع فيقتطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يبطل بهبة المشتري وبيعه فكذا ببنائه وذلك يعرف في حفظه الوقاية عن ابي حنيفة رحمه الله وقد نص محمد على الاختلاف في كتاب الشفعة فان حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف

البدلين ولو مات البائع بيعا فاسدا او الموجر اجارة فاسدة والرهن او المقرض كذلك فالذي في يده المبيع او الرهن احق بثمنه من غرماء الميت لانه مقدم عليه في حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته الا ان الرهن مضمون بقدر الدين والمشتري بقدرها اعطى فاضطر فلغرمائه بخلاف ما اذا مات المحيل وعليه دين ولم يقبض المحتال الدين او الوديعة من المحال عليه فانه لا يختص المحتال بدين الحوالة او الوديعة مع ان دين المحيل صار مشغولا بحق المحتال كما في الرهن لان الاختصاص انما يوجبه ثبوت الحق مع اليد لا مجرد الحق ولا يد للمحتال ثم ان كانت الدراهم الثمن التي دفعها قائمة بعينها اخذها المشتري بعينها لانها تتعين في البيع الفاسد وهو الاصح خلافا لما ذكر ابو حفص انها لا تتعين كما في البيع الصحيح وهو رواية كتاب الصرف ورواية ابي سليمان تتعين وهو الاصح لكن سياتي ما يقوي رواية ابي حفص لان البيع الفاسد بمنزلة الغصب والثمن في يد البائع كالمغصوب وان كانت مستهلكة قال المصنف اخذ مثلها وكذا ذكر قاضي خان وذكر في الفوائد الظهيرية وفخر الاسلام وجماعة من شراح الجامع الصغير انه يباع المبيع لحق المشتري فان فضل شيء حمادغه يصرف الى الغرماء ولا شك انه غير لازم لان الواجب له بعد الاستهلاك مثل حقه والمستهلك وهو الدراهم قوله ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري او غرس فيها استجارا فعليه قيمتهما والقطع حق البائع في استردادها بالبناء والغرس وقال ابو يوسف ومحمد ينقض البناء ويقلع الغرس وتسترد الدار لهما ان حق الشفيع في الدار التي يستحق فيها الشفعة اضعف من حق البائع بيعا فاسدا في الاسترداد بدليل انه يحتاج في ثبوت الملك له في الدار الى القضاء ويبطل بالتاخير بعد العلم ولا يورث حق هذا البائع في الاسترداد ولا يتوقف على قضاء ولا يبطل بالتاخير وثبت لورثته والاتفاق على ان حق الشفعة الاضعف لا يبطل بالبناء او الغرس فاقواهما وهو حق البائع اولى ان لا يبطل بهما فثبت بدلالته ثبوته ولابي حنيفة ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط البائع فينقطع به حق الاسترداد كالبيع والهبة بخلاف حق الشفيع فانه وان كان اضعف لم يوجد ما يبطله وهو تسليطه على الفعل اعني البناء فعمل بمقتضاه وهو النقض والقلع ولهذا لا يبطل بالبيع والهبة الصادرين باخذها من يد المشتري الثاني بالشفعة لان البيع ليس بتسليط منه وهذه المسئلة من المسائل التي انكر فيها ابو يوسف الرواية لمحمد على الوجه المذكور في الجامع فقول المصنف وشك يعقوب رحمه الله في حفظ الرواية عن ابي حنيفة بذلك قالوا شك في حفظ الرواية عنه لا في مذهبه يعني ان مذهبه معروف انه لا ينقض البناء ولكن تجب القيمة على المشتري فان محمدا نص على هذا الاختلاف في كتاب الشفعة فانه قال فيه اذا بنى في الدار المشتراة شراء فاسدا فللشفيع الشفعة عند ابي حنيفة وعندهما لا شفعة فهذا دليل على ان الرواية عن ابي حنيفة ثابتة لان حق الشفعة في الدار المبيعة بيعا فاسدا مبني على انقطاع حق البائع في الاسترداد فلولا قوله بانقطاع حق الاسترداد بالبناء لم يوجب الشفعة فيها غير ان حكاية شمس الائمة قول ابي يوسف ومحمد ما رويت لك عن ابي حنيفة انه ياخذ قيمتها وانما رويت لك ان ينقض البناء وقال محمد بل رويت انه ياخذ قيمتها صريح في الانكار لا في الشك وصريح في انه نقل عن ابي حنيفة ما يوافق مذهبهما وعدم الخلاف وقول المصنف ان حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف معناه ان حق الشفعة وجودا وعدما مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وجودا وعدما فوجوده مبني على عدمه وعدمه على وجوده وعلى هذا ثبوته على الاختلاف بالجر وجماعة من الشارحين قالوا وثبوته بالرفع بتقدير وعلى الاختلاف خبره وهو عطف على مبني والمعنى ثبوت حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوت حق الشفعة على الخلاف فعندهما يثبت حق الشفعة فهو قائل بانه لم ينقطع وعندهما لا يثبت حق الشفعة فيثبت حق الاسترداد والاقرب ان الاوجه ثبوته بثبوت انقطاع حق البائع

قال ومن استرى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبائع ما ربح في الثمن والفرق ان الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيمكن الخبث في الربح والدراهم والدنانير لا تتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يمكن الخبث فلا يجب التصدق وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك اما الخبث لعدم الملك عند ابي حنيفة رحمه الله فيشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع او تقدير الثمن وعند فساد الملك ينقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها

في الاسترداد والمعنى حق الشفعة مبني على القطاع حق البائع بالبناء وثبوت انقطاعه به على الخلاف عنده لا ينقطع فله القلع والهدم وعندهما ينقطع فلا يتمكن وافقت الروايات ان طلب حق الشفعة في البيع الفاسد يعتبر وقت انقطاع حق البائع لا وقت الشراء وورد على ابي حنيفة رح لما وجب نقضها لحق الشفيع وفيه تقرير الفساد فاولى ان يجب نقضها لحق البائع وهو اقوى وفيه اعدام الفساد واجب بمنع الملازمة فان البائع جاز ولا جناية من الشفيع فلا يلزم من النقض لاجل من الاجناية منه النقض لمن جنى فان قيل اذا نقض البناء والغراس لاجل الشفيع ينبغي ان يعود حق البائع في الاسترداد كما اذا فسخ البيع عن العبد اجيب بان المانع من الاسترداد انما يزول بعد ملك الشفيع فيثبت حق نقض البناء والغرس حكما لملكه هذا وقولها اوجه لان قول ابي حنيفة ان البناء مما يقصد به الدوام يمنع للاتفاق في الاجارة على ايجاب القلع فظهر انه قد يقال للبقاء وقد لا فان قال المستاجر يعلم انه يكلف القلع ففعله ذلك دليل على انه لم يرد البقاء قلنا المشتري شراء فاسدا ايضا يكلف القلع عندنا وقولك لا يلزم ذلك محل النزاع فاقل الامر ان يعلم الخلاف ويجوز ان يكلف النقض ففعله مع ذلك دليل قصده عدم البقاء الا مدة ما واما تعليل بعضهم له بانه اتصل بحق العبد فصار كالمبيع فبعيد عن الصواب لان ذلك فيما اذا كان العبد عبدا آخر اشتراه من اشتراه شراء فاسدا او قبل الهبة فيه بطريق صحيح وهاهنا فيه فعل العاقد الجاني بعقده هو الذي بني فلا يستحق بجنايته وفعله المقرر لمعصيته ان يقطع حق القاصد للمثوبة وهو في الحقيقة حق الله تعالى فجاز ان لا يزال القصل به حق من لا جناية منه فانه جل وعلا اذن في تقديم حقه قوله ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها المشتري وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبائع لفظه ما ربح في الثمن الذي قبضه من المشتري اذا عمل فربح والاصل في هذا ان المال نوعان نوع لا يتعين في عقود المعاوضات كالدراهم والدنانير ونوع يتعين وهو سواهما والخبث نوعان خبث في البدل لعدم الملك في المبدل وخبث لفساد الملك فالخبث لعدم الملك يعم في النوعين حتى ان الغاصب او المودع اذا تصرف في المغصوب والوديعة وما عرض او نقد واديا ضمانهما وفضل ربح وجب التصدق به عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله بدلا لمال الغير فيما يتعين فتثبت فيه حقيقة الخبث وفيما لا يتعين ان لم يكن ما اشتراه به بدل مال الغير لان العقد لا يتعلق به بل بذمته لكنه انما توسل الى الربح بالمغصوب والوديعة فتمكن فيه شبهة الربح بمال الغير من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع ان نقد الدراهم المغصوبة او نقد من الثمن ان نسا الى الدراهم المغصوبة ونقد من غيرها فيتصدق به لان الشبهة معتبرة كالحقيقة في ابواب الربا والخبث لفساد الملك دون الخبث لعدم الملك فيوجب شبهة الخبث فيما يوجب فيه عدم الملك حقيقة الخبث وهو ما تعين كالجارية في مسئلتنا وتعدى الى بدلها وشبهة الشبهة فيما يوجب فيه عدم الملك الشبهة وهو ما لا يتعين وشبهة الشبهة غير معتبرة لان اعتبار الشبهة خلاف الاصل بالنص وهو نهيه عن الربا والريبة فلا يتعدى الا اعتبارا دونها كشبهة الشبهة ولم يفصد باب التجارة وهو مفتوح فلذا قال يتصدق المشتري بالربح فيهما ويطيب للبائع ما ربح في الثمن ولا اشكال ان هذا انما هو على الرواية القائلة لا يتعين النقود في البيع الفاسد اما على الرواية القائلة يتعين فحكم الربح في النوعين كالغصب لا يطيب وقد ذكر المصنف ان رواية التعيين في البيع الفاسد هو الاصح فحينئذ الاصح وجوب التصدق على البائع ايضا بربح في الثمن غير ان هذه المسئلة بهذا التفصيل في طيب الربح صحيح الرواية في الجامع فان فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمهم الله في رجل اشترى من رجل جارية بيعا فاسدا بالف وتقابضا وربح كل واحد منهما فيما قبض قال يتصدق الذي قبض الجارية بالربح ويطيب الربح للذي قبض الدراهم ربح فالاصح ان الدراهم لا تتعين في البيع الفاسد لما قال وقول المصنف لا يتعين في العقود اي عقود البياعات بخلاف ما سواها من الشركة والوديعة والغصب وقول بعضهم احترز به عن الوديعة والغصب والسرقة انما يصح لو كان لفظ البياعات اعم من المعاوضات مذكور المعم وليس

قال ومن ادعى على آخر مالا فقضاه إياه ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء وقد ربح المدعي في الدراهم بطل البيع لان الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما يتعلق

فصل خيار الكشف

قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش وهو ان يزيد في الثمن وهو لا يريد الشراء ليرغب غيره قال عليه السلام لا تناجشوا قال ولا يسوم على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه ولا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه ولان في ذلك ايحاشا وايذاء ويستوي اذا تراكنا او امتاز وان على سبيل تمن في المساومة اما اذا امر يكن احدهما الى الآخر فهو من يزيد ولا بأس به على ما بيناه وذكرنا من قبل الى هنا الكلام اليوم قال من تلقى الجلب هنا اذا كان غيرا هل البلد فان كان لا يضر فلا بأس الا اذا غبن غبنا لا يتغابن الناس في مثله لما فيه من الضرر

كذلك وبهذا التفصيل قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف يطيب له الربح مطلقا لان عنده شرط الطيب الضمان وقد وجد وعندهما الضمان وان وجد لكنه غير واف لان الطيب في الكل لان الدراهم والدنانير تتعين حتى لو اشترى بهذه الدراهم فهلكت بطل البيع عندهما كما في البيع المعين وعندنا لا يبطل وليس له ان يحبسها ويعطي مثلها قوله وكذلك الاستحقاق قال في الجامع الصغير وكذلك لو ادعى على آخر مالا فقضاه ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء وقد ربح المدعي في الدراهم التي قبضها على انها دينه يطيب له الربح لان الخبث لفساد الملك هنا لان الدين وجب بالتسمية اي بالاقرار عند دعواه المال ثم استحق بالتصادق فكان المقبوض بدل المستحق وهو الدين وبدل المستحق مملوك اي ملكا فاسدا سواء كان عينا او دينا اما عينا فدليل ان من اشترى عبدا بجارية او ثوب ثم اعتق العبد واستحقت الجارية يصح عتق العبد فلو لم يكن بدل المستحق مملوكا لم يصح العتق اذ لا عتق في غير الملك والعبد بدل الجارية المستحقة واذا ملكه فاسدا فيما لا يتعين لا يعمل فيه خبثا فطاب له الربح وفي الجامع الكبير تقاضى خان بدل المستحق مملوك بدليل ما لو حلف لا يفارقه حتى يستوفي حقه فباعه المديون عند الغير بذلك الدين وقبضه ثم استحق العبد لا يحنث لان المديون ملكه في ذمته بهذا البيع فيكون مستوفيا حقه فلم يحنث وبيان فساد الملك في بدل المستحق انه اذا استحق المبدل يجب رده لا يبطل البيع فيتمكن فيه شبهة الخبث فاذا حصل الربح في دراهم فيها شبهة عدم الملك كان فيه شبهة شبهة الخبث فلا يعتبر واعلم ان ملكه باعتبار زعمه انه قبض الدراهم بدلا عما يزعم انه ملكه اما لو كان في اصل دعواه الدين متعمدا للكذب فدفع اليه لا يملك اصلا لانه يتيقن انه لا ملك له فيه واعلم فصل فيما يكره لما كان دون الفاسد اخره عنه وليس المراد كونه دونه في حكم المنع الشرعي بل في عدم فساد العقد والا فهذه المكروهات كلها تحريمية لانعلم خلافا في الاثم ومقتضى النظر عندي ان يكون على اصولنا الشرط الفاسد على سوم الآخر بشرطه والحاضر للبادي في القطع والاضرار فاسدا وتلقي الجلب اذا لبس باطلا وثبت سعة الخيار وهذا لان النهي مطلقه للتحريم الا لصارف وهذه المعاني المذكورة تؤكد المنع لا تصرفه عنه فان في اعتراض الرجل عن سوم الآخر وبعد الركون وطيب نفس البائع بالمسمى اثارة للعداوة والبغضاء كالخمر والميسر فيحرم ذلك وشراء ما جرى به في زمن الحاجة ليغالى على الناس ضرر عام بالمسلمين واهل الذمة فيحرم وكذا البيع من القادمين مع حاجة المقيمين فانه لم يرض بالثمن المذكور الا على تقدير كونه سعر البلد فيجب ان يكون غير منعقد لعدم الرضى به وثبت له خيار الفسخ كقول الشافعي وكقولنا لكن كون الوصف مجاورا او لازما لا اثر له في نفسه ما ذكرنا واذا الاصطلاحات لا تنفي المعاني الحقيقية المقتضية للبطلان او الفساد على ان معنى الفساد ليس الا كون العقد مطلوب التفاسخ للمعصية لمباشرة المنهي عنه ويملك البدل منه بالقبض وتأخر الملك الى القبض ليس الا لوجوب رفع المعصية برفعه ويجب في هذه البياعات ذلك كله غير انه لما كان المنع باخبار الاجانب والظنية سموه مكروها على اصطلاحنا ولما كان الركن هو مبادلة المال بالمال بالتراضي ثابتا حقيقة فاسدا قوله ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش وهو ان يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره بعد ما بلغت قيمتها فانه تغرير للمسلم فلما فاذا كانت بلغت قيمتها فزاد الى القيمة لا يريد الشراء فجائز لانه نفع مسلم من غير اضرار بغيره اذا كان شراء الغير بالقيمة قال صلى الله عليه وسلم لا تناجشوا في الصحيحين من حديث ابي هريرة رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تتلقى الركبان للبيع ولا يبع بعضكم على بيع بعض ولا تناجشوا ولا يبع حاضر لباد والنجش بفتحتين ويروى بسكون الجيم قوله وعن السوم اي ونهى عن السوم في حديث ابن عمر في الصحيحين بلفظ لا يبيع الرجل على بيع اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه الا ان ياذن له وفي الصحيحين من حديث ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن تلقي الركبان الى ان قال وان يستام الرجل على سوم اخيه وعرفت مسيره وهو ما فيه من الايحاش والاضرار وشرطه وهو ان يترك ضيا ثمن ويتبع الركون به

قال وعن بيع الحاضر للبادي فقد قال عم لا يبيع الحاضر للبادي وهذا اذا كان اهل البلدة في قحط وعوز وهو يبيع من اهل البدو وطمعا في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم اما اذا لم يكن كذلك لا بأس به لانعدام الضرر قال والبيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع ثم فيه اخلال بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعتبر فيه في كتاب الصلوة قال كل ذلك يكره لما ذكرنا ولا يفسد به البيع لان الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة قال ولا بأس ببيع مزيد وتفسيره ما ذكرنا وقد صح ان النبي عم باع قدحا وحلسا البيع من يزيد لانه بيع الغنائم والحاجة

فيجيء آخر فيدفع للمالك اكثر او مثله غير انه رجل وجيه فيبيعه منه لوجاهته واما صورة البيع على بيع اخيه بان تراضيا على ثمن سلعة فيجيء آخر فيقول انا ابيعك مثل هذه السلعة بانقص من هذا الثمن فيضر بصاحب السلعة فظهر تصوير البيع على بيع اخيه والسوم على سوم اخيه والوارد فيهما حديثان فلا حاجة الى جعل لفظ البيع في قوله صلى الله عليه وسلم لا يبيع احدكم على بيع اخيه جامعا للبيع والشراء مجازا انما يحتاج الى ذلك لو لم يرد حديث الاستيام وكذا محله في الخطبة فان تراضيا فهو بيع من يزيد ولا باس به كما سنذكر قوله ومن تلقي الجلب في الصحيحين عن عبد الله بن عباس نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يتلقى الركبان وان يبيع حاضر لباد فقال فقلت لابن عباس ما قوله حاضر لباد قال لا يكون له سمسارا وللتلقي صورتان احدهما ان يتلقاهم المشترون للطعام منهم في سنة حاجة ليبيعوه من اهل البلد بزيادة وثانيهما ان يشتري منهم بارخص من سعر البلد وهم لا يعلمون بالسعر ولا خلاف عند الشافعية انه اذا خرج اليهم لذلك ان يعصي اما لو لم يقصد ذلك بل التقى ان خرج تراهم فاشترى ففي معصيته قولان والوجه لا يعصي اذا لم يلبس وعندنا محل النهي اذا كان يضر باهل البلد اوليس اما اذا لم يضر اولم يلبس فلا باس قوله وعن بيع الحاضر للبادي تقدم النهي عنه ومحل النهي اذا كان اهل البلد في عوزا لحاجة او قحط وهو يبيع من غير اهل البلد طمعا في الثمن الغالي للاضرار بهم وهم جيرانه اما اذا لم يكن كذلك فلا باس لانعدام الضرر وقال الحلواني هو ان يمنع السمسار الحاضر القروي من البيع ويقول له لا تبع انا اعلم بذلك فيتوكل له ويبيع وتعالى ولو ترك يبيع بنفسه لرخص على الناس وفي بعض الطرق زاد قوله صلى الله عليه وسلم وعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض وفي المجتبى هذا التفسير اصح ذكره في زاد الفقهاء لموافقته الحديث وعلى هذا فتفسير ابن عباس بان لا يكون له سمسارا ليس هو تفسير البيع الحاضر للبادي وهو صورة النهي بل تفسير بضدها وهي الجائزة فالمعنى انه نهى عن بيع السمسار وتعريفه انه لما سئل عن كيفية نهي بيع الحاضر للبادي قال المقصود ان لا يكون له سمسارا فنهى عنه بالسمسار قوله والبيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى اذا نودي للصلوة من يوم الجمعة الى قوله وذروا البيع كانه يجعل الوقت من حين الاذان مشغولا بالصلاة الجمعة تعظيما لها كما قالوا في النهي عن الصلوة بعد صلوة العصر قبل التغير زيادة انه قد يفضي الى الاخلال بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعتبر في منع البيع في كتاب الصلوة وهو ما يكون بعد دخول الوقت وقوله كل ذلك يكره اي كلما ذكرناه من اول الفصل الى هنا يكره اي لا يحل عملا بما قدمناه ولا يفسد به البيع باتفاق علمائنا حتى يجب الثمن ويثبت الملك قبل القبض وهو قول الشافعي لكنه يثبت الخيار في تلقي الركبان على ما قدمناه عنه وقدمنا قول مالك بالبطلان فيه وفي النجش وكذا بيع الحاضر للبادي وبه قال احمد وعلل الصحة بان الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة واستشكله في الكافي لان البيع يفسد بالشرط وهو خارج عن العقد ليس في صلبه قال الا ان يؤول الخارج بالمجاور وانت علمت ما عندنا في ذلك قوله ولا باس ببيع من يزيد وهو صفقة البيع الذي في اسواق مصر المسمى بالبيع في الدلالة لانه صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا ممن يزيد روى اصحاب السنن الاربعة من حديث انس بن مالك ان رجلا من الانصار اتى النبي صلى الله عليه وسلم يسأله فقال له اما في بيتك شيء قال بلى حلس نلبس بعضه ونبسط بعضه وقعب نشرب فيه الماء قال ائتني بهما فاتاه بهما فاخذهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال من يشتري هذين فقال رجل انا اخذهما بدرهم قال من يزيد على درهم مرتين او ثلثا فقال رجل انا بدرهمين فاعطاهما اياه واخذ الدرهمين فاعطاهما الانصاري وقال اشتر باحدهما طعاما فانبذه لاهلك واشتر بالاخر فاسا فاتني به فاتاه به فشد فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم عودا بيده ثم قال اذهب فاحتطب وبع ولا اراك خمسة عشر يوما فذهب الرجل يحتطب ويبيع فجاء وقد اصاب عشرة دراهم فاشترى ببعضها ثوبا وببعضها طعاما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا خير لك من ان تجيء المسئلة

نوع منه قال ومن ملك ذا رحم محرم منه أو كان صغيرين أحدهما ذو رحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما ولذلك إن كان أحدهما كبيرا والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام من فرق بين الوالدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة ووهب النبي صلى الله عليه وآله وسلم لعلي رضي الله عنه غلامين أخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فعلم أيهما أحدهما فقال يا علي ما أدراك أذرك ويروى أردد ولأن الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهد فكان في بيع أحدهما قطع الاستئناس والمنع من التعاهد وفيه ترك الرحمة على الصغار وقد أوعد عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير ذي رحم محرم كابن العم فيباح الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لأن النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا ولكان أحدهما الصغير له والآخر لغيره لا بأس ببيع أحدهما ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس به كما إذا كان أحدهما مكاتبا فبيعه بالدين جائز بالاتفاق لأن المنظور إليه فيه الفرد عن عجزه لا الإضرار به

أمته في وجهك يوم القيمة أن المسلمة لا تصلح إلا لمثله الذي قد مضى أو الذي عزم عليه أي الذي هو مرجح وأخرجه الترمذي مختصرا أنه صلى الله عليه وسلم باع حلسا وقدحا فمن يزيد قال الترمذي حديث حسن لا نعرفه إلا من حديث الأخضر بن عجلان عن عبد الله الحنفي وقد روى غير واحد عن الأخضر بن عجلان وقال في علله الكبير سألت محمد بن إسمعيل عن هذا الحديث فقال الأخضر بن عجلان ثقة قوله نوع منه أي من البيع المكروه أي الذي لا يحل على عرفنا أن الكراهة تحريم وإنما فصلنا لأن الكراهة فيه لمعنى يرجع في غير المعقود عليه وفيما تقدم لا يرجع إليه أو لأنها مسائل يجمعها معنى واحد هو التفريق بخلاف الأول ومن ملك مملوكين بأي سبب كان من أسباب الملك شقيقين أو بعيدين أو أحدهما رحم محرم منه لم يفرق بينهما سواء كان في بيع أو هبة أو وصية وذكره بصورة النفي مبالغة في المنع ولا نظر في الوصية إلى جواز أن يتأخر الموت إلى انقضاء زمان التحريم لأن ذلك موهوم والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه الترمذي عن أبي أيوب الأنصاري رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من فرق بين الوالدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيمة وقال حديث حسن غريب وصححه الحاكم على شرط مسلم ولم يخرجاه فإن فيه يحيى بن عبد الله لم يخرج له في الصحيح واتهلف فيه لا اختلاف فيه لم يصححه الترمذي رواه أحمد بقصته ورواه الحاكم في المستدرك عن عمران بن حصين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ملعون من فرق بين الوالدة وولدها وقال سناده صحيح وفي طليق بن محمد تارة يروي عنه عن عمران بن حصين وتارة عنه عن أبي بردة وتارة عن طليق عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا قال الدارقطني وهو المحفوظ وقول ابن القطان الأصح لأن طليقا لا يعرف حاله يريد بخصوص ذلك وإلا فالحديث له طرق كثيرة وشهرة والفاظ توجب صحة المعنى المشترك منه وهو منع التفريق الآتي في سوقها طول علينا ولا حديث علي رضي الله عنه فأخرجه الترمذي وابن ماجه من حديث الحجاج بن أرطاة عن الحكم بن عيينة عن ميمون بن أبي شبيب عن علي رضي الله عنه قال وهب لي رسول الله صلى الله عليه وسلم غلامين أخوين فبعت أحدهما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا علي ما فعل غلامك فأخبرته فقال رده رده قال الترمذي حديث حسن غريب وتعقبه أبو داود بأن ميمون لم يدرك عليا وهو على طريقتهم من أن المرسل من أقسام الضعيف وعندنا ليس كذلك أخرجه الحاكم والدارقطني من طريق آخر عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن علي رضي الله عنه قال قدم علي النبي صلى الله عليه وسلم سبي فأمرني ببيع أخوين فبعتهما وفرقت بينهما فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرته فقال ادركهما فارتجعهما جميعا فلا تفرق بينهما وصححه الحاكم على شرط الشيخين ونفى ابن القطان العيب عنه وقال هو أولى ما اعتمد عليه في هذا الباب ومن طريق آخر رواه أحمد والبزار وفيه انقطاع ولا يتصور على أصلنا على عرف قال المصنف ولأن الصغير يستأنس بالكبير والكبير يتعاهده أي يصلح من شأنه فكان في التفريق قطع الاستئناس والمنع من التعاهد وفيه ترك الرحمة على الصغار وقد أوعد عليه قال عليه الصلاة والسلام من لم يرحم صغيرنا ويعرف حق كبيرنا فليس منا رواه ابن أبي شيبة عن عمرو بن العاص كذا رواه البخاري في كتابه المفرد في الأدب وروى الطحاوي في مشكل الآثار نا يونس بن عبد الأعلى نا ابن وهب أخبرنا مالك ابن الخير الزيادي عن أبي قبيل عن عبادة بن الصامت عنه صلى الله عليه وسلم قال ليس منا من لم يجل كبيرنا ويرحم صغيرنا وعلى نحو الأول رواه البخاري في كتاب المفرد في الأدب من حديث أبي هريرة وقد روي من حديث عدة من الصحابة فهو معنى مشهور لا شك فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المصنف ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخله محرم غير محرم بقريب كمحرم الرضاع وامرأة الأب والقريب غير محرم كابن العم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لأنه على خلاف القياس فيقتصر على مورده ومورده كان في الحرمة كما في الوالدة وولدها والأخوين فإن قيل لو كان كذلك وجب أن لا يمنع التفريق بين الخال وابن أخته والخالة وبنت أختهما لأن النص ما ورد إلا في الوالدة والأخوين قلنا الجواب أن القرابة المحرمة بمعنى واحد وهو المفهوم الموافق في عرف الشافعية للقطع لأن خصوص الوالدة غير معتبر لأن الولد أيضا مثلها ففهم منه قرابة الولاد ثم جاء نص الأخوين فعلم أن لا عصر في الولاد بل القرابة المحرمة فيثبت في الخال وابن أخته والخالة وبنت أختهما لأن النص ما ورد إلا في الوالدة والأخوين قلنا الجواب أن القرابة المحرمة بمعنى واحد وهو المفهوم الموافق في عرف الشافعية للقطع لأن خصوص الوالدة غير معتبر لأن الولد أيضا مثلها ففهم منه قرابة الولاد ثم جاء نص الأخوين فعلم أن لا عصر في الولاد بل القرابة المحرمة فيثبت في الخال وابن أخته والخالة وبنت أختهما بالدلالة ومعلوم أن المحققين على عدم اشتراط الأولوية في الدلالة والمفهوم بقي إيراد نقض العلة

قال فان فرق كره له ذلك وجاز العقد وعن ابي يوسف رح انه لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعند الشافعي رح لا يجوز في جميع ذلك لما روينا فان الامر بالادراك دال على انه لا يكون الا والبيع الفاسد وجهان كون البيع صحيحا من اهله في محله وانما الكراهة للغير وتشابه كراهة الا

ثمانية مسائل يجوز التفريق فيها مع وجود القرابة المحرمة منها الثلث التي ذكرها المصنف وهي ما اذا كان التفريق بحق مستحق كدفع احدهما بجناية واستيلاد دين لزم الصغير كاستهلاكه مال الغير مع انه في دفعه غير مجبور اذ له ان يدفع عنه الفداء او الدين ويستبقيه دون احدهما بعيب يخصه فيرده وحده كاستهلاكه بعيب يخصه فيرده وحده وان كان عن ابي يوسف رح انه يرد هما جميعا او يمسكهما كما في مصراعي الباب اذا وجد باحدهما عيبا والرابعة ان يبرأ احدهما او يستولد الامة وحاجز بينه الآخر والخامسة ان يكونا لحربي ستأمن فباع احدهما فللمسلم ان يشتريه مع ان المنع كما هو للبائع كذلك للمشتري والسادسة لو كانوا ثلاثة في ملكه احدهم صغير حل بيع احد الكبيرين مع انه يصدق التفريق بين الكبير والصغير والسابعة انه يجوز ان يعتق احدهما بمال وبلا مال ويكاتبه مع انه حصول التفرقة بالاخراج عن ملكه والثامنة لو كان الولاد مراهقا ورضيته امه جاز بيعه فالجواب عن الثلاثة الاولى اشار اليه المصنف بقوله لان المنظور اليه في منع التفريق دفع الضرر عن غيره وهو الصغير لا الحاق الضرر به اي بالمالك المفهوم من قوله ومن ملك تأويلين فيما تقدم فلو سلمنا التفريق كان الزاما الضرر بالمالك والعلة هي ما ذكرنا من الرحم المحرمية غير المستلزم ضررا بالمالك فقد استلزامه يكون علة المنع متحققة عند من يمنع تخصيص العلة او مخصصة باستلزام ضرره عند من يخصصها وبهذا يجاب عن الرابع اذ يلزم المالك الحجر عليه بمنعه من التصرف في ماله راسا بخلاف ما قيل التدبير فانه يكتسبها والاستخدام بعدها وعن الخامس بان مفسدة التفريق عارضها هنا بتقدير عدمه مفسدة اعظم فانه ان لم يشتره احد يذهب به الى دار الحرب ومفسدة كونه هناك تثبت وتكمل اعظم من ضرر التفريق على الصغير لانه ضرر الدين والدنيا فالدين ظاهر والدنيا لتعريضه على القتل والسبي هلاك ويجيء ما ذكرنا على المذهبين في تخصيص العلة وعدمه وعن السادس بان العلة ما هو مظنة الضياع والاستيحاش وقد تحقق له من يقوم مقام الثالث على ان في رواية عن ابي يوسف يمتنع بيع الثالث في الكفاية اجتمع في الصغير عدد من اقاربه لا يفرق بينه وبين واحد اختلفت جهة القرابة كالعم والخال او اتحدت كخالين عند ابي يوسف لانه يتوحش لفراق الكل وعن السابع بان العتق والكتابة غير الجمع لا التفريق فان المعتق والمكاتب يزول الحجر عنه فيتمكن من الكون مع اخيه حيث ما كان وابن ما صار وعن الثامن بانتفاء الضرر عنها للاختيار ذلك فقد تحققنا خلو الوصف الظاهر المنضبط عن الحكمة فلا يشرع معه الحكم قال الكل الى عدم العلة في الحقيقة ومن صور جواز التفريق ما في المبسوط ان كان للذمي عبد له امرأة امة ولدت منه فاسلم العبد وولده صغير فانه يجبر الذمي على بيع العبد وابنه وان كان تفريقا بينه وبين امه لانه تصير مسلما باسلام ابيه فهذا تفريق بحق قوله فان فرق كره ذلك وجاز العقد اذا كان المالك مسلما حرا او كتابيا او ماذونا اما اذا كان كافرا فلا لانهم غير مخاطبين بالشرائع والوجه انه ان كان التفريق في ملتهم حلالا لا يتعرض لهم الا ان كان بيعهم من مسلم فيمتنع على المسلم وان كان ممتنعا في ملتهم لا يجوز وعن ابي يوسف لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك اي قرابة الولاد وغيرها وهو قول احمد لما روينا من حديث علي رض وقول النبي صلى الله عليه وسلم اوكهما وان رجحهما فان الامر بالادراك والارتجاع لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان كون البيع صحيحا من اهله في محله والكراهة مجاورة والنهي لمعنى مجاور لا يوجب فسادا بخلافه لوصف لازم فشابه كراهة الاستيام على سوم اخيه وحينئذ يجاب بدليل الامر بالادراك والارتجاع على طلب الاقالة مع ظهور انه يقبله رغبة في ثواب الاقالة او ان البيع الى الآخر منه واعلم ان مدة منع التفريق انما تمتد الى بلوغ الصغير بالاحتلام او بالحيض ذكر فيه حديثا في المبسوط عنه صلى الله عليه وسلم لا تجمعوا عليهم بين السبي والتفريق ما لم يبلغ الغلام والجارية وعن عبادة بن الصامت عنه صلى الله عليه وسلم قال لا تفرقوا بين الام وولدها فيقال الى متى فقال الى ان يبلغ الغلام وتحيض الجارية رفعه في المبسوط وهو قول الشافعي رح وفي اظهر قوليه

وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص وقد صح انه عليه السلام فرق بين ماريه وسيرين وكانتا اختين

الى زمان التمييز سبع او ثمان بالتقريب والى زمان سقوط الاسنان والحديث المذكور ذكره الحاكم وصححه وخطاه صاحب التنقيح وقال لا شبهة انه موضوع وسببه ان في سنده عبد الله بن عمر بن حسان قال الذهبي كذاب وقيل رماه ابن المديني بالكذب غير ان الحكم المذكور وهو التفريق بعد البلوغ حكم ثابت شرعا وقال بعض مشائخنا اذا راهق او رضيا بالتفريق فلا بأس به لانهما من اهل النظر لانفسهما وربما يريان المصلحة في ذلك قوله وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص ليثبت فيه المنع الحاقا بالدلالة اذ كان على اصله على خلاف القياس وقد صح انه صلى الله عليه وسلم فرق بين ماريه وسيرين بالسين المهملة ذكره ابن عبد البر في الاستيعاب قال البزار بعد ان غلط الحديث طريق ذكرها لكن روى هذا الحديث حسن بشر بن المهاجر حاتم بن اسمعيل ودلهم ابن دهثم انتهى وبشير عن عبد الله بن بريدة عن ابيه قال هدى المقوقس القبطي لرسول الله صلى الله عليه وسلم جاريتين ولغلة كان يركبها فاما احدى الجاريتين فشرفها فولدت له ابراهيم عليه السلام وهي ماريه ام ابراهيم واما الاخرى فوهبها رسول الله صلى الله عليه وسلم لحسان بن ثابت رض وهي ام عبد الرحمن بن حسان وذكر ان هذا الحديث في صحيح ابن خزيمة واخرجه البيهقي بسند اخر في دلائل النبوة مرسلا انه صلى الله عليه وسلم بعث حاطب بن ابي بلتعة الى المقوقس الى ان قال واهدى له مع حاطب كسوة ولغلة مسرورة وجاريتين احداهما ام ابراهيم والاخرى فوهبها عليه الصلوة والسلام لجهيم بن قيس العدوي وهي ام زكريا ابن جهيم الذي كان خليفة عمرو بن العاص على مصر وهذا مخالف لما تقدم وجمع بينهما بحديث اخر رواه البيهقي بسنده الى حاطب قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى المقوقس ملك الاسكندرية فجئت بكتابه رسول الله صلى الله عليه وسلم فانزلني في منزله فاقمت عنده ثم بعث الي وجمع بطارقته الى ان قال وبهذه هدايا بعث بها معك الى محمد فاهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلث جوار منهن ام ابراهيم بن رسول الله صلى الله عليه وسلم وواحدة وبهبا لابي جهيم بن الخنيفة العدوي وواحدة وبهبا لحسان بن ثابت فهذا يعلم من الفاظ هذا الحديث وطرقه وليس في شئ منها ان الجاريتين كانتا اختين وهو موضع الاستدلال لاجرم ذكر ابو الربيع سليمان الكلاعي في كتاب الاكتفا عن الواقدي باسناده له ان المقوقس ارسل الى حاطب ليلة الى ان قال فارجع الى صاحبك فقد امرت له بهدايا وجاريتين اختين فاما جاريتين ولغلة من اكبى والف مثقال ذهبا وعشرين ثوبا من بلين وغير ذلك وامرت لكل مائة دينار وخمسة اثواب فارحل من عندي فلا يسمع القبط منك حرفا واحدا فهذا مع توثيق الواقدي دليل على المطلوب وقد اسلفنا توثيقه وكرر ذلك ابن عبد البر في الاستيعاب ونقله احمد بن عبد الله الطبري عن ابي عبيدة في خاتمة مناقب امهات المؤمنين لنا بوب ابو داود للتفريق بين الملكات للحديث الذي في مسلم عن سلمة بن الاكوع قال خرجنا مع ابي بكر غزونا فزارة الى ان قال فجئت بهم الى ابي بكر ونفلني امراة معها ابنة لها من احسن العرب فنفلني ابو بكر ابنتها فقدمت المدينة فقال النبي صلى الله عليه وسلم يا سلمة هب لي المراة قلت هي لك فقدى بها اساري مكة انتهى مختصرا فهذا التفريق وان كان من فعل ابي بكر لكن لا شك في ان النبي صلى الله عليه وسلم علمه واتهب الجارية ولم يردها الى اهلها بل بعد واراها حين فدى بها فهذا والله اعلم هو الدليل على التفريق بين الكبيرين فروع اذا كان مع الصغير ابواه لا يبيع واحد منهم ولو كان معه ام وام ام وعمة او خالة او اخ جاز بيع من سوى الام وروى هشام عن محمد انهم لا يباعون الا معا اعتبارا لاختلاف الجهة والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية لان شفقة الام تغني عن سواها ولذا كانت احق بالحضانة من غيرها فهذه الصورة مستثناة من اختلاف الجهة والجدة كالام فلو كان معه جدة وعمة وخالة جاز بيع العمة والخالة ولو كان معه عمة وخالة لا يباعون الا معا لاختلاف الجهة مع اتحاد الدرجة ولو كان معه اخوان او اخوة كبار في رواية الاصل لا يباع واحد منهم والصحيح انه يجوز بيع واحد منهم وهو الاستحسان لان الشفقة امر باطن لا يوقف عليه فيعتبر السبب ولا يعتبر الابعد مع

باب الاقالة

الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول لقوله عليه السلام من اقال نادما بيعته اقال الله عثرته يوم القيمة ولان العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا للحاجة فان شرط اكثر منه او اقل فالشرط باطل والعقد على الاصل لان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما الا ان لا يمكن جعله فسخا فتبطل اعتبارا الى حقيقته وعند ابي يوسف هي بيع الا ان جعله بيعا يجعل فسخا الا ان لا يمكن فيبطل وهو هو محمد هي فسخ لا اذا تقايلا على ان يزيد احدهما او ينقص او يكون احد النقدين من غير جنس الاول فان الاقالة تبطل الشرط ويجعل عقدا جديدا لان الاقالة لا يمكن جعلها فسخا في حق الزيادة والنقصان لانه يؤدي الى الربا وعند ابي يوسف هي فسخ في حق الجنس والقدر والصفة حتى لو تقايلا على ان يؤجل الثمن او بعضه او يعجل او يأتي بالثمن في مكان آخر فالاقالة جائزة والشرط باطل وهو قول زفر وهو القياس لان الاقالة بيع في حق الثالث ولابي يوسف رحمه الله ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين لانها رفع العقد بالتراضي وهذا هو حد الفسخ لغة وشرعا وبه تبين انها ليست ببيع في حق الشفعة ولو اخذ الشفيع العقار بالشفعة بعد الاقالة يأخذه بالثمن الاول وهذا احكام الفسخ لابي حنيفة رحمه الله ان اللفظ ينبئ عن الفسخ والرفع كما قلنا والاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها حقيقة ولا يجعل اتباع العقد ليجعل عليه عند تعذره لانه ضرورة واللفظ لا يحتمل الضدين فتعين البطلان وكونه بيعا في حق الثالث امر ضروري نزيه بشبيه مثل حكم البيع حتى الملك للمشتري بالقبض والصفة الى آخره ليجعل عليه عند تعذره لانه ضرورة واللفظ لا يحتمل الضدين فتعين البطلان وكونه بيعا في حق الثالث امر ضروري نزيه بشبيه مثل حكم البيع حتى الملك للمشتري بالقبض والصفة

وعن الاتحاد والمجتمعة لجهتهما بمعنى وكل الملاك ستة اخوة ثلاثة كبار واقلة صغار اجماع مع كل صغير كبير اجازا استحسانا فان كان معه اخت شقيقة او لاب وانت الام اجماع غير الشقيقة ولو اجازه واحد جاز فيما يرجع الى نصيبه ثم ملكوا اجمالا القياس ان يباع احدهما بالاتحاد وجه الاستحسان ان الاجماع لا يتم الا في الحقيقة واحد فاحتمل كونه الذي بيع فيتحقق احتياطا فيما الاصل انه اذا كان معه احدهم اجاز بيعه وان كان في درجته فان كانوا من جنسين مختلفين كالاب والام والاخت لاب والاخت لا يفرق ولكن يباع الكل او يمسك الكل وان كانوا من جنس واحد كالاخوين والعمين والخالين جاز ان يمسك مع الصغير احدهما بيع باسواه وشمل الخال والعم اخ لاب واخ لام والله الموفق للصواب

باب الاقالة مناسبة الخاصة بالبيع الفاسد والمكروه انه اذا وقع البيع فاسدا او مكروها وجب على كل من المتعاقدين الرجوع الى ما كان له من رأس المال صونا لهما عن المحظور ولا يكون ذلك الا بالاقالة الى آخر ما ذكر في النهاية وتبعه غيره وهو مصرح بوجوب التفاسخ في العقود المكروهة السابقة وهو حق لان رفع المعصية واجب بقدر الامكان وايضا الاقالة بيان كيفية رفع العقد وهو يستدعي سابقة ثبوته فلهذا مع البيع الفاسد والمكروه بيان كيف ثبت فاعقب لرفع سنخ الاثبات ثم قيل الاقالة من القبول والهمزة للسلب فما قال معنى ازال القول اي العقد الاول وهو البيع كاشكاه ازال شكايته ورفع باثهم فالواقلبه بالكسر فهو مدبل على انه عينه بالواو فليس من القول ولانه ذكر الاقالة في التصريح من القاف مع الياء والواو وايضا ذكر في مجمع اللغة قال البيع قيلا وقالة فسخه قوله الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول عليه اجماع المسلمين لقوله صلى الله عليه وسلم من اقال نادما بيعته اقال الله عثرته يوم القيمة اخرجه ابو داود وابن ماجة عن الاعمش عن ابي صالح عن ابي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول صلى الله عليه وسلم من اقال مسلما بيعته اقال الله عثرته زاد ابن ماجة يوم القيمة ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في مستدركه وقال على شرط الشيخين وبالفظ نادما فسنده البيهقي قال المصنف والعقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما انتهى اما شرع البيع وغيره ولا يخفى ان النص المذكور والمعنى انما يفيد مجرد جواز الاقالة واما لزوم كونه على الثمن الاول بعينه فلوجه يفيده المعنى الذي مهده بقوله والاصل اي الاصل في لزوم الثمن الاول حتى يبطل الا قل او الاكثر ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين وحقيقة الفسخ ليس الا رفع الاول كان لم يكن فيثبت الحال الاول وثبوت الحال هو برجوع عين الثمن الى مالكه كان لم يحل في الوجود وغيره وهذا يستلزم تعين الاول ونفي غيره من الزيادة والنقص مخلاف الجنس والاجل لعدم لما لم يكن فيهما ما يفيد على غيرهما حين لا نسبة الى غيرهما فيسقط بالنسبة اليهما حكم البيع كما لو سكت عن ذكره فان لم يكن جعله فسخا كان واردا على البيعة بعد القبض حكما اذا كان البيع عرضا بالدراهم فهلك بطل الاقول الى حقيقته رد عينا الى ربه بيع الا ان لا يمكن جعله بيعا بان وقعت الاقالة قبل القبض في مبيع منقول فتجعل فسخا وان تعذر كونه بيعا وفسخا كان لدينا الجارية البيعة والاقالة قبل القبض كما لو كان البيع عرضا بالدراهم فتقايلا بعد هلاك العرض فهو على قول ابي يوسف في نسخة الا ان تعذر يبطل الاجل فيطل الاجل عند ابي يوسف كقول ابي حنيفة ان الاقالة تصح بالطلين احدهما استقبل كما لو قال اقلتك ان اقالتك مع انها بيع عنده والبيع لا ينعقد بذلك على ما سلف ومحمد يقول انها فسخ ويقول لا يعقد الا بالمضي فيها لا انها فاسخة فاعطى لشبه التهمة حكم البيع والبو يوسف مع حقيقة البيع لم يعطه حكمه لان المساومة لا تجري في الاقالة فجعل اللفظ على التحقيق بخلاف البيع هكذا في شرح الاقطع وذكر في الدراية والذي في فتاوى قاضي خان ان قول ابي حنيفة كقول محمد وفي الخلاصة اختار وا قول محمد ولا يتعين مادة قاف لام بل او قال تركت البيع وقال الآخر رضيت او لجزت نمت ويجوز قبول الاقالة بالفعل كما اذا قطعه قميصا في فور قول المشتري اقلتك وينعقد لفا سخنك وتاركت وجه قول محمد ان اللفظ اي لفظ الاقالة وضع للفسخ والرفع بدليل الاستعمال فانه يقال اقلني عثرتي بمعنى اسقط

نسخ الاقطع حكم الاقالة

اذا ثبت هذا فقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول لتعذر الفسخ على الزيادة اذ رفع مالم يكن ثابتا محال فيبطل الشرط لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لان الزيادة يمكن اثباتها في العقد فيتحقق الربوا اما لا يمكن اثباتها في الرفع وكذا اذا شرط الاقل لما بيناه الا ان يحدث في المبيع عيب فحينئذ تجازت الاقالة بالاقل لان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف وعند محمد رحمه جعله بيعا ممكن فاذا زاد كان قاصدا بهذا البيع وكذا في شرط الاقل عند ابي يوسف رحمه لانه هو الاصل عنده وعند محمد رحمه هو فسخ بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن الاول ولو سكت عن الكل وقال يكون فسخا فهذا اولى بخلاف ما اذا زاد واذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما بيناه ولو اقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة رحمه ويجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بينا

اشرطها باعتبار ما بعد وجودها وهو المراد بالفسخ اذ حقيقة رفع الواقع عن ان يكون واقعا غير ممكن بعد الدخول في الوجود فيقرر عليه قضيته واذا تعذر الفسخ يحمل على محمله وهو البيع ولابي يوسف انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع وخصوص اللفظ لا عبرة به بنهاية الامر انه لم يسم فيه الثمن لانه معلوم كما في التولية واخذ الدار الشفعة ولهذا تبطل الاقالة بهلاك المبيع بعد الاقالة تقبل الرد وجب بالذي كان بالعيب الحادث عند المشتري وهذه احكام البيع فاذا ترتبت على شئ كان بيعا غير انه اذا تعذر جعله بيعا كما اذا وقعت في منقول قبضه صراحا بالاجازة جعله فسخا تصحيحا للكلام العاقل بالامكن ولكونه لا يتبدى عقد البيع بالشائبة ممنوع على قول بعض المشائخ فانه قال يجوز ان يبتدئ البيع ابتداء بلفظ الاقالة وانتفاؤه في الصحيح لعدم تقدم البيع وهذا بيع هو فرع بيع سابق فلا يتصور بدون سبقه ولابي حنيفة رحمه ان اللفظ نبي عن الرفع على ما قلنا لمحمد رحمه والاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية ولكونه يثبت به لوازم البيع من الرد بالعيب والهلاك بالنسبة الى ثالث لا يستلزم كونه من حقيقته اذ اللوازم قد تكون عامة تترتب على حقيقتين مختلفتين فلا تكون الاقالة بيعا لذلك فان قيل فيكون بيعا لثبوت حقيقة معنى البيع فيها وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي لا لثبوت اللوازم الخارجية قلنا انما يزيد بالبيع ما كان مفيدا لهذه المبادلة ابتداء لا تراجعا بطريق الرفع حكما على الشرع بذلك اي بانه وضع بهذا الاعتبار والارجع الى مجرد الاصطلاح على ان يسمى لفظ البيع هو المبادلة مطلقا شرطا او بقيدان لا يكون تراجعا والاحكام الشرعية لا تختلف باختلاف الاصطلاح في الالفاظ بقي امر اخر وهو انها لم تستعمل في البيع مجازا عند تعذر الفسخ كما قال محمد اجاب عنه بقوله ولا تحمل ابتداء البيع ليحمل عليه عند تعذر الفسخ لانه اي الرفع الذي هو المعنى الحقيقي ضده اي ضد العقد او نقيضه فلا يصح استعماله فيه وهذا طريق الفقهاء لان الاستعمال في الضد انما يكون لتهكم او تمليح وليس ذلك في الفقه او يكون لمشاكلة للفظ وقع في صحبته كجزاء سيئة وليس هنا ذلك فتعين البطلان لكونه بيعا في حق ثالث ليس بها عتبار جعلناه اياه مجازا عنه ولكن لا ضرورى وهو انه لما ثبت به بمثل حكم البيع وهو الملك ببدل ظهر في حق غيرهما اذ لا ولاية لهما على غيرهما ليصرفا موجب البيع عنه فيقتصر عليهما ويظهر بيعا في حق غيرهما ولكلا يفوت مقصود الشارع في بعض الصور كالشفعة شرعت لدفع ضرر الجوار او الخليطة فاذا فرض ثبوت ذلك في عهدة الى البائع ولم تثبت حق الشفعة تخلف مقصوده قوله اذا ثبت هذا اي هذا الخلاف في هذا الاصل فنقول تفريعا عليه اذا شرطا في الاقالة الاكثر كان تقايلا على حاله والبيع بحسبه فالاقالة على الثمن الاول عند ابي حنيفة ويبطل شرط الزيادة لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة وانما تبطل لان الاقالة رفع ما كان لا رفع ما لم يكن لان رفع ما لم يكن اثباته محال ولم يكن اثبات العقد بذلك القدر فلا يتصور رفعه على حاله توضيحه ان رفعه على حاله يرجع الى المشتري والحال ان لم يكن في الوجود العقد بحاله رفع ما لم يكن له وجود فلا رفع اصلا لان اصل العقد له وجود وايا ما عينا بالاقالة غيرا نهازاد اشرطا فاسدا فيثبت الرفع برفعها ويبطل الشرط الفاسد الذي زاده بخلاف البيع لان الزيادة يمكن اثباتها فيه ويتحقق به الربا ويصير بيعا فاسدا اذ لا يتصور اثباتها في الرفع وكذا اذا شرط الاقل عنده يصح بقدر الثمن الاول لما بينا انه شرط فاسد فيبطل هو ويثبت قدر الاول الا ان يكون حدث بالمبيع عيب فيصح بالنقصان جعلا للحط بازاء ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف وعند محمد تعذر الفسخ على الزيادة فجعل بيعا وكذا في شرط الاقل عند ابي يوسف يصح به لانه بيع وعند محمد هو فسخ بالثمن الاول باعتباره مريدا للاول لكنه سكت عن بعضه ولو سكت عن الكل ان قال قد تركت يكون فسخا عليه فاذا سكت عن بعضه اولى بخلاف ما اذا زاد ولو دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما بينا من جعل الحط بازاء ما نقص منه بالعيب فرع ولو باع صابونا رطبا ثم تقايلا بعد ما جف فنقص وزنه لا يجب على المشتري شئ لان كل المبيع باق قوله ولو اقال بغير جنس الثمن الاول بان كان دراهم فاقال على دنانير تبلغ قيمتها قدرها فهو فسخ

ولو ولدت المبيعة ولدا تم تقايلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد مانع من الفسخ وعندهما يكون بيعا والاقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا عند ابي يوسف رحمه الله في المنقول لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعا عنده لامكان البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز عنده قال وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع عنهما لان رفع البيع يستدعي قيامه وهو قائم بالمبيع دون الثمن فان هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام البيع فيه وان تقايضا تجوز الاقالة بعد هلاك احدهما ولا تبطل بهلاك احدهما لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع باقيا والله اعلم بالصواب

بالثمن الاول عند ابي حنيفة وتجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بينا انه عند ابي يوسف بيع وعند محمد اذا تعذر جعله فسخا جعل بيعا قوله ولو ولدت المبيعة ولدا يعني بعد القبض ثم تقايلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد زيادة منفصلة والزيادة المنفصلة اذا كانت بعد القبض تمنع الفسخ حقا للشرع بخلاف ما قبل القبض والحاصل ان الزيادة متصلة كانت كالسمن او منفصلة كالولد والارش والعقر اذا كانت قبل القبض لا تمنع الفسخ والرد وان كانت بعد القبض فان كانت متصلة فكذلك عنده وان كانت منفصلة بطلت الاقالة لتعذر الفسخ معها والاقالة لا تصح على قوله الا فسخا وعندهما تكون بيعا ومن ثمرات الخلاف انهما لو تقايلا في منقول قبل ان يستردّ المبيع من المشتري فباعه من المشتري جاز البيع خلافا لابي يوسف لان المانع البيع قبل القبض في البيع لا الفسخ ولو باعه من غير المشتري لا يجوز اتفاقا ولانه بيع في حق الغير ولو كان غير منقول جاز بيعه من غير المشتري في قول ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف رحمه الله وثمرته كونهما بيعا في حق غيرهما في مواضع ايضا منها ان المبيع لو كان عقارا له شفيع فسلم الشفعة في اصل البيع ثم تقايلا وعاد الى ملك البائع للشفيع ان يطالب الشفعة في الاقالة اتفاقا ومنها ان المبيع لو كان صرفا كان التقابض من الجانبين شرطا في صحة الاقالة لانه مستحق الشرع فكانت بيعا جديدا في حق الشرع ومنها انه لو اشترى شيئا فقبضه قبل نقد الثمن فباعه من آخر ثم تقايلا وعاد الى المشتري ثم ان البائع اشتراه من المشتري باقل من الثمن قبل النقد جاز ويجعل في حق البائع كانه ملكه بسبب جديد ومنها ان السلعة لو كانت هبة في يد البائع ثم تقايلا فليس للواهب الرجوع على البائع لان البائع في حق الواهب كانه اشتراه قوله وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها ووجه الفرق ان المبيع مال حقيقة وحكما لانه عين متعين بخلاف الثمن لانه اما ليس بمال بل دين حقيقة وحكما فيما اذا لم يشره الى نقد واما مال حكما لا حقيقة فيما اذا اشار اليه لعدم تعلق العقد بما اشار اليه بل بشله في ذمته والدين مال حكما لا حقيقة ولهذا كانت البراءة منه تصح بلا قبول لعدم المالية الحقيقية غير انها ترتد بالرد لمالية الحكمية وهبة العين لا تصح بلا قبول تجاريا ولا تؤدى زكوة العين بالدين لان الدين النقص من العين في المالية ولا يتأدى الكامل بالناقص وكذا لا تجب على من حلف لا مال له وله ديون عظام واذا كان للمبيع هذه المزية وجب اظهارها وقد تعذر ذلك في ابتداء البيع لان حاجته الى المبيع والثمن سواء فاظهرناها في البقاء فجعلنا بقاء البيع حكما مضافا الى قيام المبيع فاذا هلك لم تنفسخ البيع وان كان الثمن الدراهم باقية فامتنعت الاقالة اذ ارفع مالا وجود له لا يتصور وانما جازت الاقالة فيما لو كان راس المال السلم عرضا معينا وقبضه المسلم اليه ثم هلك باعتبار ان المسلم في هذا كبيع المقايضة لان المسلم فيه مبيع شرعا معقود عليه فقد اعتبر العين ثمنا والدين عينا مبيعا ولذا لا يجوز الاستبدال به قبل قبضه فجازت الاقالة ويضمن قيمته الهالك وشله في الاقالة كما في حقيقة المقايضة كما سنذكر اما لو تقايلا والبدلان قائمان ثم هلك احدهما ايكون فالاقالة صحيحة وعليه قيمة الهالك وشله ولو هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام البيع فيه قوله ولو تقايضا بالميراث المتناة من تحت اي تبايعا بيع المقايضة فهلك احد العوضين جازت الاقالة لان كلا منهما مبيع من وجه فكان البيع باقيا ببقاء العين القائمة منهما فامكن الرفع فيه فعليه ان يرفع ما اذا اشترى عبدا بامته وتقايضا ثم ان المشتري العبد باع نصفه من رجل ثم اقال البيع في الامة جازت الاقالة وعليه لبائع العبد قيمة العبد وكذا لو لم يبع ولكن قطعت يد العبد فاخذ الارش ثم اقال البائع في الاقامة ولو هلك اليد لان قبل الاقالة ارتفع البيع فامتنعت الاقالة اما لو تقايلا بعد هلاك احدهما وصحة الاقالة ثم هلك الآخر قبل الرد بطلت الاقالة ايضا والفرق بين المقايضة والصرف فان هلاك البدلين في الصرف غير مانع من الاقالة وفي المقايضة مانع ان في الصرف لا يلزمه رد ما قبض بعد الاقالة بل رده او شله فلا تتعلق الاقالة بعينها فلا يبطل بهلاكها بخلاف غيره من المبايعات فانه تتعلق بعين المبيع ولو تقايلا السلم وراس المال مما لا يتعين قائم في يد المسلم اليه فانما عليه رد شله ولو تقايلا وقد قبض المسلم فيه وهو قائم في يد رب السلم صحت وعلى رب السلم رد عين ما قبضه لان المقبوض بعقد السلم وان كان

باب المرابحة والتولية

قال المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح

عقدا على درهمين كبيرين ودرهم القفار ولهذا يجوز بيعه مرابحة على رأس المال وذكر الاسبيجابي في شرحه بالفتح الرد بالعيب بقضاء القاضي والتحالف والتقايل والاستحقاق واستحقاق بعض المبيع الشائع وهلاك المبيع قبل القبض وانفساخ البيع بهلاك الثمن قبل القبض وبالاقالة وزاد في الكافي الزيادة المتصلة والمنفصلة واستحقاقها وحبس المبيع على الثمن وفي المحيط وتوقف الاقالة على القبول في المجلس ويجوز الاقالة بلفظ التوكيل بالبيع والسلم وقال ابو حنيفة ومحمد لا يرتفع بالاقالة وقال ابو يوسف واقالة الوكيل بالشراء لا يجوز بالاجماع وفسخ الوكيل ببيع المشتري جائز في جميع الفارق واقالة الوارث جائزة وطلاق في الجامع جواز اقالة الوصي وهو منتهى الاقدام بيع بأكثر من القيمة فان باع بأكثر منها لا يصح اقالته وكذا المتولي ايضا لو اشترى بأقل من القيمة ليس له الاقالة ولو كان الثمن عشرة دنانير ودراهم اليه الدراهم عوضا عن الدنانير ثم تقايلا وقد رخصت الدراهم رجع بالدنانير التي وقع العقد عليها الا بما وقع وكذا لو رد بالعيب وكذا في الاجارة لو فسخت ولو عقد بدراهم ثم كسدت ثم تقايلا فانه يرد تلك الدراهم الكاسدة ولو عقد بثمن مؤجل ثم جددا بحال وعلى القلب الفسخ الاول وكذا لو عقد بدراهم ثم جددا بدنانير او على القلب او وجد احدهما بدراهم اكثر او اقل فلا فهو حط من الثمن او زيادة فيه وقالوا لو باع باثني عشر وحط عنه درهمين ثم عقد العشرة لا ينفسخ الاول لانه شكله اذ الحط لا يلحق باصل العقد الا في اليمين فيحنث لو كان حلف لا يشتريه باثني عشرة ولو قال المشتري بعد العقد قبل القبض للبائع بعه لنفسك فان باعه جاز والفسخ الاول ولو قال بعه لي او لم يرد على قوله بعه او زاد قوله من شئت لا يصح في الوجوه لانه توكيل ولو باع المبيع من البائع قبل القبض لا ينفسخ البيع ولو وهبه قبل القبض انفسخ يعني اذا قبل ولو قال البائع قبل القبض اعتقه فاعتقه جاز العتق عن البائع وانفسخ البيع عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف العتق باطل وفي الفتاوى الصغرى جود ما عدا النكاح فسخ فعليه ما في فتاوى قاضي خان وغيرها باع امة فانكر المشتري الشراء لا يحل للبائع وطؤها الا ان عزم على ترك الخصومة فيحل له وطؤها لان جحود المشتري فسخ في حقه واذا عزم البائع على ترك الخصومة فقد تم الفسخ بينهما وكذا لو انكر البائع البيع والمشتري يدعي لا يحل للبائع وطؤها فان ترك المشتري الخصومة وسع البائع بذلك له وطؤها وشله لو اشترى جارية بشرط الخيار ثلاثة ايام وقبضها ثم رد على البائع جارية اخرى في ايام الخيار وقال هي التي اشتريتها وقبضتها كان القول قوله لانه انكر قبض غيرها فان رضي البائع بها حل وطيها لان المشتري لما رد اخرى فقد رضي تمليك البائع الثانية بالاولى فاذا رضي البائع بذلك تم البيع بينهما بالتقايل وكذا القصار والاسكاف وكذا لو اشترى شيئا مما يتسارع اليه الفساد كاللحم والسمك والفاكهة وذهب المشتري الى بيته ليجيء بالثمن فطال كثيرا وخاف البائع فساده كان له ان يبيعه من غيره استحسانا وللمشتري منعه ان ينتفع به وان كان يعلم بذلك لان البائع رضي بانفساخ البيع الاول والمشتري كذلك ظاهرا ثم ينظر ان كان الثمن الثاني اكثر من الاول فعليه ان يتصدق بالزيادة وان كان النقص فالنقصان على البائع لا على المشتري الاول ولو اختلف البائع والمشتري فقال المشتري بعته من البائع باقل من الثمن الاول قبل نقده وفسد البيع بذلك وقال البائع بل اقلتنا به فالقول للمشتري مع يمينه في الكل الا اذا قال البائع هو الذي يدعي انه اشتراه من المشتري باقل مما باعه والمشتري يدعي الاقالة يحلف كل على دعوى صاحبه

باب المرابحة والتولية قوله المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة اورد عليه ما لو باع ذا ما ير اشتراها بدراهم مرابحة لا يجوز مع صدق التعريف عليه واجيب عنه في بعض الوضع بانه بيع مرابحة وكونه لا يجوز شيء آخر واعلم ان معنى السؤال المرابحة جائز بلا استثناء شيء وهو ما صدقاته فيجب ان يجوز لكنه لا يجوز والجواب عنه بان المراد نقل ما ملكه ما هو مبيع متعين بدلالة قوله بالثمن الاول فان كون مقابله ثمنا مطلقا يفيد انما ملكه بالضرورة مبيع مطلقا ثم انما لم تجز المرابحة في ذلك لان بدل الصرف لا يتعينان فلم تكن عين هذه الدنانير متعينة ليلزم تعيينا والذي اورده على التعريف الذي صححناه لا يرد واذا اشتراه بثمن فلا يجوز ان يرابح عليه مع انه يصدق النقل

والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة الى هذا النوع من البيع لان الغبن الذى لا يهتدى فى التجارة يحتاج الى ان يعتمد فعل المتدى ويطيب نفسه بمثل ما اشترى بزيادة ربح فوجب القول بجوازهما وهذا اذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها وقد صح ان النبى صلى الله عليه وسلم اراد الهجرة اتباع ابو بكر رضه بعيرين فقال له النبى صلى الله عليه وسلم ولكنى احدهما فقال هو لك بغير ثمن فقال عليه السلام اما بغير ثمن فلا قال ولا تتم المرابحة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل لانه اذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهى مجهولة ولو كان المشترى باعه مرابحة من يملك ذلك البدل وقد باعه بربح درهم او بشئ من المكيل موصوف جاز لانه يقدر على الوفاء بما التزم وان باعه برقم دينار لا يجوز لانه باعه برأس المال وبعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال

بالثمن الاول الا ان يقال اذا كان فيه اجل فالثمن الاول بمقابلة شيئين فلم يصدق فى احدهما انه بمثل الثمن الاول والحق انه وارد على الطرد وكون المرابحة غير صحيحة هو معنى عدم وجود هاشر عا فيرد السؤال وعلى عكسه مسائل الاولى اذا ابق العبد المغصوب فكذبه القيمة على الغاصب ثم عاد للغاصب ان يبيعه مرابحة على القيمة التى ادتها فهذا بيع مرابحة ولا يصدق عليه فضل ما ملكه بالثمن الاول وكذا اذا باعه مرابحة بما قام عليه وكذا لو ملكه بهبة او ارث او وصية وقومه قيمة ثم باعه مرابحة على تلك القيمة انه يجوز صورة هذه المسئلة ان تقول قيمته كذا او رقمه كذا فاذا رابحك على القيمة او رقمه كذا يعنى الرقم ان يكتب على الثوب المشترى مقدار اسوار كان قدر الثمن او ازيد ثم مرابحه عليه وهو اذا قال رقمه كذا وهو صادق ولم يكن خائنا فان غبن المشترى فيه فمن قبل جهله وانت حبب بما حاصله ان الغصب ملحق بالمعاوضات ولذا صح اقرار المأذون به كما كان اقراره بالمعاوضات جائزا فالقيمة بالقضاء بها بمنزلة الثمن الذى اشترى به وصرح فى الفتاوى الكبرى فى مسئلة الغاصب انه يقول قام على بكذا وجواب الثانية ياتى فى هذا الكتاب الثالثة ما ذكرنا من ان مبنى المرابحة على عدم الخيانة وهو اذا قال قيمته كذا او رقمه كذا وهو صادق لم يكن خائنا والحق انه لا يدفع على ما على عكس الحدود وهو ان المرابحة تنقل بالثمن الاول مع زيادة ربح ولا تمنع سابق صلاة والله اعلم ومما يريد ايضا اذا كان رأس المال عبدا شملا فباع المبيع مرابحة على العبد ممن اصاب اليه العبد بربح معين فانه يجوز مرابحة ولا يصدق عليه انه بمثل الثمن الاول فانه بعينه لا بمثله ويجاب بان هذا العبد فى حكم عبد آخر لان اختلاف الاسباب يوجب اختلاف الاعيان قوله والبيعان جائزان استدل على جوازهما بالمعنى وهو التولية بالنص فقال ان النبى صلى الله عليه وسلم الى آخره وفى التولية احاديث لا شبهة فيها منها ما اخرج عبد الرزاق انا معمر عن ربيعة بن ابى عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب عن النبى صلى الله عليه وسلم قال التولية والاقالة والشركة سواء لا بأس به ولا خلاف فى مرسل سعيد انا ابن جريج عن ربيعة عن النبى صلى الله عليه وسلم حديثا مستفاضا بالمدينة قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه ويستوفيه الا ان يشرك فيه او يوليه او يقيله وحديث ابى بكر الذى ذكره المصنف فى البخارى عن عائشة وفيه ان ابا بكر رضه قال للنبى صلى الله عليه وسلم خذ بابى انت وامى احدى راحلتى هاتين فقال صلى الله عليه وسلم بالثمن اخرجه فى بدء الخلق وفى مسند احمد قال صلى الله عليه وسلم قد اخذتها بالثمن وفى الطبقات لابن سعد وكان ابو بكر قد اشتراهما بثمانمائة درهم من نعم بنى قشير فاخذ احداهما وهو القصوى فمارواه المصنف صحيح بالمعنى والتفصيل قريب مما ذكر ابن اسحق فى السيرة قال فيها فلما قرب ابو بكر راحلتين الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقدم افضلهما ثم قال له اركب فداك ابى وامى فقال صلى الله عليه وسلم لا اركب بعيرا ليس لى فقال فهى لك يا رسول الله قال لا ولكن بالثمن الذى ابتعتها به قال كذا وكذا قال قد اخذتها بذلك قال هى لك يا رسول الله فركبها وانطلقا ذكر السهيلى عن بعض اهل العلم انه سئل لم لم يقبلها الا بالثمن وقد انفق عليه ابو بكر اضعافا عن ذلك وقد دفع اليه حين بنى بعائشة مائتى عشرة اوقية حين قال له ابو بكر الا تبنى بأهلك يا رسول الله فقال لو لا الصداق فدفع اثنتى عشرة اوقية ونشا ونشا هنا عشرون درهما فقال انما فعل ذلك لتكون الهجرة منه صلى الله عليه وسلم بنفسه وماله رغبة منه صلى الله عليه وسلم فى استكمال فضل الهجرة الى الله تعالى وان تكون على اتم احوالها وهو جواب حسن وهذا المعنى قوله لاستجماع شرائط الجواز ولما لم يكف ثبوت الشرائط فى الشرعيات افاد علتها بقوله والحاجة ماسة الى هذا النوع من التصرف لان المعنى الذى لا يهتدى فى التجارة يحتاج الى ان يعتمد على فعل المتدى ويطيب نفسه بمثل ما اشترى بزيادة ربح فوجب القول بجوازهما ولا يخفى انه لا يحتاج الى دليل خاص بجوازهما بعد الدليل المثبت بجواز البيع مطلقا بالتراضى عليه بعد ان لا يخل بما علم شرطا للصحة

ويجوز ان يضيف الى راس المال اجرة القصار والطراز والصبغ والفتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء براس المال في عادة التجار ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق بالاصل وما عددنا لاجهة الصفة لان الصبغ واخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة اذ القيمة تختلف باختلاف المكان فيقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كيلا يكون كاذبا وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف اجرة الراعي وكراء بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين والمعنى وبخلاف اجرة التعليم لان ثبوت الزيادة بالمعنى فيه وهو حذاقته

بل دليل شرعية البيع مطلقا بالشروط المعلومة هو دليل جوازها اذ لا زيادة فيهما الا اقترانها باجاز خاص اذ حاصله انه مبيعه بثمن كذا مخبرا بان ذلك الثمن الذي اشتريت به اوسع زيادة او ارضى بدونها ومن معرفة شروط صحة البيع يعلم المذكور بقوله ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض يعني الثمن مما له مثل كالنقود والخطة والشعير وما يكال ويوزن والعروض المتقاربة بخلاف غير المتقاربة كالبطيخ والرمان نحو ما لانه لو لم يكن له مثل بان اشترى ثوبا بعبد مقايضة مثلا او دابة او ذلاذا يكن بيعا بقيمة عبد حقيقة كذا او بقيمة عبد ابتداء وهي مجهولة وذلك معلوم انه لا يجوز اذا لو كان ما اشتراه به وصل الى من ابتاعه منه من مرابحة عليه بربح معين كان يقول ابيعك مرابحة على الثوب الذي بيدك وربح درهم او كر شعير او ربح هذا الثوب جاز لانه يقدر على الوفاء بما التزمه بالثمن بخلاف ما لو باعه والحالة هذه بربح وه يازده فانه لا يجوز لانه باعه برأس المال وبعض قيمته فان سمى وه يازده كل عشرة لاحد عشر وهذا نوع معرفة عدد العشرات وهو تقويم العبد وهذا نبأ رسمي ان نقط وه يازده ومعناه العشرة احد عشر اي كل عشرة ربحها واحد يقتضي ان يكون الحادي عشر من جنس العشرة ولا شك انه غير لازم من مفهوم ذلك ولكن الزم ذلك رفعا للجهالة فلا ثبت وح فالمرابحة على العبد به يازده يقتضي انه باعه بالعبد ويقضا ومثل بعضه وهو كل عشرة اجزاء من العبد بجملها جزءا آخر منه وحين عرف ان المراد كل عشرة دراهم احد عشر لزم حما ذكره وهو انه باعه بالعبد وبعض قيمته ومن فروع ذلك اشترى عبدا بعشرة خلاف نقد البلد وباعه بربح درهم فالعشرة مثل ما نقد البلد والربح من نقد البلد اذا اطلقه لان الثمن الاول يتعين في العقد الثاني والربح مطلق فينصرف الى نقد البلد فان بسبب الربح الى راس المال فقال بعتك بربح العشرة احد عشر اة بربح ده يازده فالربح من جنس الثمن لانه عرفه بنسبته اليه وفي المحيط اشترى بنقد نيسابور وقال بلخ قام علي بكذا او باعه بربح مائة او بربح ده يازده فالربح وراس المال على نقد بلخ الا ان يصدقه المشتري انه نقد نيسابور او تقوم بينة واذا كان نقد نيسابور دون نقد بلخ في الوزن والجودة ولم يبين فراس المال والربح على نقد نيسابور وان كان على عكسه واشتراه بلخ بنقد نيسابور لم يعلم انه اوزن واجود فهو بالخيار ان شاء اخذ وان شاء ترك اعلم ان المشتري في المرابحة بالوقع المتعارف عليه دون ما وقع عوضا عنه حتى لو اشترى بعشرة فدفع عنها دينارا او ثوبا قيمته عشرة او اقل او اكثر فان راس المال هو العشرة لان الدينار والثوب لان وجوب هذا بعقد آخر وهو الاستبدال قوله ويجوز ان يضيف الى راس المال اجرة القصار والصباغ الى آخره كان الصبغ او غيره والطراز والفتل واجرة حمل الطعام براا و بحرا لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء براس المال في عادة التجار والاصل ان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به اي براس المال وما عددناه بهذه الصفة لان الصبغ واخواته من الطراز والفتل يزيد في العين والحمل من بكان الى مكان يزيد في القيمة لاختلاف القيمة باختلاف المكان قال في الايضاح هذا المعنى ظاهر ولكن لا تمشى في بعض المواضع والمعنى المعتمد عليه عادة التجار حتى يعم المواضع كلها فاذا ضم ما ذكر يقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا تحرزا عن الكذب وسوق الغنم والبقر كالحمل يضمه بخلاف اجرة الراعي وكراء البيت للحفظ لانه لا يزيد في العين ولا القيمة فلا يضم وكذا سائق الرفيق وحافظهم وحافظ الطعام والمتاع بخلاف سائق الغنم وكذا اجرة تعليم العبد صناعة او قرانا او علما او شعرا لان ثبوت الزيادة بمعنى فيه اي في المتعلم وهو حذاقته فلم يكن ما انفقه على التعلم موجبا للزيادة في المالية ولا يخفى ما فيه اذ لا شك في حصول الزيادة بالتعليم ولا شك انه بسبب عن التعليم عادة وكونه بساعدة القابلية في المتعلم هو كقابلية الثوب للصبغ فلا تمنع نسبته الى التعليم كما لا تمنع نسبته الى الصبغ فانما هو شرط والتعليم علة عادة والقابلية شرط فكيف لا يضم وفي المبسوط اضاف نفي منهم المتفق في التعليم الى انه ليس فيه عرف قال وكذا في تعليم الغناء والعربية قال حتى لو كان في ذلك عرف ظاهر لحقه

فان اطلع المشتري على خيانة في المرابحة فهو بالخيار عند ابي حنيفة رحمه الله انشاء اخذه بجميع الثمن وانشاء تركه وان اطلع على خيانة في التولية اسقطها من الثمن وقال ابو يوسف يحط قدرها في المرابحة والتولية ويخير فيهما ومحمد مع ابي حنيفة في المرابحة ومع ابي يوسف في التولية وجه قول ابي يوسف ان الاصل في العقد الذي فيه تسمية الثمن الامانة لان المبيع امانة في يد البائع ما لم يسلمه الى المشتري والخيانة تنافي الامانة فيثبت للمشتري الخيار كما في المرابحة ولهما ان الاصل في العقود اللزوم لقوله تعالى اوفوا بالعقود والخيانة لا تنافي اللزوم وانما تنافي الامانة والامانة ليست بشرط في التولية بدليل ان الهلاك بعد القبض لا يسقط شيئا من الثمن ولان التولية بيع ابتداء لانه مبادلة المال بالمال ولهذا ينعقد بلفظ البيع وانما فيه شبه الامانة لكونه معلوما بالتولية والمرابحة وتوجيه ترغيب فيكون وصفا مرغوبا اليه كوصف السلامة فيتخير لفوات الوصف كما لو هلك ولابي يوسف ان التولية ومرابحة ولهذا ينعقد بلفظ التولية وليتك بالثمن الاول او بعتك مرابحة على الاول اذا كان ذلك معلوما فلا بد من البناء على الاول وذلك فيه كونه ت

قال واذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فانه يلزمه مرابحة على عشرة وكذلك ان كان المولى اشترته فباعه من العبد لان في هذا العقد شبهة العدم لجواز ان مع المنافي فاعتبر عدمها في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للاول فيصير كان العبد اشترته للمولى بعشرة في الفصل الاول وكان بيعه بالنسبة في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الاول قال واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لان هذا البيع وان قضى بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر رحمه الله اشترى ماله بماله لما فيه من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود والاعتقاد يتبع القائد فقيه شبهة العدم الا ترى انه وكيل عنه في البيع الاول من وجه فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح

واما بيعه بربح كذا على هذه العشرة وعنها بيعه مرابحة على الثمن الاخير وهو عشرة في الفصلين من غير بيان لهما ان العقد الثاني وان كان ممن ماجه منه فهو عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول ولذا لو كان في الاول خيار لا يكون في الثاني وعلى العكس فلا يدخل فيه ما قبله مرابحة او وضيعة ولذا لو كان اصله هبة او ميراثا فباعه ثم اشتراه كان له ان يبيعه مرابحة على الثمن الاخير ولا يعتبر ما لو كان قبله والا لم تجز المرابحة اصلا وهذا لان بالشراء الثاني يتجدد له ملك غير الاول لان اختلاف الاسباب كاختلاف العين على ما عرف وصار كما لو تخلل ثالث بان اشترى بعشرة ممن اشتراه من المشتري منه بعشرين ولا يخفى ان شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لانه يتأكد به اي بالعقد الثاني بعدما كان على شرف السقوط من ذلك الربح بان يظهر المشتري على عيب فيرده فيزول الربح عنه فاذا اشتراه منه تأكد اي تقرر ملكه لذلك الربح وللتأكيد في بعض المواضع حكم الايجاب كما في شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا يضمنون نصف المهر للتأكيد هم ما كان على شرف السقوط بتقبيل ابن الزوج او بالارتداد وعلى اعتبار التأكيد يصير البائع في مسئلتنا مشتريا بالعقد الثاني ثوبا وخمسة دراهم بعشرة دراهم فكون الخمسة بازاء الخمسة وبقي الثوب بخمسة وهذا لا اعتبار واجب لان الشبهة في المرابحة كالحقيقة لان المرابحة فيما اخذ بالصلح لشبهة الحيطة لان الغالب في الصلح ذلك فيجب ان بيعه مرابحة على خمسة فان قيل لو كان كذلك ينبغي ان لا يجوز الشراء بعشرة فيما لو باع بعشرين على انه هذا التفسير يصير في الشراء الثاني كانه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربا وهي حصول الثوب بلا عوض اجيب بان التأكيد انما جعل له شبهة الايجاب احترازا عن الخيانة وذلك يتحقق بالنسبة الى العباد لا بالنسبة الى الشرع وشرعية المرابحة لمعنى راجع الى العباد لا الشرع وكذا اذا رضي المشتري به وقد علم بجوز ولو كان بحق الشرع لم يجز تراضيهما كما في بيع الربا لو رضيا به وارد على هذا ما لو وهب له ثوب فباعه بعشرة ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بعشرة واجيب بان ممنوع في رواية وبتقدير التسليم فالبيع الثاني وان كان يتأكد به انقطاع حق الواهب في الرجوع لكنه ليس بمال ولا يثبت به الوكالة الا في عقد يجري فيه الربا ايضا ليس فيه معنى زيادة في الثمن وبخلاف ما اذا باعه بثمن حال ثم اشتراه بذلك الثمن موجلا اي بمعنى يزداد في الثمن وبخلاف ما اذا باعه بوصيف او دابة او عرض آخر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة على عشرة لانه عاد اليه بالبيس من جنس الثمن الاول ولا يمكن طرحه الا باعتبار القيمة ولا مدخل لذلك في بيع المرابحة وكذا قلنا لو اشترى لشيء صفقة واحدة بثمن واحد ليس له ان يبيع بعضها مرابحة على حصتها من الثمن لان ذلك لا يكون الا باعتبار القيمة وتعينها لا يخلو عن شبهة الغلط خلافا للشافعي في ذلك وبخلاف ما لو تخلل ثالث لتأكد الربح بالبيع من الثالث ووقوع الامن عن البطلان به فلا يستفيد المشتري الاول بالشراء الثاني تأكيد الربح وهناك بخلافه قوله واذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فانه اي المولى يبيعه مرابحة على عشرة وكذا اذا كان المولى اشتراه بعشرة فباعه من العبد بخمسة عشر يجب ان يبيعه العبد المرابحة على عشرة لان هذا العقد اعني الذي يجري بين العبد والمولى وان كان صحيحا لافادته ما لم يكن من كسب العبد في كسبه وتسليمه المولى من كسبه ما لم يكن سالما فيه شبهة العدم لان الحاصل للعبد لا يخلو عن حق المولى ولهذا كان للمولى ان يستسعى ما في يده ولنفسه ويتعلق دينه من عنده وكذا في كسب المكاتب ويصير ذلك الحق حقيقة اذا عجز فرد في الرق فصار كانه باع ملكه لنفسه من نفسه واشترى ذلك لنفسه لنفسه ولكن الفائدة التي ذكرنا باصحنا ها تظهر انه جائز مع المنافي وهو كونه عبده والمستلزم لكون المال له لولا الدين فاعتبر عدما في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للعقد الاول وهو الكائن بعشرة فيصير كان العبد اشتراه بعشرة لاجل المولى في الفصل الاول وهو ما اذا اشتراه العبد وباعه من المولى وكانه بيعه لاجل المولى في الفصل الثاني فهو ما اذا باعه المولى من عبده فكان المعتبر الثمن الاول وهذه المسئلة بالاتفاق وكذا الجواب اذا كان مكان

قال ومن اشترى جارية فاعورت او وطئها او قبلها او باشرها فاشهى او ابرص او عمي او اقرت بدين او جنت جناية او ارتدت ولحقت بدار الحرب ثم رجعت او جنى عليها او غصبت او استحقت او ماتت او قتلت

وعن ابي يوسف رحه في الفصل الاول انه لا يبيعه من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وقول الشافعي رحه فاما اذا قبضها بنفسها وفقأها اجنبي فاختار امساكها للبيع مرابحة حتى يبين لانه صار مقصودا بالاتلاف فقابلها جزء من الثمن وكذا اذا وطيها وهي بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها وان اشترى ثوبا فاصابه قرض فاره او حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه حتى يبين اربعة ابنا

احترازا عما لو قبضت عينها بنفسها فانه كما بالآفة السماوية لانه هدر فلا يكون المشتري حابسا شيأ واخذ الارش ليس لقصد بل اذا عوضا عما الاجنبي الا يرابح بها لتحقق وجوب الضمان والفرق لنا انه صار مقصودا بالاتلاف فخرج عن التبعية بالقصدية فوجب اعتباره فيقابل بعض الثمن وكذا اذا وطيها وهي بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها ومن هذا لو اشترى ثوبا فاصابه قرض فاره او حرق نار او طعاما فتغير يبيعه مرابحة من غير بيان وقرض بالقاف وذكره ابو اليسر بالفاء ولو تكسر الثوب بنشره وطيه لزمه البيان لانه بفعله قال الفقيه ابو الليث وقول زفر اجود وبه ناخذ واختياره هذا حسن لان مبنى المرابحة على عدم الجناية وعدم ذكرها انما استقامت ايهام للمشتري ان الثمن المذكور كان لها ناقصة والناس انه لو علم ان ذلك ثمنها صحيحة لم يأخذها معيبة الا بحطيطة وقد ذكرا اول الباب ان سبب شرعية المرابحة اعتماد الغبن ان الثمن قيمتها حيث اشترى من له خبرة به فيطيب قلبه بشرائها بربح زيادة ربح نظنه انه قيمتها وهذا يبين انه لا يريد ثمرا وبا الا لقيمتها كي لا يغبن وانه لو علمه لم يرض فكان سكوته تغريرا له وقريب من هذا ما روى هشام عن محمد ان ذلك اذا نقصه العيب شيأ يسيرا فان نقصه قدرا لا يتغابن فيه لا يبيعه مرابحة يعني بلا بيان لكن قولهم هو كما لو تغير الشعر يا رد الله تعالى فانه لا يجب عليه ان يبين انه اذا اشتراه في حال غلائه به وكذا لو اصفر الثوب لطول مكثه او توسخ الزاهد قوله واستشكل على قوله النفقات وصف لا يقابله شيء من الثمن باشتراه مؤجلا فان الاجل وصف ومع ذلك لا يجوز بيعه مرابحة بلا بيان اجيب بان الاجل يعطى لاجله جزء من الثمن عادة فيكون كالجزء فيلزمه البيان على قوله منافع البضع لا يقابلها بشيء من الثمن بها اذا اشترى جارية فوطيها ثم وجد بها عيبا لم يكن من رد بها وان كانت ثيبا وقت الشراء وذلك لاعتبار المشتري بالوطي حابسا جزأ من المبيع عنده واجيب بان عدم الرد في هذا ليس لما ذكرت بل لانه لو رد بها فاما مع التقرر احترازا عن الوطي مجانا او من غير عقر لا وجه الى الاول لتعود الجارية مع زيادة والزيادة تمنع الفسخ لانه لا يرد على الزيادة ولا الى الثاني لانها تعود الى قديم ملكه ويسلم للمشتري الوطي بلا عوض باعتبار البيع وذلك لا يجوز بخلاف الواهب اذا رجع بعد وطي الموهوبة حيث يصح ولا يلزم الموهوب له شيء لانه يسلم كلها للموهوب بلا عوض فيجوز ان يسلم له الوطي بلا عوض ولا يجوز في صورة البيع ان يفسخ البيع ويسلم للمشتري او للبائع زيادة متولدة من العين او شيء وجب باتلاف العين كالولد والارش والعقر وكذا الوطي فرجوع لو اصاب من غلة الدار والدابة شيأ رابح بالاتفاق لان الغلة ليست متولدة انما هو استيفاء منفعة فاستيفاء المنفعة لا يمنع بيع المرابحة بخلاف ما لو اصاب من لبن الغنم وصوفها انه اذا رابح يسقط من راس المال قدر ما اصابه من ذلك ويقول قام علي بكذا وتقدم انه اذا انفق في طعام الرقيق والدواب انه يضمنه في غير السرف ولو ولدت الجارية او الغنم او ثمر النخيل وبيع او عمل مع الزيادة مرابحة لانه لم يحبس شيأ من المعقود عليه ولان نقصان الولادة بغير فعل ثم الزيادة بجزء ولو استهلك المشتري الزيادة لم يبع الاصل مرابحة حتى يبين ما اصاب منها لانها متولدة من العين والمتولد بجزء المبيع وكذا اذا استهلك الابان والسمن فانه لا يرابح الا ببيان وفي المبسوط اشترى نصف عبد بمائة واشترى آخر نصفه بمائتين ثم باعاه مرابحة او تولية او وضيعة فالثمن بينهما اثلاثا ولو باعاه مساومة يكون بينهما نصفين لان المسمى فيه يقابله الملك ولهذا استوى فيه المشتري والموهوب وبيعهما في العبد سواء بخلاف تملك المعقود فان الثمن فيها مبني على الاول ولو حط البائع الاول من الثمن بعد ما باعه المشتري مرابحة فانه يحط ذلك من المشتري الآخر مع حصته من الربح ولو كان ولاه حط ذلك عندنا وعند زفر والشافعي لا يحط عن الثاني بهذا السبب شيء واصله ان الحط يلتحق باصل العقد عندنا وعنده بالعقد هو جعله مبتدأة لا تتم الا بالتسليم وكذا الزيادة عندنا حتى يصير كان العقد عقدا بالغ وثبت ذلك في حق الشفيع والموكل وبزا

قال ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيئة فباعه برخمسمائة ولم يبين فعلم المشترى فان شاء ردّه وان شاء حبسه بالثمن لان الاجل لا يقابله شئ من الثمن قال فان كان لا بدّ اباعه ولم يبين ردّ الشاء في التولية لان الخيانة في التولية متلحقة بالمرابحة لانه باع الثمن الاول وان كان استهلكه ثم علم رجع بالف حالة لما ذكرنا وعن ابي يوسف رحمه الله يرد الشقة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما لو استوفى الزيوف فكان الجياد وعلم بعد الانفاق وسيأتيك من بعد انشاء الله تعالى وقيل يقوم بثمن حال وثمن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه صنع معتاد قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل لا يلزم لان الثمن حال قال ومن ولى رجلا شيئا باقام عليه ولم يعلم المشترى بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فان اعلمه البالغ في المجلس فهو بالخيار ان شاء باع المبيع وان شاء ترك لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كخيار القبول الى آخر المجلس بعد الافتراق قد تقدم رفلا يقبل الاصلاح ونظيره بيع الشئ برقمه اذا علم المجلس بما يتحيز لان الرضاء لم يتم قبل تمام العلم فيثبت بعده خيار الرؤية

بخلاف ما لو حط الكل في المرابحة والتولية فان له ان يرابح على كل الثمن وبوليه قوله ومن اشترى غلاما او غيره بالف نسيئة فباعه برخمسمائة ولم يبين انه اشتراه نسيئة بالالف فعلم المشترى بذلك فله الخيار ان شاء رده وان شاء قبل بالف ومائة حالة وانما ثبت له الخيار لان للاجل شبها بالمبيع لانه يزاد في الثمن لاجله والشبهة ملحقة بالحقيقة فكان كانه اشترى شيئين بالالف وباع احدهما بها على وجه المرابحة وهذا خيانة فيها اذا كان مبيعا حقيقة فاذا كان احد الشيئين يشبه المبيع يكون هذا شبهة الخيانة وشبهة الخيانة ملحقة بالحقيقة في المرابحة فاذا ظهرت يجبر على ما عرف من مذهب ابي حنيفة ومحمد ولو فرع على قول ابي يوسف ينبغي ان يحط من الثمن ما يعرف ان مثله في هذا يزاد لاجل الاجل هذا اذا علم الخيانة قبل هلاك المبيع فلو علم بعد هلاكه او استهلكه لزمه بالف ومائة حالة لان الاجل لا يقابله شئ حقيقة والذي كان ثابتا له مجرد دعوى فقد تعذر بعد هلاكه وكذا لو كان ولاه اياه ولم يبين انه اشتراه الى اجل المشترى قبل الهلاك يعني ثبت له خيار الرد وقبوله بالالف الحالة ولو فرع على قول ابي يوسف ينبغي ان يفعل ما ذكرنا وان كان استهلكه ثم علم لزمه بالف حالة لما ذكرنا من ان الاجل لا يقابله شئ من الثمن حقيقة وعن ابي يوسف ان بعد الهلاك يرد الشقة ويسترد كل الثمن وهو نظير قوله فيما اذا استوفى صاحب الدين من دابنه زكان الدين الجياد زيوفا وهو لا يعلم بزيافتها حتى انفقها فانه عند ابي يوسف يرد مثلها من الزيوف ويسترد الجياد وسيأتيك ان شاء الله تعالى في مسائل متفرقة وقيل يقوم بثمن حال وبمؤجل فيرجع بفضل ما بينهما على البائع قال الفقيه ابو جعفر الهندواني ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه معتاد والتخيير قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه لان الثمن لا كان الا حالا في العقد اما لو فرضنا انه باعه بلا شرط اجل فلم ينفذه الى شهر مطلقا فلا شك انه يبيعه مرابحة بالالف

قوله ومن ولى رجلا شيئا باقام عليه ولم يعلم المشترى بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فان اعلمه البائع يعني في المجلس باقام به عليه فهو بالخيار ان شاء باع المبيع وان شاء قبل لان الفساد وان كان في صلب العقد لكنه لم يتقرر وانما يتقرر بمضي المجلس وهذا يبين ان هذا العقد ونحوه من البيع برقمه قبل معرفة الرقم ينعقد فاسدا له عرضية الصحة وهو الصحيح بخلاف ما روي عن محمد انه صحيح له عرضية الفساد ولما كان المجلس جامعا للمتفرقات يعتبر الواقع في اطرافه كالواقع معا وكان تاخير البيان اي بيان قدر الثمن كتاخير القبول الى آخر المجلس فانه يجوز ويتصل بالايجاب السابق اول المجلس كذا هذا يكون سكوته عن تعيين الثمن في تحقق الفساد موقوفا الخ فان تبين فيه اتصل بالايجاب الذي سكت فيه عنه وان انقضى قبله تقرر الفساد فلا ينقلب بعده صحيحا وانما تخير بعد العلم في المجلس لان الرضى لم يتم قبله فلم يتم البيع كما في خيار الرؤية لم يتم الرضى قبل الرؤية فعند وجودها

تخيير فروع اشترى ثوبا ليس له ان يرابح على ذراع منه لان الثمن لا ينقسم على ذرعانه ولو رابح على ماله نسيئة معلومة منه كنصفه بثلثة ونصف جاز ولو اشترى نصف عبد بمائة ثم اشترى النصف الآخر بمائتين فله ان يبيع اي النصفين شاء مرابحة على ما اشتراه به وان شاء باع كله مرابحة على ثلثمائة ويقوم قائم على بكذا ولو وهب له البائع الثمن كله فله ان يرابح على الثمن كله ولو وهب له او حط عنه بعضه ليس له ان يرابح الا على ما بقي ولو باعه بالثمن عرضا او اعطى به رهنا فهلك كان له ان يرابح على الثمن لانه صار قابضا له بهذا الطريق ولو اشترى بعشرة جيادا ونقده زيوفا فتجوز بها البائع فله ان يرابح على عشرة جياد ولو وهب له المشتري باشتراه بعشرة ثم رجع فيه له ان يبيعه مرابحة على العشرة وكذا ان باعه ثم رد عليه بعيب او فساد بيع او خيار او اقاله ان يرابح على الثمن الذي كان اشترى به ولو اشترى ثوبا فباعه ثم رجع اليه بميراث او وهبة لم يكن له ان يبيعه مرابحة لانه ما عاد الى الملك المستفاد بالشراء الاول ولو وجد بالمبيع عيبا فرضي به له ان يبيعه مرابحة من الثمن الذي اشتراه به لان الثابت له خيار فاسقاطه لا يمنع من البيع مرابحة

فصل ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه لانه عليه السلام نهى عن بيع ما لم يقبض ولان فيه غرر انفساخ العقد بهلاك المبيع

كما لو كان فيه خيار الشرط او رؤية وكذا لو اشتراه مرابحة فاطلع على خيانة فرضي به كان له ان يبيعه مرابحة على ما اخذه به لما ذكرنا ان الثابت له مجرد خيار ولو اشترى شيئا بغبن فاحش او بين له على انسان وهو لا يشتري بذلك التقدير بالتعيين فليس له ان يبيعه مرابحة من غير بيان ولو اشترى بالدين بما يباع بمثله جاز ان يرابح عليه سواء اخذه بلفظ الشراء او بلفظ الصلح في رواية وفي ظاهر الرواية لا فرق بين الصلح والشراء لما تقدم لكن الوجه انه اذا علم ثمنه وجب ان يرابح عليه لان منع المرابحة ما كان الا لتهمة الخيانة فاذا تعين انتفاؤها ارتفع المانع بينه وبين الله تعالى ولو اشترى ثوبا بعشرة دراهم فقبضه ثم باع نصفه مرابحة على ما قام عليه فقد باع ما ليس له ان يبيع لان حصة ما باع مرابحة بخلاف ما لو اشترى كيلا او جزافا او عددا فاقتسماه حيث يجوز ذلك ولو اشترى الزرعة واحد فقطعها ثوبا ثوبا ليس له ان يبيع ثوبا منها مرابحة على ما قام الا بما قد بنا من انه يقول قيمة هذا الف وقوم هذا بكذا وانما يبيعه مرابحة على هذه القيمة كما مر في الترتم بازيد من ثمنه اما لو اسلم في ثوبين ووصفهما بصفة واحدة فليس له ان يبيع احدهما مرابحة على نصف راس مال السلم عند ابي حنيفة رح وعندهما يجوز ولو باع نصف ما اشتراه مرابحة على نصف ثمنه ان كان ثوبا واحدا ليس له ذلك وان كان شيئين وهو جنس واحد كطعام اكل نصفه كان له ذلك لانقسام الثمن عليه بالاجزاء بخلاف الاول لان القسمة فيه بالقيمة باعتبار الاوصاف اعني الذرعان ولا يقسم الثمن باعتبارها وعلى هذا ينبغي ان يرابح في نصف العبد على نصف الثمن ولو اشترى ثيابا صفقة واحدة وكل ثوب بكذا فله ان يبيع كل واحد مرابحة عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد لا يرابح حتى يبين لانه اشتراه مع غيره ولو باعه بوضيعة رح يازده نظر لقيه ان يجعل كل درهم من راس المال احد عشر جزءا فاذا كان الثمن عشرة فتكون الجملة مائة وعشرة فقط عشرة فيصير حصة الثمن تسعة وجزأ من احد عشر جزأ من درهم

فصل ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه لانه عليه السلام اقتصر على البيع ولم يقل ان يتصرف فيه ليكون اتفاقية فان محمدا يجيز البيعة بعد القبض وقال مالك يجوز جميع التصرفات من بيع وغيره قبل القبض الا في الطعام لانه صلى الله عليه وسلم خص الطعام بالنهي في حديث رواه مالك عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه اخرجه الشيخان وفي لفظ حتى يقبضه قلنا قد رواه ابن عباس ايضا قال واحسب كل شيء مثل الطعام اخرجه عنه ائمة الكتب الستة وعضد قوله ما روى ابو داود عن ابي اسحق عن ابن عمر قال ابتعت زيتا في السوق فلما استوجبته لقيني رجل فاعطاني فيه ربحا حسنا فاردت ان اضرب على يده فاخذ رجل من خلفي بذراعي فالتفت فاذا زيد بن ثابت فقال لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه الى رحالك فان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى ان تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار الى رحالهم ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرك وصححه وقال في التنقيح سنده جيد وقال ابن اسحق صرح فيه بالحديث واخرج النسائي ايضا في سننه الكبرى عن يعلى بن حكيم عن يوسف بن ماهك عن عبد الله بن عصمة عن حكيم بن حزام قال قلت يا رسول الله اني رجل ابتاع هذه البيوع فما يحل لي منها وما يحرم قال لا تبيعن شيئا حتى تقبضه ورواه احمد في مسنده وابن حبان وقال هذا لفظ البزار وهو مشهور عن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام لكن بينهما ابن عصمة والحاصل ان المخرجين سبعة من يدخل ابن عصمة بين ابن ماهك وحكيم وسبعة من لا واسطة بينهم وابن عصمة ضعيف جدا في قول بعضهم قال صاحب التنقيح قال ابن حزم عبد الله بن عصمة مجهول وصحح الحديث من اجله يوسف بن ماهك لنفسه عن حكيم لانه صرح في رواية قاسم بن اصبغ بسماعه منه والصحيح ان بينهما عبد الله بن عصمة الجشمي الحجازي ذكره ابن حبان في الثقات وقال عبد الحق انه ضعيف وتبعه ابن القطان وكلاهما يخطئ وقد اشتبه عليهما عبد الله بن عصمة هذا بالنصيبي او غيره ممن يسمى عبد الله بن عصمة انتهى كلامه فالحق ان الحديث حجة والذي قبله كذلك والحاجة بعد ذلك الى دليل التعميم

وفي بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يجوز رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول وصار كالاجارة ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله ولا غرر فيه لان الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول والغرر المنهي عنه غرر الانفساخ العقد والحديث يساعدنا لان الكلام في الجواز والاجارة قيست على هذا الخلاف لوسلم فالمقوس عليه الاجارة للنافع وهلاكها عيبا

بغير العقار لابي حنيفة رح ما ذكرناه من الاحاديث كثير في هذا المعنى ثم علل الحديث بان فيه غرر انفساخ العقد الاول على اعتبار هلاك المبيع قبل القبض فيتبين رح انه باع ملك الغير بغير اذنه وذلك مفسد للعقد وفي الصحاح انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر والغرر ما طوى عنك علمه والدليل على اعتبار هذا المعنى انا رأينا التصرف في ابدال العقود التي لا تنفسخ بالهلاك جائز فلا يضرها غرر الانفساخ كالتصرف في المهر لها وبدل الخلع للزوج والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد قبل القبض جائز اذا كانت لا تنفسخ بالهلاك فظهر ان السبب ما قلنا هذا وقد الحقوا بالبيع غيره فلا تجوز اجارته اذا كانت الاجرة عينا ولا هبته ولا التصدق به خلافا لمحمد في الهبة والصدقة وكذا اذا رهنه من غير بائعه فلا يجوز شئ من ذلك واذا اجاز محمد هذه التصرفات في المبيع قبل القبض ففي الاجرة اذا كانت عينا قبل فيفيدها اولى فصار الاصل ان كل عقد ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض لم يجز التصرف في ذلك العوض قبل قبضه كالمبيع في البيع والاجرة اذا كانت عينا في الاجارة وبدل الصلح عن الدين اذا كان عينا لا يجوز بيع شئ من ذلك به لان يشترك فيه غيره الى آخر ما ذكرنا وما لا ينفسخ بهلاك العوض فالتصرف فيه قبل القبض جائز كالمهر اذا كان عينا وبدل الخلع والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد كل ذلك اذا كان عينا يجوز بيعه وهبته واجارته قبل قبضه وسائر التصرفات في قول ابي يوسف ولو اوصى قبل القبض ثم مات قبل القبض صحت الوصية بالاجماع لان الوصية اخت الميراث ولو مات قبل القبض ورث عنه فكذا اذا اوصى به ثم قال محمد كل تصرف لا يتم الا بالقبض كالهبة والصدقة والرهن والقرض هو جائز كالبيع قبل القبض اذا سلطه على قبضه فقبضه ووجهه ان تمام هذا العقد لا يكون الا بالقبض والمانع زائل عنده ذلك بخلاف البيع والاجارة فانه يلزم بنفسه وقاسه بهبته الدين لغير من عليه الدين فانها تجوز اذا سلطه على قبضه اذ لا مانع فانه يكون نائبا عنه ثم يصير قابضا لنفسه كما لو قال اطعم عن كفارتي جاز ويكون الفقير نائبا عنه في القبض ثم قابضا لنفسه بخلاف البيع وابو يوسف يقول البيع اسرع انفاذا من الهبة بدليل ان الشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع ايضا وهذه التصرفات تبتنى على الملك وغرر الانفساخ يمنع تمامه وكان قاصرا في حق اطلاق التصرف واما احتراز عن كفارتي فانه طلب التمليك لا التصرف مبنى على الملك القائم فان قيل لو اعتبر الغرر امنع بعد القبض ايضا لاحتمال ظهور الاستحقاق فالجواب انه اضعف لان ما تحقق به بعد القبض تحقق به قبله ويزيد باعتبار الهلاك ايضا وكان اكثر وقوعا قبل القبض ولان اعتباره بعده يسد باب البيع ولو باعه المشتري من بائعه قبل قبضه لا يجوز ولو وهبه يجوز على اعتبار مجازا عن الاقالة فان قيل هذا النهي باعتبار امر مجاور فينبغي ان لا يوجب الفساد كالبيع وقت النداء اجيب بان الغرر في البيع لا مجاور له فانه باعتبار انه مملوك او غير مملوك للمشتري على تقدير الهلاك وارد على التاثير ان بعد تسليم ان البيع ينفسخ بهلاك المبيع قبل القبض اي امتناع فيه فليكن كذلك وغاية الامر انه ظهر ان البيع الثاني لم يصح فيتبين ان ما شغله واقع في الشفعة والبيع بعد ظهور الاستحقاق قوله ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وهو قوله الآخر وقال محمد لا يجوز وهو قول ابي يوسف الاول وقول الشافعي اعتبارا بالمنقول رجوعا الى اطلاق الحديث يعني عمومه وهو ما في حديث حكيم من قوله صلى الله عليه وسلم لا تبيعن شيأ حتى تقبضه بخلاف ما قبله من حديث ابن عمر فانه خاص بالمنقول اعني قوله نهى عن بيع السلع حتى يحرزها التجار الى رحالهم وللنهي عن ربح ما لم يضمن ولو باع العقار بربح فيلزمه ربح ما لم يضمن وصار بيع العقار كاجارته واجارته قبل قبضه لا يجوز فكذا بيعه ولان السبب وهو البيع انما تم بالقبض ولهذا جعل الحادث بعد العقد قبل القبض كالحادث عند العقد والملك انما يتأكد بتأكد السبب وفي هذا العقار والمنقول سواء ولهما اي لابي حنيفة وابي يوسف ان ركن البيع صدر من اهله في محله والمانع المتيقن وهو غرر الانفساخ بالهلاك

قال ومن اشترى مكيلا مكايلة او موزونا موازنة او اتزنه ثم باعه مكايلة او موازنة لم يجز للمشترى منه ان يبيعه حتى يكيله او يزنه لان النبي عليه السلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة له وبخلاف ما اذا باع الثوب ذراعا لان الزيادة له اذا الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر

منتف فان هلاك العقار نادر والنادر لا عبرة به ولا يبنى الفقه باعتباره فلا يمنع الجواز وهذا لانه لا يتصور هلاكه الا اذا صار بحرا ونحوه حتى قال بعض المشايخ ان جواب ابي حنيفة في موضع لا يخشى عليه ان يصير بحرا او يغلب عليه الرمال واما في موضع لا يؤمن عليه ذلك فلا يجوز كما في المنقول ذكره الجبولي وفي الاختيار حتى لو كان على شط البحر او كان المبيع علوا لا يجوز بيعه قبل القبض والحديث الذي استدل به معلول به اي بغرر الانفساخ والدليل عليه ان التصرف الذي لا يمنع بالغرر نافذ في المبيع قبل القبض وهو العتق والتزوج عليه وبه ظهر فساد قولهم ان تأكد الملك بتأكد السبب وذلك بالقبض لان العتق في استدعاء الملك التام فوق البيع ويجوز في المبيع قبل القبض العتق وانما قلنا التزوج لا يبطل بالغرر لانه لو هلك المهر المعين لزم الزوج قيمته ولم ينفسخ النكاح وايراده تعليل في مقابلة النص فانه تخصيص عموم فيودي الى تقديم القياس والمعنى على النص وهو ممنوع الجواب انه خص منه اشياء منها جواز التصرف في الثمن قبل قبضه وكذا المهر يجوز لها بيعه وهبته وكذا الزوج في بدل الخلع وكذا رب الدين في الدين فانه لمكنه غيره وسلطه على قبضه جاز وكذا اخذ الشفيع قبل قبض المشتري ولا شك ان تملك شراء قبل القبض فلو كان العقار قبل القبض لا يحتمل التمليك بعد لم يثبت للشفيع حق الاخذ قبل القبض وهذا يخرج الى الاستدلال بدلالة الاجماع على جواز بيع العقار قبل القبض واما الالحاق بالاجارة ففي منع الاجارة قبل القبض منع فانه قيل انه على هذا الخلاف والصحيح كما قال في الفوائد الظهيرية ان الاجارة قبل القبض لا تجوز بلا خلاف لان المنافع بمنزلة المنقول والاجارة تمليك المنافع فيمنع جوازها قبل القبض وفي الكافي وعليه الفتوى واذا عرف من الجواب ان التصرف في الثمن قبل القبض يجوز ففي المبيع لا يجوز كان تتميمه بان ذكر مناسبة البيع عن الثمن وان كان قد سلف فالدراهم والدنانير اثمان ابدا وذوات القيم مبيعة ابدا والمثليات من المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة اذا قوبلت بالنقد مبيعة او بالاعيان وهي معينة ثمن وغير معينة فمبيعة كمن قال اشتريت كر من الحنطة بهذا العبد فلا يصح الا بشرائط السلم وقيد المثليات اذا لم تكن معينة وقوبلت بغير الثمن مطلقا ولو اوخل عليها الباء اذا عرف هذا فالاثمان يجوز التصرف فيها قبل القبض استبدالا في غير الصرف والسلم واختلف في القرض والاصح جوازه والمبيعات تقدم حالها عند ذكرنا الالحاق ولو باع عبدا وسلمه ثم اقال فمبيعه من المشتري قبل القبض يجوز ومن الاجنبي لا يجوز وللشافعي قولان والاصل ان البيع متى انفسخ بسبب هو فسخ من كل وجه في حق كافة الناس فمبيعه قبل القبض جائز من كل احد وما هو فسخ في حق العاقدين بيع في حق ثالث يجوز من المشتري لا الاجنبي قوله ومن اشترى مكيلا مكايلة او موزونا موازنة اي اشتراه على كذا كيلا او وطلا فاكتاله او اتزنه لنفسه ثم باعه مكايلة في المكيل او موازنة في الموزون لم يجز للمشتري منه بيعه حتى يقبض المكيل والوزن لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري وروي من حديث جابر بهذا لكن بلفظ الصاعان معرفا اسنده عنه ابن ماجة واسحق بن ابي شيبة قال محمد بن عبد الرحمن بن البيلماني ولفظه من حديث ابي هريرة يزاد فيه فيكون لصاحب الزيادة وعليه النقصان رواه البزار ثنا محمد بن عبد الرحمن ثنا مسلم الجرمي ثنا مخلد بن حسين عن هشام بن حسان عن محمد بن سيرين عن ابي هريرة وقال لا نعلمه يروى عن ابي هريرة الا من هذا الوجه وله طريقان آخران عن انس وابن عباس ضعيفان وقال عبد الرزاق انبا معمر عن يحيى بن ابي كثير ان عثمان بن عفان وحكيم بن حزام كانا يبيعان التمر ويجعلانه في غرائر ثم يبيعانه بذلك الكيل فنهاهما رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يبيعا حتى يكيلا لمن ابتاعه منهما فهذا الحديث حجة لكثرة تعدد طرقه وقبول الائمة اياه فانه قد قال بقولنا هذا مالك والشافعي واحمد وحين علله الفقهاء بجعله من تمام القبض اذ بالكيل تتميز حصته عن حق البائع احوجهم الى ان يكون القبض وازيد مضيع ماله عند البائع او مال البائع عنده فالحقوه بمنع البيع منع الاكل قبل الكيل والوزن وكل تصرف مبني على الملك كالهبة والوصية وما اشبههما فالحقوا بالكيل والموزون ومبنى الحاق المعدود

ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع وان كان بحضرة المشتري لانه ليس صاع البائع والمشتري هو الشرط ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم لان به يصير المبيع معلوما ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما بينا في باب السلم ان شاء الله تعالى ولو اشترى المعدود عددا فهو كالمذروع فيما يروى عنهما لانه ليس بمال الربا وكالموزون فيما يروى عن ابي حنيفة رح لانه لا تحل له الزيادة على الشرط قال والتصرف في الثمن قبل القبض جائز لقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين بخلاف المبيع

الذي لا يتفاوت كالجوز والبيض اذا اشترى معدودة وبه قال ابو حنيفة في اظهر الروايتين عنه فاسد البيع قبل العد ثانيا لاتحاد الجامع وهو وجوب تعرف المقدار وزوال احتمال اختلاط المالين فان الزيادة فيه للبائع خلافا لما روي عنهما من جواز البيع الثاني قبل العد ولما كان في المذروعات الزيادة عند الحنفية للمشتري لم يجعلوها فلو اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع جاز ان بيعه قبل الذرع لانه لو زاد وكان المشتري ولو نقص كان له الخيار فاذا باعه بلا ذرع كان مستطا خياره على تقدير النقص وله ذلك ولما كان النهي عن بيع الطعام مقتصرا على ما اذا كان المكيل او الموزون مبيعا فلو كان ثمنا بان اشترى بهذا البر على انه كر فقبضه جاز تصرفه فيه قبل الكيل والوزن لانه التصرف في الثمن قبل قبضه جائز فاولى ان يجوز التصرف فيه قبل ما هو من تمام قبضه ثم لا يخفى ان ظاهر النص منع بيع الطعام الا مكايلة ويقتضي منع بيعه مجازفة ولا نعلم خلافا في ان ظاهره متروك وانه محمول على ما اذا وقع البيع مكايلة اما اذا اشتراه مجازفة في بيع صبرة فله ان يتصرف فيه قبل الكيل والوزن لان كل المشار اليه له فلا تصور اختلاط الملكين وقول المصنف فيه لان الزيادة له قيل معناه الزيادة على ما كان يظنه فان ابتاع صبرة على ظن انها عشرة فظهرت خمسة عشر ولتكلف غيره وكذا ما يفيد ظاهره من التزام جريان الصاعين محمول على ما اذا اشترى البائع مكايلة وباعه كذلك اما اذا اشتراه مجازفة فانما يحتاج اذا باعه مكايلة الى كيل واحد للمشتري وقول الراوي حتى يجري فيه صاعان صاع البائع معناه لنفسه فهو محمول على ما اذا كان البائع اشتراه مكايلة اما لو كان ملكه بالارث او الزراعة او اشتراه مجازفة او استقرض خنطة على انها كر بأعيانها فالحاجة الى صاع واحد وهو صاع هذا المشتري وان كان الاستقراض تمليكا بعوض كالشراء لكنه شراء صورة عارية حكما لان ما يرده عين المقبوض حكما ولهذا لم يجب قبض بدله في مال الصرف فكان تمليكا بلا عوض حكما ولو اشتراها مكايلة ثم باعها مجازفة قبل الكيل وبعد القبض في ظاهر الرواية لا يجوز لاحتمال اختلاط ملك البائع بملك بائعه وفي نوادر ابن سماعة يجوز واذا عرف ان سبب النهي امر يرجع الى المبيع كان البيع فاسدا ونص على الفساد في الجامع الصغير ونص على انه لو اكله قد قبضه بلا كيل لا يقال انه اكل حراما لانه اكل ملك نفسه الا انه ثم تركه ما امر به من الكيل وكان هذا الكلام اصلا في سائر المبيعات بيعا فاسدا اذا قبضها فملكها ثم اكلها وتقدم انه لا يحل اكل ما اشتراه شراء فاسدا وهذا يبين ليس كل ما لا يحل اكله اذا اكله ان يقال فيه اكل حراما **قوله** ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع من المشتري الثاني وان كان كاله لنفسه بحضرة المشتري عن شرائه هو لانه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط بالنص ولا بكيله بعد البيع الثاني بغيبة المشتري وغيبته وكيله في القبض لان التسليم الى الغائب لا يتحقق وهذا الكيل المامور بتسليم المقدار الواجب وان كان الموزون بعد القبض بحضرة المشتري وزنه فيه اختلاف المشائخ قال عامتهم كفاه ذلك حتى يحل للمشتري التصرف فيه قبل كيله ووزنه اذا قبضه وعند بعض لا بد من الكيل والوزن مرتين احتجاجا بظاهر الحديث والصحيح قول العامة لان الغرض من الكيل والوزن صيرورة المبيع معلوما وقد حصل بذلك الكيل واتصل به القبض ومحل ظاهر الحديث اذا وجد عقدان بشرط الكيل بان يشتري المسلم اليه من رجل كرا الى اجل رب السلم وامر رب السلم القبض اقتضاء عن سلمه فان في ذلك يشترط صاعان صاع للمسلم اليه وصاع لرب السلم فيكيله للمسلم اليه ثم يكيله لنفسه بخلاف كيله بغيبته لانتفاء التسليم من الغائب فيثبت احتمال الاختلاط فلا يجوز ويصح بيعه ما في الجامع في بيع قفيز من صبرة اذا كال البائع قفيزا منها بغير حضرة المشتري فهلك ان البيع قائم في قفيز مما بقي ولا يلتفت به الا حرازه من هنا يشار فرع وهو ما لو كيل طعام بحضرة رجل ثم اشتراه الرجل في المجلس ثم باعه مكايلة قبل ان يكتاله بعد شرائه لا يجوز هذا البيع سواء اكتاله للمشتري منه اولا لانه لما لم يكتل بعد شرائه هو لم يكن قابضا فبيعه بيع ما لم يقبض فلا يجوز **قوله** والتصرف في الثمن قبل القبض جائز بالبيع والهبة والاجارة والوصية سواء كان مما يتعين او لا يتعين عندنا سوى بدل الصرف والسلم لان الملك مطلق وكان القياس ذلك ايضا في المبيع الا انه منع بالنص لغرر الانفساخ

قال ويجوز للمشتري ان يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع في المبيع ان يحط عن الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك قال رحمه الله الحط والزيادة يلتحقان بأصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي لا يلتحقان قال في الاصل اعتبارا للحط بالاداء قبل الصلة فانه لا يمكن تصحيحه زيادة ثم الزيادة يصير بها كأن العقد وقع عليه فلا يلتحق بأصل العقد كما لو باع عبدا بألف درهم ثم زاد في الثمن درهما او حط عنه درهما لان الحط لا يكون صلة ولا هبة بل يكون مبادلة بمقابلة فيلتحق بأصل العقد استدلالا بالحط بالزيادة وبيان الوصف ان العقد من وصف مشروح الى وصف مشروح وهو كونه رابحا او خاسرا وعن الاداء او الاقرار فوجب ان يكون لهما ولاية التغيير من وصف الى وصف وهما يشترطان لصحة الزيادة والحط ان يكون المبيع قائما في يد البائع والثمن دينا في ذمة المشتري حتى لو هلك المبيع او الثمن قبل القبض بطل الحط والزيادة لان الحط اسقاط والاسقاط لا يصح بعد الهلاك والزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند فيلتحق بأصل العقد استدلالا

وليس في الثمن ذلك لانه اذا هلك الثمن المعين لا ينفسخ البيع فلزمه قيمته وسائر الديون كالثمن لعدم الغرر بعد الانفساخ بالهلاك كالمهر والاجرة وضمان المتلفات وغيرها واستشار المسلم لان للمقبوض حكم عين المبيع والاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز وكذا في الصرف وايده السمع وهو ما في السنن الاربعة عن مالك عن سعيد بن جبير عن ابن عمر قال كنت ابيع الابل بالبقيع فابيع بالدنانير فاخذ الدراهم وابيع بالدراهم واخذ الدنانير فاتيت النبي صلى الله عليه وسلم وهو في بيت حفصة فقلت يا رسول الله رويدك اسألك انا نبيع بالبقيع فنبيع بالدنانير ونأخذ الدراهم ونبيع بالدراهم ونأخذ الدنانير فقال لا بأس ان تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء وفي رواية ابي داود عن ابن عمر قال كنا نبيع الابل بالبقيع فنبيع بالدنانير ونأخذ مكانها الدراهم ونبيع بالدراهم ونأخذ مكانها الدنانير فاتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في بيت حفصة فسألته عن ذلك فقال لا بأس ان تأخذها بسعر يومها ما لم تتفرقا وبينكما شيء وفي رواية الترمذي عن ابن عمر قال كنا نبيع الابل بالبقيع فنبيع بالدنانير ونأخذ الدراهم ونبيع بالدراهم ونأخذ الدنانير فاتيت النبي

قال ومن باع بثمن حال ثم أجله أجلا معلوما صار مؤجلا لان الثمن حقه فله ان يؤخره تيسيرا على من عليه لانه ازالة الملك ابراء مطلقا فكذا مؤقتا ولما علله الى اجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كمحصود الريح او يوزن ان كانت متقاربة كالحصاد والدياس يجوز لانه بمنزلة الكفالة وقد ذكرنا ان من قبل قال وكل دين حال اذا اجله صاحبه صار مؤجلا اذا ذكرنا ان القرض فان تاجيله لا يصح لانه اعارة وصلة في الابتداء حتى يتم بلفظة الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالولي والصبي ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التاجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يتم الا بتسعين بالدراهم لتسعة وهو ربوا وهذا بخلاف ما اذا اوصى ان يقرض من ماله الف درهم مثلا الى سنة حيث يلزم الورثة من تلك ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل الاجل لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم رجعا للموصي

من ابطال حقه الثابت قبلها فان بجرد العقد الاول تعلق حقه باخذها بما وقع عليه التراضي الاول وعقد به والزيادة بعد ذلك في الثمن تصرف حادث منها يبطل حقه ولا ينفذ تصرفهما ذلك عليه ثم شرع بذكر شرط الزيادة والحط فقال ثم الزيادة الخ يعني ان شرطها قيام المبيع في ظاهر الرواية فلو هلك حقيقة بان مات العبد او الدابة او حكما بان اعتقه او دبره او كاتبه او استولدها او باع او وهب وسلم او اجر او رهن ثم باعه من المستاجر والمرتهن او طبخ اللحم او لحن الحنطة او نسج الغزل او تخمر العصير او اسلم شتريا الخمر ذميا لا تصح الزيادة لفوات محل العقد اذ العقد لم يرد على المطحون والمنسوج ولهذا ليصير الغاصب احق بهما اذا فعل في المغصوب ذلك وكذا الزيادة في المهر شرطها بقاء الزوجية فلو زاد بعد موتها لا يصح بخلاف ما لو ذبح الشاة المبيعة ثم زاد حيث تثبت الزيادة وكذا اذا اجر او رهن او خاط الثوب او اتخذ الحديد سيفا او قطع يد المبيع فاخذ المشتري ارشه تثبت الزيادة في كل هذا وانما لم تثبت فيما ذكرنا من صور الهلاك لانه لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والاتحاق وان كان يقع مستندا فالمستند لا بد ان يثبت اولا في الحال ثم يستند وثبوته متنف لانتفاء المحل فتعذر استناده فلا تثبت كالبيع الموقوف لا يتم بالاجازة واذا كان المبيع الكا وقتها وقوله على ظاهر الرواية احتراز عما روى الحسن في غير رواية الاصول عن ابي حنيفة ان الزيادة تصح بعد هلاك المبيع كما يصح الحط بعد هلاكه وفي المبسوط وكذا اذا كانت الزيادة من الاجنبي وضمنها لانه التزمها عوضا وهذا الالتزام صحيح منه وان لم يملك شيأ بمقابلته كما لو خالع امرأته مع اجنبي او صالح مع الاجنبي من الدين على مال وضمنه صح وان لم يملك الاجنبي شيأ بمقابلته هذا في زيادة الثمن فاما الزيادة في المبيع ففي جميع التفاريق تجوز الزيادة في المبيع بعد هلاك المبيع وكذا ذكر في المنتقى ويكون لها حصتها من الثمن حتى لو هلكت قبل القبض سقطت حصتها من الثمن بخلاف الحط فانه يصح بعد هلاك المبيع لان المبيع بعد الهلاك بحيث يكون حط البدل اي الثمن عما يقابله وحاصلها اخراج القدر المحطوط عن ان يكون ثمنا فانما يشترط فيه قيام الثمن دون المبيع والثمن باق فيثبت الحط مستلحقا باصل العقد الا ترى انه يصح الحط بسبب العيب بعد الهلاك فانه يرجع بالنقصان وبه يكون الثمن ما سوى ما رجع به فاسقط عوض المعدوم يصح والاعتياض عنه لا يصح قوله ومن باع بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما صار مؤجلا وهو قول مالك خلافا للشافعي وكذا قوله في كل دين حال لا يصير مؤجلا بالتاجيل هو قول زفر لانه بعد ان كان حالا ليس الا وعدا بالتاخير قلنا الثمن حقه فله ان يؤخره تيسيرا على من عليه وهذا لا يستلزم الدعوى وهو لزوم الاجل بالتاجيل فانه يقول لا اشك ان له ان يؤخر انما الكلام في انه يلزم التاخير شرعا اذا اخر وقوله الا ترى الخ آخره يستدل به مستقلا في المطلوب وهو ان الشرع اثبت عند اسقاطه السقوط والتاجيل لتزام الاسقاط الى وقت معين فيثبت شرعا السقوط الى ذلك الوقت كما ثبت شرعا سقوطه مطلقا باسقاطه مطلقا ولو اجله الى اجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كمحصود الريح ومجئ المطر لا يجوز ولا يجوز التاجيل به ابتداء وان كانت يسيرة كالحصاد والدياس يجوز ويلزم كما اذا كفل بها وقد ذكرناه من قبل يعني في آخر باب البيع الفاسد لان الاجل المجهول لم يشترط في عقد البيع ليفسده بل فيما هو دين وكل دين اذا اجله صاحبه صار مؤجلا ما ذكرنا الا القرض فان تاجيله لا يصح ولو شرط الاجل في ابتداء القرض بطل الاجل وعند مالك يصح ايضا لان القرض صار في ذمته كسائر الديون ولنا ان القرض فاجل ورثته صح قاضي خان بانه لا يصح كما لو اجل القرض وقوله صاحب المبسوط ينبغي ان يصح على قول البعض لا يعارض ولا يفيد ما يعتمد عليه ولا فرق بين ان يؤجل بعد استهلاك القرض او قبله هو الصحيح وليس بتاجيل القرض تاجيل بدل الدراهم والدنانير المستهلكة او باستهلاكها لا يصير قرضا والحيلة في لزوم تاجيل القرض ان يحيل المستقرض المقرض على احد بدينه فيؤجل المقرض ذلك الرجل المحال عليه فيلزم ح وجه المسئلة ان القرض صلة وعارية في الابتداء حتى صح القرض بلفظ

باب الربوا

قال الربوا شرط في كل مكيل او موزون اذا بيع بجنسه متفاضلا والعلة عندنا الكيل مع الجنس او الوزن مع الجنس قال الله ويقال القدر مع الجنس وهو اشمل والاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعن الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح الذهب الفضة على هذا المثل يدا بيد وابتين بالرفع مثل بالنصب شاذ وسنذكر الاول والثاني ان شاء الله تعالى

اشرك هذه الالف بالى وشك في نحوه ولهذا لا يملك من لا يملك الصلوة والتسبيحات كالوصي والصبي والعبد المكاتب ومعاوضته في الانتهاء لانه اعطاه فيأخذ بدله بعد ذلك فاخذ بدله فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التاجيل كما لا يلزم تاجيل الاعارة فانه لو اعارت المتاع الى شهر كان له ان يسترد في الحال اذ التاجيل لم يثبت في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح ايضا لانه تصير هذه المعاوضة بيع دراهم بمثلها نسيئة وهو ربا ولانه لو لزم كان التبرع ملزما على المتبرع شيئا كالكفالة عن المطالبة فيما نحن فيه وهو يناقض موضوع التبرعات قال تع انما على المحسنين من سبيل نفي السبيل عنهم على وجه نصوصيته الاستدراك فلو لزم تحقق سبيل عليه ثم للمثل المردود حكم العين كانه رد العين ولولا هذا الاعتبار كان تمليك دراهم بدراهم بلا قبض في المجلس فلزم اعتبارها شرعا كالعين واذا جعلت كالعين والتاجيل في الاعيان لا يصح بخلاف ما اذا اوصى ان يقرض من ماله الف فلان الى سنة حيث يلزم ذلك من ثلثه لانه وصية بالتبرع فيلزم كما يلزم الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنة مع انه لو اعاره عبده ودواره سنة كان له ان يسترد في الحال وهذا لان باب الوصية اوسع من سائر التصرفات الا ترى انه لو اوصى بثمرة بستانه جاز وان كانت الثمرة معدومة في الحال رعاية لحق الموصى ونظرا له فضلا من الله ورحمة وللرحمة عليه اجازها الشرع وكان القياس ان لا يصح لانها تمليك مضاف الى حال زوال ملكيته والله اعلم

باب الربوا هو من البيوع المنهية قطعا لقوله تع يا ايها الذين آمنوا لا تاكلوا الربوا لبيب زيادة فيه فمناسبته بالمرابحة ان في كل منهما زيادة الا ان تلك حلال وهذه منهية والحل هو الاصل في الاشياء فقدم ما يتعلق بتلك الزيادة على ما يتعلق بهذه والربوا بكسر الراء وفتحها خطأ قوله الربوا في كل مكيل او موزون بيع بجنسه في عدة من النسخ الربوا محرم في كل مكيل الى آخره وفي كثير منها زيادة متفاضلا الربوا يقال لنفسه الزائد ومنه ظاهر قوله تع لا تاكلوا الربوا اي الزائد في القرض والسلف على المدفوع والزيادة في بيع الاموال الربوية عند بيع بعضها بجنسه وسنذكر تفصيلها ويقال لنفس الزيادة احيانا بالمعنى المصدري ومنه واحل الله البيع وحرم الربوا اي حرم ان يزاد في القرض والسلف على القدر المدفوع وان يزاد في بيع تلك الاموال بجنسها قدر اليس مثله في الآخر لانه ح فعل والحكم يتعلق به ولا شك ان في قوله الربوا في كل مكيل الاول بغير لفظ محرم لا يزاد كل منهما لانه كذب على اسقاط لفظ متفاضلا ولا فائدة فيه بتقدير اثباتهما فكان المراد حكم الربوا وهو الحرمة واما استعمال الربوا في الحرمة فيكون لفظ الربوا مجازا او على حذفه واراد ته فيكون من مجاز الحذف والمراد به الزيادة مبتدأ والمجرور خبره اي حرمة الزيادة ثابتة في كل مكيل ثم قوله فالعلة الكيل مع الجنس او الوزن مع الجنس مرتبا بالفاء كما عرف ان الحكم المرتب على مشتق يجب كون مبدأ الاشتقاق علته ولا ترتب الحكم على المكيل والموزون مع الجنس تفرع عليه ان العلة الكيل مع الجنس وقد يقال بدل الكيل والوزن القدر وهو اشمل واخصر لكنه يشمل ما ليس بصحيح اذ يشمل الذرع والعد وليس من اموال الربوا اي علة تحريم الزيادة كونه مكيلا او موزونا مع تجانس البدلين في الجنس فهي علة مركبة والاصل فيه الحديث المشهور واخرج الستة الا البخاري عن عبادة بن الصامت قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فاذا اختلف هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد واخرج مسلم من حديث ابي سعيد الخدري قال قال عليه الصلوة والسلام مثلا بمثل سواء بسواء وزاد بعد قوله يدا بيد فمن زاد او استزاد فقد اربى واخرج مسلم ايضا عن ابي سعيد مثله وزاد بعد قوله فقد اربى الا ما اختلفت الوانه وليس فيه ذكر الذهب والفضة والتقدير في هذه الروايات كلها بيعوا مثلا بمثل واما رواية مثل بالرفع ففي رواية محمد بن الحسن ثنا ابو حنيفة عن عطية العوفي عن ابي سعيد الخدري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم

(قوله الكيل او الوزن)

والحكم معلول باجماع القائسين لكن العلة عندنا ما ذكرناه وعند الشافعي كونه طعما في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة عندنا لانه نص على شرطين التقابض في المائلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح فيعلل بعلة تناسب ظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الانسان به والثمنية لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا اثر للجنسية في ذلك فجعلناها شرطا والحكم قد يدور مع الشرط ولنا انه اوجب لما ثلة شرطا في البيع وهو المقصود بسوق تحقيقا لمعنى البيع اذ هو ليتجر عن التقابل وذلك بالتماثل او صيانة لاموال الناس عن التوى او تتميما للفائدة باتصال التسليم به ثم يلزم عند فوته حرمة الربوا

انه قال الذهب بالذهب مثل بمثل يدبيد والفضل ربوا والفضة بالفضة مثل بمثل يدبيد والفضل ربوا وهكذا قال الى آخر الستة وكذا ما روى محمد في كتاب الصرف باسناده الى عبادة بن الصامت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الذهب بالذهب مثل بمثل يدبيد هكذا الى آخر الاشياء الستة وذكر التمر بعد الملح آخرا وفي رواية ابي داود عن عبادة بن الصامت الذهب بالذهب تبرها وعينها والفضة بالفضة تبرها وعينها الى ان قال فلا باس ببيع الذهب بالفضة والفضة اكثر يدبيد وانما نسيئة فلا ولا باس ببيع البر بالشعير والشعير اكثر يدبيد واما النسيئة فلا انتهى ومعلوم ان الجواز في بيع الذهب بالفضة والبر بالشعير لا يقتصر على زيادة الفضة والشعير بل لو كان الزائد الذهب والبر جاز ولكن ذلك محمول على ما هو المتعارف من تفضيل الذهب على الفضة والبر على الشعير **قوله** والحكم يعني حرمة الربوا ووجوب التسوية معلول باجماع القائسين اي القائلين بوجوب القياس عند تحقق علته بخلاف الظاهرية وكذا عثمان البتي فان عندهم حكم الربوا مقتصر على الاشياء الستة المنصوصة المتقدم ذكرها اما الظاهرية فلانهم ينفون القياس واما عثمان البتي فلانه يشترط في القياس ان يتعقل ويدخل كل اصل انه معلول ولم يظهر له هنا ولانه يبطل العدد ولا يجوز كما في قوله خمس من الفواسق قلنا تعليق الحكم بالمشتق كالطعام في قوله لا تبيعوا الصاع بالصاعين كما سياتي عند الشافعي دليل وسنقيم عليه الدليل واما ابطال العدد فهو بناء على اعتبار مفهوم المخالفة وهو ممنوع ولو سلم فالقياس مقدم عليه باتفاق القائلين به والابطال الممنوع هو الابطال بالنقض اما بالزيادة بالعلة فلا وتخصيص هذه الستة بالذكر لان جملة المعاملات الكائنة يومئذ بين المسلمين كان فيها وممن نقل عنه قصر حكم الربوا على الستة ابن عقيل من الحنابلة وهو ايضا ماثور عن قتادة وطاوس قيل فالخرم قوله باجماع القائسين **قوله** لكن العلة عندنا ما ذكرناه يعني القدر والجنس فعند اجتماعهما يحرم التفاضل والنساء واحدا منفردا ويحرم النساء بحلول احدهما كما سياتي وعند الشافعية الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص من الحرمة وهي اعني الحرمة الاصل وعند مالك العلة الاقتيات والادخار وكل ما يقتات او يدخر فهو ربوي وما لا فلا لانه عم خص البر وما ذكر معه ليفيد بكل معنى ظاهر فيه فنبه بالبر على مقتات تعم الحاجة اليه وتقوم الابدان به والشعير يشاركه فيه مع كونه علفا وقوتا لبعض الناس عند الاضطرار فيلحق به الذرة ونحوها ونبه بالتمر على كل حلاوة مدخر غالبا كالعسل والسكر والزبيب والملح على ان ما صلح المقتات من المأكولات فهو في حكمها فيلحق الارز بر وما في معناها والذهب والفضة معللان بعلة قاصرة عندهم وهي كونهما قيم الاشياء واصول الاثمان وقال الشافعي رحمه الله في القديم العلة الطعم مع الكيل او الوزن وفي الجديد هي الطعم فقط في الاربعة والثمنية في النقدين ومنهم من يجعلها عينهما والتعدي الى الفلوس الرابحة وجه الصحيح انه لا ربوا فيه لانتفاء الثمنية الغالبة وهو قول احمد في رواية والجنسية شرط حمل العلة وعن هذا يحرم الجنس بانفراده يحرم شيأ وعلى الجديد يحرم الربوا في المار وجه قوله صلى الله عليه وسلم الطعام بالطعام مثلا بمثل رواه مسلم والطعام مشتق من الطعم وكان مبدأ الاشتقاق علة روى لا تبيعوا الطعام الخ فافاد ان الحرمة اصل والمساواة مخلص منها اذ لو اقتصر على لا تبيعوا الا بجزء بيع احدهما بالآخر مطلقا فلما ثبت المساوات كانت الحرمة ثابتة لانها هي الاصل فاستفيد بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين والبيضة بالبيضتين والتعليل بالقدر يقتضي تخصيص هذا النص او تجوز الحفنة بالحفنتين وهذا الطريق يفيد انها علة منصوصة فلو اخذنا في استنباط علة ادانا الى هذه العلة ايضا ووجهه انه نص على شرطي التقابض والتماثل وهذا الاشتراط يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح فوجب تعليله بعلة توجب العزة والخطر وفي الطعم ذلك لتعلق بقاء النفوس به والثمنية التي بها يتوصل الى تحصيل العوض التي بها حصول المقاصد الاصلية من بقاء النفس وغيرها من حصول الشهوات ولا اثر للجنسية والقدر في ذلك اي

والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار شرعي الذات الجنسية لتسوي المعنى فبظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربوا لان الربوا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا اولان سد باب البياعات اوتوله عليه السلام جيدها ورديها سواء وهو الشعير بالشعير مثلا بمثل يدا بيد من غير تفاضل والسبيل سبيل الاطلاق بالبلغ الوجوه دون التضييق فيه فلا حتياج بالذرة اذا ثبت هذا القول اذا باع المكيل او الموزون بجنسه مثلا بمثل جاز البيع فيه لوجود شرط الجواز وهو المماثلة في المعيار الا ترى الى ما يروى مكان قوله مثلا بمثل كيلا بكيل وفي الذهب بالذهب وزنا بوزن ان تفاضلا لم يضر التفاضل الربوا ولا يجوز بيع الجيد بالردي مما فيه الربوا الا مثلا بمثل لاهدار التفاوت الوصف ويجوز بيع الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير متماثلين لان المساواة بالمعيار ولم يوجد لتم يتحقق الفضل فلم كان مضمونا بالقيمة عندنا لا تلافه وعند الشافعي رحمه الله لعلة الطعم لا يحل قفيز بقفيزين ولا درهم بدرهمين ولا قفيز بدرهم الى اجل لانه ربوا الفضل او النساء وهو ما قلنا ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق ولا بالنخالة ولا بالردة ولا بالهريسة ولا بالخبز ولا بالعجين ولا بالسمن ولا بالزيت ولا بالشيرج ولا بالاهالي ولا بالخل ولا بالعنب ولا بالزبيب ولا بالتمر ولا بالكمثرى ولا بالخوخ ولا بالاجاص ولا بالمشمش ولا بالتفاح ولا بالسفرجل ولا بالرمان ولا بالقثاء ولا بالبطيخ ولا بالباذنجان ولا بالجوز ولا باللوز ولا بالبيض ولا بالجبن ولا بالاترج ولا بالنارنج ولا بالليمون ولا بالسكباج ولا بالخردل ولا بالثوم ولا بالبصل ولا بالكراث ولا بالتوابل ولا بالادوية ولا بالعصفر ولا بالكسفر ولا بالقرطم ولا بالسمسم ولا بالفستق ولا بالبطم ولا بالحلبة ولا بالكمون ولا بالكزبرة ولا بالشونيز ولا بالخشخاش ولا بالقرع ولا بالدلع ولا بالقصب ولا بالبقل ولا بالتبن ولا بالقت ولا بالعلف ولا بالحشيش ولا بالحطب ولا بالفحم ولا بالجمر ولا بالرماد ولا بالنورة ولا بالزرنيخ ولا بالكحل ولا بالزاج ولا بالشب ولا بالملح ولا بالطين الارمني ولا بالطين الخراساني ولا بالطين الموصلي ولا بالطين المختوم ولا بالطين الحر ولا بالطين الاحمر ولا بالطين الابيض ولا بالطين الاسود ولا بالطين الاخضر ولا بالطين الاصفر ولا بالطين الازرق ولا بالطين الاغبر ولا بالطين الاسكندراني ولا بالطين الاسواني ولا بالطين الاسيوطي ولا بالطين الاقليدي ولا بالطين الاندلسي ولا بالطين الاشبيلي ولا بالطين الاقرطبي ولا بالطين الاغرناطي ولا بالطين الاطليطلي ولا بالطين الاشبوني ولا بالطين الاقرطبي ولا بالطين الاغرناطي ولا بالطين الاطليطلي ولا بالطين الاشبوني

في اظهار العزة والخطر فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشرط كالرجم مع الاحصان ولنا انه اي النص المشهور اوجب التماثل شرطا للبيع وايجاب المماثلة هو المقصود لسوق الحديث اذ لابد فيه من اضمار لفظ بيعوا حيث انتصب مثلا اي بيعوا هذه الاشياء مثلا بمثل وبهذا تبين ان الاباحة في بيع الاموال الربوية بعضها ببعض ثبت على الاصل وقوله لا تبيعوا الطعام الحديث انما يتصرف النهي الى ما بعد الاتحاد جاز زيد الا ركبا وحاصله الامر بالتسوية عند بيعها ولا شك ان في ايجاب المماثلة تحقيقا لمعنى البيع المبني عن التقابل اذا كان عقد معاوضة فانه يستدعي شيئين كما ان المماثلة تستدعي شيئين وكذا تحقق معناه بالتماثل فان كلا منهما مساو للآخر في كونه مستدعي العقد فسوى بينهما في المماثلة عند اتحاد الجنس في القدر ليتم معنى البيع له واوجب المماثلة صيانة لاموال الناس عن التوى فانه اذا قوبل بجنسه قابل كل جزء بكل جزء فاذا كان فضل في احدهما صار ذلك الفضل تاويا على مالكه فلقصد صيانة اموال الناس عن التوى اوجب المماثلة بخلاف ما اذا قوبل المال لغير جنسه فانه لا تحقق فيه جزء لم يقابل بجزء من الآخر فلا تحقق للتوى الا عند المقابلة بالجنس مع تحقق الفضل في احد الجنسين ثم من تتميم التماثل المساواة في التقابض فان للحال مزية على المؤخر فايجاب التقابض ايضا لذلك وبه ظهر قصد المبالغة في الصيانة عن التفاوت حفظا عليهم اموالهم والمماثلة بين الشيئين تمامها باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات اي الصورة والجنسية يسوي المعنى فيظهر بذلك الفضل فيتحقق الربوا لان الربوا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه اي في العقد وعلمت ان النحو في المعاوضة لا تحقق الا عند المقابلة بالجنس فلزم ما قلنا من الكيل او الوزن مع الجنس ولم يعتبر في اثبات المماثلة عدم تفاوت الوصف اما لانه لا يعد تفاوتا عرفا وفيه نظر او لان في اعتباره سد باب البياعات وهو الوجه لانه قل ما يخلو عوضان من جنس عن تفاوت ما فلم يعتبر وقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سواء ان صح يقيده والا فهو مفاد من حديث بيع التمر بالجنيب والاجماع عليه وعلة اهداره ما ذكرنا وعند تامل هذا الكلام يتبادر ان المتناظرين لم يتواردا على محل واحد فان الشافعي وكذا مالك عينوا العلة بمعنى الباعث على شرع الحكم وهؤلاء عينوا العلة بمعنى المعرف للحكم فان الكيل يعرف المماثلة فيعرف الجواز وعدمها فيعرف الحرمة فالوجه ان يتحد المحل وذلك بجعلها الطعم والاقتيات الى آخر ما ذكروه عندهم وعندنا هي قصد صيانة اموال الناس وحفظها عليهم وظهور هذا القصد من ايجاب المماثلة في المقدار والتقابض اظهر من ان يخفى على من له ادنى لب فضلا عن فقيه واما الطعم فربما يكون التعليل به من قبيل الوضع لان الطعم مما تشتد الحاجة اليه استدلالا بما والسبيل في مثل ذلك الاطلاق بالبلغ الوجوه دون التضييق فان السنة الالهية جرت في حق جنس الانسان انما كان الحاجة اليه اكثر كان اطلاق الشرع فيه اوسع كالماء والكلاء للدواب فان قال لم الترتيب على المشتق عليه قلنا ذلك بشرط كونه صالحا مناسبا للحكم على انا نمنع ان الطعام مشتق بل هو اسم لبعض الاعيان الخاصة وهو البر والشعير لا يعرف المخاطبون بهذا الخطاب غيره بل التمر وهو غالب ماكولهم لا يسمونه طعاما ولا يفهمونه من لفظ الطعام الا ترى ان مالكا فيما قدمنا اجاز التصرف في كل مبيع قبل القبض سوى الطعام قال لانه صلى الله عليه وسلم خصه بالذكر ولم يرد كل ما يوكل او يشرب من البقل والمال والطين الارمني وهو صحيح لولا دليل آخر عمه والحاقه بالبضع فيه خلل لان البضع مصون شرعا وعرفا وعادة عن الابتذال والاباحة وكان الاشتراط من تحقيق غرض الصيانة بخلاف باقي الاموال فان اصلها الاباحة ويوجد كثيرا منها مباحا حتى الذهب والفضة وانما لزم فيهما العقد بعد تعلق حق انسان به دفعا للمفسدة فوضعها على ضد وضع البضع من الابتذال والامتهان دفعا للحوائج الاصلية فالحاقها به

قال واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه حل التفاضل والنساء لعدم العلة المحرمة والاصل فيه الاباحة واذا وجدا حرم التفاضل والنساء لوجود العلة واذا وجد احدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء لان تسليم هروي بهروي او حنطة في شعير مضمومة دليل الفضل بالوصف فيحرم النساء باحدهما وقال الشافعي رحمه الله الجنس بانفراده لا يحرم النساء لان بالنقدية وعدمها لا يثبت الا شبهة الفضل وحقيقة الفضل غير متحققة فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة اولى ولنا انه مال الربا من وجه نظرا الى القدر او الجنس النقد ارجحيت فضلا في المالية فتحقق شبهة الربا وهي مانعة كالحقيقة الا انه اذا اسلم النقد في الزعفران ونحوه يجوز وان جمعهما الوزن لانهما لا يتفقان في صفة الوزن فان الزعفران يوزن بالامناء وهو ممن يتعين بالتعيين والنقد توزن بالسنجات وهو ممن لا يتعين بالتعيين

صحيح الا انهم لما حصروا المعرف في الكيل والوزن اجاز وا بيع ما لا يدخل تحت الكيل مجازفة فاجاز وا بيع التفاحتين والحفنة من البر بحفنتين لعدم وجود المعيار المعرف للمساواة ولم تتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف لا بالمثل وهذا في غير الجوز من العددي المتقارب اما فيه فكلام فخر الاسلام ان الجوزة مثل الجوزة في ضمان العدوان وكذا التمرة بالتمرة لا في حكم الربا لان الجوزة ليس مثلا الجوزة لعدم دليل المماثلة ولوجود التفاوت الا ان الناس اهدروا التفاوت فقيل في حقهم وهو ضمان العدوان فاما في حق الشرع وهو وجوب التسوية فلا وسئل فخر الاسلام عن قفيز حنطة قفيزان ما دون نصف صاع بالقيمة انه لو غصب حفنة فحفنت عنده ضمن قيمتها فان ابى الا ان ياخذ عينها اخذها ولا شئ له في مقابلة النقصان الذي حصل لها وعند الشافعي لما كانت الحفنة من التفاحتين وقالوا ما دون نصف صاع في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بما دونه نعرف انه لو وضعت مكاييل اصغر من نصف الصاع لا يعتبر التفاضل بها وبهذا اذا لم يبلغ احد البدلين نصف صاع فان بلغ احدهما نصف صاع لم يجز حتى لا يجوز بيع نصف صاع حنطة فقفيز حنطة وفي جميع التفاريق قيل لا رواية في حنطة لقفيز دقيق والصحيح ثبوت الربا ولا يمكن الخاطر الى هذا بل يجب بعد التعليل بالقصد الى صيانة اموال الناس تحريم التفاضل بالتفاحتين والحفنة بالحفنتين اما اذا كانت مكاييل اصغر منها كما في ديارنا من وضع ربع القدح وثمن القدح المصري فلا شك كون الشرع لم يقدر بعض المقدرات الشرعية في الواجبات المالية كالكفارة وصدقة الفطر ما قل منه لا يستلزم اهدار المتفاوت المتيقن بل لا يحل بعد تيقن التفاضل مع تيقن تحريم اهداره ولقد اعجب غاية العجب من كتم هذا وروى المعلى عن محمد انه كره التمرة بالتمرتين وقال كل شئ حرم في الكثير والقليل منه حرام ويتفرع على الخلاف ما لو تبايعا مكيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالحبس والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس مع التفاضل على ما قررناه للصيانة وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية هذا ولكن يلزم على التعليل بالصيانة ان لا يجوز بيع عبد بعبدين وبعير ببعيرين وجواز ه مجمع عليه اذا كان حالا فان قيل الصيانة حكمة فيناط بالمعرف لها وهو الكيل والوزن قلنا انما يجب ذلك عند خفاء الحكمة وعدم انضباطها وصون المال ظاهر منضبط فان المماثلة وعدمها محسوس بذلك تعلم الصيانة وعدمها غير ان المذهب يضبط هذه الحكمة بالكيل والوزن تفاديا عن نقضه بالعبد بعبدين وثوب هروي بهرويين وفي الاسرار ما دون الحبة من الذهب والفضة لا قيمة له **قوله** واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه وهو القدر حل التفاضل والنساء كبيع الحنطة بالدراهم او الثياب والهروي بهرويين الى اجل والجوز بالبيض الى اجل لعدم العلة المحرمة وعدم العلة وان كان لا يوجب عدم الحكم لكن اذا انتفت العلة لزم من عدمها العدم لا بمعنى انها تؤثر العدم بل لا يثبت الوجود لعدم العلة الوجود فيبقى عدم الحكم وهو الحرمة فيما نحن فيه على عدم الاصل واذا عدم السبب الحرمة والاصل في البيع مطلقا الاباحة الا ما اخرجه دليل من احاديث كان الثابت الحل واذا وجدا اي الجنس والمعنى المضموم اليه وهو القدر حرم التفاضل والنساء كالشعير بالشعير لا يجوز الا مع التساوي والتقابض لوجود العلة المعرفة للحكم على ما بينا واذا وجد احدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل ان يسلم ثوبا بهرويا في ثوب هروي في صورة اتحاد الجنس مع عدم المضموم اليه من الكيل والوزن لا يجوز وكذا اذا باع عبدا بعبد الى اجل لوجود الجنسية ولو باع العبد بعبدين او الهروي بهرويين حاضرا جاز وحنطة في شعير في صورة اختلاف الجنس مع اتحاد المضموم وهو المستوى وكذا حديد في رصاص ومقتضاه ان لا يجوز فلوس في حين ونحوه في زماننا لانها وزنية محرمة ربا الفضل

وبباع بالنقد موازنة وقبضها قبل الوزن وفي الزعفران ونحوه لا يجوز فاذا اختلفا فيه صورة ومعنى لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة

بالوصفين جميعا وحرمة النساء باحدهما والنساء بالمدليس غير وقال الشافعي الجنس بانفراده لا يحرم شيأ لانه لا دليل عليه والصاحبان الدليل على نفيه وهو ما عن ابن عمر رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم بعث جيشا فامرني ان اشتري بعيرا ببعيرين الى اجل فلا يكون سلما وعن ابن عمر انه باع بعيرا باربعة الى اجل وعن علي رضي الله عنه انه باع بعيرا يقال له عصفور بعشرين بعيرا الى اجل والمعنى ان التباعد في احد البدلين يظهر التفاوت فيه حكما والتفاوت حقيقة اكثر تاثيرا منه حكما فاذا كان التفاوت حقيقة في هذه الاموال بان باع الواحد بالاثنين لا يوثر في منع الجواز بالاتفاق حتى جاز هذا البيع اذا كان حالا اتفاقا فالتفاوت حكما اولى وهذا معنى قول المصنفان بالنقدية الى آخره ولنا انه مال الربوا نظرا الى القدر او الجنس وعرف الى النقدية اوجبت فضلا في المالية حتى تعرف البيع بالحال بالنقص عنه بالمؤجل فيتحقق بوجوده شبهة علة الربوا فتثبت شبهة الربوا وشبهة الربوا مانعة كحقيقة الربوا بالاجماع على منع بيع الاموال الربوية مجازفة وان ظن التساوي وتماثلت الصبرتان في الربوية وليس فيه الا شبهة ثبوت الفضل بل قالوا لو تبايعا مجازفة ثم كيل بعد ذلك فظهر متساويين لم يجز عندنا ايضا خلافا لزفر لان العلم بالمساواة عند العقد شرط الجواز لنهيه صلى الله عليه وسلم عن الربوا والربية وكذا الاتفاق على ان للمجوز بيع الحنطة بالشعير نسيئة يفيد ما ذكرنا والتحقيق ان المعول في ذلك ما تقدم من حديث عبادة بن الصامت مما اخرجه الستة الا البخاري من قوله في آخر الحديث فاذا اختلفت هذه الاوصاف فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد فالزم التقابض عند الاختلاف وهو تحريم النسيئة وكذا ما تقدم من رواية ابي داود من قوله صلى الله عليه وسلم ولا باس ببيع البر بالشعير والشعير اكثرهما يدا بيد واما النسيئة فلا واخرج ابو داود ايضا قال حدثنا موسى بن اسماعيل ثنا حماد عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة فقام دليلا على ان وجود احد جزئي علة الربوا علة لتحريم النساء ثم علمنا بان فيه شبهة الربوا اعني الفضل وانما قلنا هذا لان مقتضى ما ذكرنا من ان للشبهة حكم الحقيقة ان يحرم باحد الوصفين التفاضل ايضا لان شبهة العلة حكم العلة فتثبت بشبهة حكم العلة وحكم العلة هو حرمة التفاضل والنساء فثبت فيهما ثم تقدم هذا الحديث على حديث البعيرين لانه مجرم وذلك مبيح ويجمع بينهما بان ذلك كان قبل تحريم الربوا ولما كان مقتضى ما ذكرنا ان لا يجوز اسلام المقدرات من الدراهم والدنانير في الزعفران ونحوه وفي سائر الموزونات كالقطن والحديد والنحاس وهو جائز بالاجماع اجاب بالفرق بان الوزن في النقود وتلك الاموال مختلف فانه في النقود بالمثاقيل والدراهم الصنجيات وفي الزعفران بالاسنار والقبان وهذا اختلاف في الصورة بينهما واختلاف آخر معنوي وهو ان النقود لا تتعين بالتعيين والزعفران وغيره يتعين وآخر حكمي وهو انه لو باع النقود موازنة وقبضها كان له ان يبيعها قبل الوزن وتفسيره لو اشترى دراهم او دنانير موازنة فوزنها البائع بغيبة المشتري وسلمها فقبضها جاز له ان يتصرف فيها قبل وزنها ثانيا وفي الزعفران ونحوه يشترط اعادة الوزن في مثله فاذا اختلفا اي النقود والزعفران ونحوه فيه اي في الوزن صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة وقوله صورة ومعنى وحكما نشر مرتب بعد اللف ولا يخفى ان التعيين بالتعيين وعدمه لا يتعلق بالوزن وليس الاختلاف باعتبار واختلاف في معنى الوزن وكذا الاول بان الزعفران والمسك والزبادي يوزن في الصنجات ايضا وكذا الاخير بل لا فرق بين النقود غيرها وفي ذلك وقوله وفي الزعفران واشباهه لا يجوز ان اراد انه بعد ما اثرنه من بائعه وقبضه ليس له ان يبيعه حتى يعيد الوزن ممنوع بل له ان يبيعه موازنة من آخر ثم يلزم بعد هذا البيع ان يزنه الآخر لتسليمه اليه ليصح تصرف الآخر فيه وكذا القول في الدراهم اذا قبضها واما ان يقال فباع العبد بالدراهم حتى كانت ثمنا او بها لا ان يتصرف فيها

قال وكل شيء نص رسول الله عليه السلام على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل ابدا وان ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون ابدا وان ترك الناس الوزن فيه مثل الذهب والفضة لان النص اقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لانها دالة وعن ابي يوسف انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك لكان العادة فكانت هي المنظور اليها وقد تبدلت فعلى هذا الرباع الحنطة بجنسها متساويا وزنا او الذهب بجنسه متماثلا كيلا لا يجوز عندهما وان تعارفوا ذلك لقوله عليه السلام الفضل على ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة الا انه يجوز الاسلام في الحنطة وهو وزنا لوجود الاسلام في معلوم

قبل قبضهما بخلاف الزعفران لانه مبيع وذلك ثمن ويجوز التصرف في الثمن قبل قبضه بخلاف المبيع وعلى تقدير هذا الاختلاف الحكمي واحد فلا يوجب اعتباره غير مشارك له في اصل الوزن وهذا ضعيف جدا فالوجه في هذا ان يضاف تحريم الجنس بانفراده الى السمع كما ذكرنا ويلحق تأثير الكيل والوزن بانفراده ثم يستثنى اسلام النقود في الموزونات بالاجماع كيلا بنيف اكثر ابواب السلم وسائر الموزونات بخلاف النقد لا يجوز ان يسلم في الموزونات وان اختلفت اجناسها كاسلام جديد في قطن او زيت في جبن وغير ذلك الا اذا خرج من ان يكون موزونا ومنعه في الحديد لاتحاد الجنس وكذا يجوز بيع انا من غير النقدين بمثله سبيكا فيما يوزن جاز الا في الحديد لان السيف خرج من ان يكون موزونا ومنعه في الحديد لاتحاد الجنس وكذا يجوز بيع انا من غير النقدين بمثله من جنسه يدا بيد نحاسا كان او حديدا وان كان احدهما اثقل من الآخر بخلاف ما من الذهب والفضة فانه يجري فيه ربا الفضل وان كانت الاتباع موزونا لان صورة الوزن منصوص عليها فيهما فلا يتغير بالصنعة فلا يخرج عن الوزن بالعادة وارد انه ينبغي ان يجوز اسلام الحنطة والشعير في الدراهم والدنانير لاختلاف طريقة الوزن اجيب بان امتناعه لامتناع كون النقد مسلما فيه لان المسلم فيه مبيع وهما متعينان للتمليكية وهل يجوز بيعا قبل ان كان بلفظ البيع يجوز بيعا بثمن مؤجل وان كان بلفظ السلم فقد قيل لا يجوز قال الطحاوي رحمه الله ينبغي ان ينعقد بيعا بثمن مؤجل هذا فاختلاف الجنس يعرف باختلاف الاسم الخاص باختلاف المقصود والحنطة والشعير جنسان عندنا وعند الشافعي رحمه الله وقال مالك جنس واحد حتى لا يجوز بيع احدهما بالآخر متفاضلا لان اسم الطعام يقع عليهما قلنا بل جنسان لانهما مختلفان اسما ومعنى وافراد كل من الآخر في قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير يدل على انهما جنسان والا قال الطعام بالطعام وكون اسم الاعم يصح اطلاقه على الاخص لا يوجب ان جميع ما يصدق عليه يكون متماثلا كما لا يخفى ان يطلق على امور متباينة بالاشتراك كالانسان والفرس ولم يلزم من ذلك ان يكون جنسا واحدا بالمعنى الفقهي والثوب الهروي والمروي وهو بسكون الراء جنسان لاختلاف الصنعة وقوام الثوب بهما وكذا المروي المنسوج ببغداد وخراسان والبساط الارمني والطاقاني جنسان والتمر كله جنس واحد والحديد والرصاص وما اشبهه جنس وكذا غزل الصوف والشعر ولحم البقر والضان والمعز والالية واللحم وشحم البطن اجناس ودهن البنفسج والخيري جنسان والادهان المتخذة اصولها اجناس ولا يجوز بيع رطل زيت غير مطبوخ برطل مطبوخ مطيب لان الطيب زيادة قوله وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل ابدا وان ترك الناس الكيل فيه حتى لا يجوز بيعه وزنا وان تماثلا في الوزن الا ان علم انهما متماثلان في الكيل ايضا وكل نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون ابدا مثل الذهب والفضة لان النص اقوى من العرف لان العرف جاز ان يكون على باطل كتعارف اهل زماننا في اخراج الشمع والسمسم الى المقابر ليالي العيد والنص لبعد ثبوته لا يحتمل ان يكون على باطل ولان حجية العرف على الذين تعارفوه والنص حجة على الكل فهو اقوى ولان العرف انما صار حجة بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وفي المجتبى ثبت بهذا ان بالتعامل ترك اكثر ابواب السلم وسائر الموزونات بخلاف النقد لا يجوز ان يسلم في الموزونات وان اختلفت اجناسها كاسلام جديد في قطن او زيت في جبن وغير ذلك الا اذا خرج من ان يكون موزونا بالصنعة الا في الذهب والفضة ولو اسلم سيف

قال وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني معناه ما يباع بالاواقي لانها قدرت بطرق الوزن حتى يعتبر ما يباع بها وزنا بخلاف سائر المكاييل اذا كان موزونا فلو بيع بكيال لا يعتبر حاذقه بكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة

كان في ذلك الوقت الا لان العادة واذ ذاك بذلك وقد تبدلت فتبدل الحكم واجيب بان تقريره صلى الله عليه وسلم اياهم على ما تعارفوا من ذلك بمنزلة النص منه عليه فلا يتغير بالعرف لان العرف ما يعارض النص كما ذكرناه اتفاقا ذا وجه ولا يخفى ان هذا لا يلزم ابا يوسف لان قصارارة انه كنص على ذلك وهو يقول يصار الى العرف الطارئ بعد النص بنا ء على ان تغير العادة يستلزم تغير النص حتى لو كان صلى الله عليه وسلم حيا نص عليه على ان الراوي اذكر انا في سنية التراويح مع انه صلى الله عليه وسلم لم يواظب عليه بل فعله مرة ثم ترك لكن لما بين عذر خشية الافتراض حكم بالسنية مع عدم المواظبة لانا نسلم بعد تسليم النسخ تحكيمنا بالسنية وكذا هذا لو تغيرت تلك العادة التي كان النص باعتبارها الى عادة اخرى تغير النص والله اعلم فعلى هذا الوباع الحنطة بجنسها متساويا وزنا والذهب بجنسه متماثلا كيلا لا يجوز عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد ان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل لو كان بالمبيع المنصوص عليه كما لو باع مجازفة فانه لا يجوز لتوهم الفضل في احدهما وقوله الا انه الى آخره استثناء على قولهما من قوله فهو كيل ابدا اي يلزم ان يتصرف فيه بالكيل ابدا فهو بعمومه يمنع السلم في الحنطة ونحوها وزنا فاستثناه وقال يجوز وذلك لان المصحح فيه كونه المسلم فيه معلوما على وجه لا يكون منهيا فيه نزاع وذلك يتحقق باتفاقهما على الوزن بخلاف بيعها بجنسها فان المصحح هناك التماثل بالمساوي الشرعي المتعين فلم يكن ذلك المساوي التحق بالجزاف فلا يجوز وهذا مختار الطحاوي وروى الحسن عن اصحابنا انه لا يجوز لانها كيل بالنص والحاصل ان فيه روايتين والفتوى على الاول وقد عرفت الفرق وقوله في الكافي الفتوى على عادة الناس لقضي انهم لو اعتادوا ان يسلموا فيها كيلا فاسلم وزنا لا يجوز ولا ينبغي ذلك بل اذا اتفقا على سعر كيل او وزن ينبغي ان يجوز لوجود المصحح وانتفاء المانع وفي جمع التفاريق روي عنهما جواز السلم وزنا في المكيلات وكذا عن ابي يوسف في الموزونات كيلا انه يجوز وكذا الطلقة الطحاوي فقال لا باس بالسلم في المكيل وزنا وفي الموزون كيلا هذا المعنى الذي ذكره فرق بين المكيلي نصا والوزني عادة وقلبه فانا الوزني نص عليه نصا وعادة كما في انائين من جنس واحد حديدا وذهب او فضة احدهما اكثر وزنا من الآخر ففي الانائين من غير النقدين يجوز بيع احدهما بالآخر اذا كانت العادة ان لا يباعا وزنا لانه عددي متقارب وفي اواني الذهب والفضة لا يجوز فانه يجري فيها ربا الفضل وان كانت لا تباع وزنا في العادة فان الوزن في الذهب والفضة منصوص عليه فلا تغير للصنعة بالعادة واما في الحديد ونحوه فالوزن فيه ثابت بالعرف فيخرج بالصنعة ايضا من ان يكون موزونا بالعرف

قوله وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني هذا في التحقيق تفسير لبعض الفاظ ربما ينسب اليها المبيع بلفظ يقدر ولم يشتهر فيها انها اسم يرجع الى الوزن كما اشتهر في المن والقنطار او الى المكيل كما في الصاع والمد فلا يدري هذه الاسماء من قبيل الوزن فيجري حكم الوزن على المبيع او المكيل فيجري عليه حكم الكيلي وذلك كاسم الرطل وهو بفتح الراء وكسرها والاوقية فافاد ان المنسوب اليها من المبيعات موزني فيجري عليه ذلك فلو بيع ما ينسب الى الرطل والاوقية كيلا بكيل متساويين يعرف قدرهما كيلا ولا يعرف وزن ما يحلها لا يجوز لاحتمال عدم تساويهما في الوزن فيكون بيع الجزاف ولو تبايعا كيلا متفاضلا وهما متساويان الوزن صح وليس قولنا لاحتمال عدم تساويهما وزنا لافادة انه لو ظهر تساويهما وزنا يجوز فانا قد بينا ان اموال الربا لو بيعت مجازفة ثم ظهر تساويهما لا يجوز خلافا لزفر وقول الشافعي كقولنا بل لافادة انه لو علم تساويهما فيما يجب نسبتهما اليه من المكيل والوزن كان جائزا ثم الرطل والاوقية مختلف فيهما عرف الامصار ويختلف في المصر الواحد من المبيعات فالرطل الآن بالاسكندرية وزن ثمانمائة وهم واثنى عشر درهما وزن كل عشرة وسبعة مثاقيل في مصر ثمانية واربعون درهما وفي الشام اكثر من ذلك فهو اربعمائة اسقاله وفي حلب اكثر من ذلك

قال وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس لقوله عليه السلام الفضة بالفضة هاء وهاء معناه يد بيد وسنبين الفقه في الصرف ان شاء الله **قال** وما سواه مما فيه الربوا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض خلافا للشافعي في بيع الطعام بالطعام له قوله عليه السلام في الحديث المعروف يدا بيد ولانه اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية فيتحقق شبهة الربوا وقلنا انه مبيع معين فلا يشترط فيه القبض كالثوب وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف ويترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لان القبض فيه ليتعين به ومعنى قوله عليه السلام يدا بيد عينا بعين كذا رواه عبادة بن الصامت وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا في المال حرفا بحرف الثوب

وفي تفسير ابي عبيد الرطل بانه مائة وثمانية وعشرون تفسير للرطل العراقي الذي قدر به الفقهاء كيل صدقة الفطر وغيرها من الكفارات ثم في الاكيدة الرطل المذكور بغير الكمثرى مائتا درهم بوزن سبعة وكل رطل في عرف اهل مصر والشام واقطارها اثنى عشر اوقية وباقي اشهر اوقية بغير اشهر اوقية فيجتمع لا يشكل اختلاف كمية الاوقية باختلاف الرطل وفي زمنه صلى الله عليه وسلم كانت اربعين درهما فالاوقية عشرة دراهم كما ذكرنا وفي نحو المسك والزعفران عشرة والحاصل ان هذه الاسماء مع اسماء اخر توقيفية من جهة الاصطلاح تعرف بالاستكشاف والسؤال فيعرف الحال وقوله بكيال لا يعرف وزنه الخ عرف تقريره

قوله وعقد الصرف اذا وقع على جنس الاثمان ذهبا وفضة بجنسه او بغير جنسه فان كان بجنسه اشترط فيه التساوي والتقابض قبل التفرق الابدان وان اختلف المجلس حتى لو عقدا عقد الصرف وشيا فرسخا ثم تقابضا وافترقا صح وان لا يكون به خيار وكذا السلم والاجل كذا ذكره وهو مستدرك لان اشتراط التقابض يفيده ولو اسقط الخيار والاجل في المجلس عاد صحيحا خلافا لزفر فان كان بخلاف جنسه كالذهب بالفضة اشترط ما سوى التساوي واستدل على اشتراط التقابض بقوله صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة ربوا الا هاء وهاء وروى ابن ابي شيبة في حديث ابن عمر رضي الله عنه عرم الذهب بالذهب ربوا الا هاء وهاء والورق بالورق ربوا الا هاء وهاء والبر بالبر ربوا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربوا الا هاء وهاء والتمر بالتمر ربوا الا هاء وهاء ورواه اصحاب الكتب الستة الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء والبر بالبر الخ وهاء وهاء ممدودة من هاء الف وهمزة يوزن باع مبني على الفتح ومعناه خذ يعني هو ربوا الا في القبول كل منهما خذ لصاحبه ومنه هاؤم اقرؤا كتابيه وفسره بانه يعني يدا بيد في الحديث المتقدم ثم قال وما سواه اي ما سوى عقد الصرف مما فيه الربوا من بيع الاموال الربوية بجنسها او بخلاف الجنس يشترط فيه التقابض يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض فلو افترقا بعد تعيين البدلين عن غير قبض جاز عندنا خلافا للشافعي في بيع الطعام اي كل مطعوم حنطة او شعيرا ولحم او فاكهة فانه يشترط فيه التقابض لقوله صلى الله عليه وسلم يدا بيد ولانه ح وقع التعاقب في القبض وللنقد مزية فيكون كالمؤجل او يحصل التفاوت في البدلين ولنا انه مبيع معين فلا يشترط في صحته بيعه القبض كالثوب بالثوب والعبد بالعبد ونحو ذلك وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا حاجة الى اشتراط شرط آخر وهو القبض بخلاف الصرف لان التعيين لا يحصل فيه الا بالقبض فان الدراهم والدنانير لا تتعين مملوكة بالعقد الا بالقبض قال ومعنى قوله يدا بيد عينا بعين وكذا رواه عبادة بن الصامت تقدم رواية عبادة بن الصامت يدا بيد وله رواية اخرى عند مسلم عينا بعين ولفظ في مسلم سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح الاسواء بسواء عينا بعين فمن زاد او ازداد فقد اربى وفيه قصته وقوله يقع التعاقب فيحصل التفاوت ممنوع بل هذا القدر مهدر لا يعد زيادة ما لم يذكر الاجل وقد استشكل بانه استدل بقوله يدا بيد على اشتراط التقابض قبل الافتراق في الصرف ثم استدل به هنا على ان الشرط التعيين لا التقابض فيكون تعميما للمشترك او للحقيقة في المجاز والجواب انه فسر ربا يدا بيد وفسر يدا بيد بالتعيين لرواية عينا بعين واستدلاله به على التقابض في الصرف لا بنفيه لان الاستدلال به هناك انما هو على التعيين ايضا لكن لما كان التعيين هناك بالتقابض في الصرف لانه بنفيه لان الاستدلال لا يكون الا بغيره ولما علمنا انها لا تتعين الا بالقبض كان الاستدلال بها عليه استدلالا عليه لكن ينبغي ان يقال حمل يدا بيد على معنى عينا بعين ليس اولى من قلبه واجيب عنه بان رواية عينا بعين تفسير للمجمل لان يدا بيد يحتمل معنيين فهي تفسير له ولو كان المراد منه القبض لم يبق لقوله عينا بعين فائدة لانه يحصل بالقبض ضرورة فلزم ان عينا بعين تفسير ليدا بيد ولقائل ان يدفعه بمنع الاجمال بل هو

قال ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين لانعدام المعيار فلا يتحقق الربوا والشافعي رحمه الله يخالفنا فيه لوجود الطعم على ما مر

قال ويجوز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما عند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز لان التثنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقيت اثنانا لا تتعين فصار كما اذا كانا بغير اعيانهما ولابي حنيفة رحمه الله ان التثنية في حقهما ثبتت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما واذا ابطلت التثنية تتعين بالتعيين ولا يعود زيفا لبقاء الاصطلاح على العدد اذ في نقضه في حق العدد فساد العقد فصار كالجوزتين بخلاف النقود لانها للتثنية خلقة وبخلاف ما اذا كانا بغير اعيانهما لانه كالئ بالكالئ قد نهي عنه بخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النساء

ظاهر في التقابض فيجب ان يحمل عينا بعين عليه لان القبض اخص من التعيين وكل قبض يتضمن تعيينا وليس كل تعيين قبضا وباب الربوا باب احتياط فيجب ان تحمل العينية على القبض ويؤيده فهم عمر رضي الله عنه كذلك في الصحيحين ان مالك بن اوس اصطرف من طلحة بن عبيد الله صرفا بيمانه وبيناقد طلحة الذهب يقلبها في يده ثم قال حتى يأتي خازني من الغابة وعمر يسمع ذلك فقال والله لا تفارقه حتى تأخذ منه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء والبر بالبر ربوا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربوا الا هاء وهاء والتمر بالتمر ربوا الا هاء وهاء وبهذا استدل ابن الجوزي على اشتراط التقابض على ابي حنيفة وكيف يعني هاء خذ وهو من اسماء الافعال وبنيت هاء وهم اقروا كتابته وقال قائل تمزج ان من بعضها الصغار ثم تقول من بعيدها واما النقل من قياس الشافعي على الصرف في اشتراط التقابض فدفع بان الاسم يبنى هناك عن صرف كل الى الآخر ما في يده والمعاني الفقهية تعطف على الاسماء الشرعية وليس في الفرع ذلك الا انه لا حاجة له اليه فان الدليل السمعي على الوجه الذي قرناه يستقل بمطلوبه **قوله** ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمر بالتمرتين الخ ومبنى ذلك سبق وهو ظاهر غير ان ذلك كله مشروط بكونه يدا بيد وهي من مسائل الجامع الصغير صورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في بيع بيضة ببيضتين وجوزة بجوزتين وفلس بفلسين او تمرة بتمرتين يدا بيد جازا ذا كان بعينه وليس كلاهما ولا احدهما دينا وصورة الرابع ان يبيع فلسا بغير عينه بفلسين بغير عينهما لا يجوز لان الفلوس الرائجة اموال متساوية قطعا لاصطلاح الناس على سقوط قيمة الجوزة منها فيكون احدهما فضلا خاليا مشروطا في العقد وهو الربوا وان بيع فلسا بعينه بفلسين بغير عينهما لا يجوز والامسك البائع الفلس المعين وطالبه بفلس آخر او سلم الفلس المعين وقبضه بعينه منه مع فلس آخر لاستحقاقه فلسين في ذمته ويرجع اليه عين ماله وبقي الفلس الآخر خاليا عن العوض وكذا لو باع فلسين باعيانهما بفلس بغير عينه لانه لو جاز لقبض المشتري الفلسين ودفع اليه احدهما مكان ما استوجب عليه فبقي الآخر فضلا بلا عوض استحق بعقد البيع وهذا على تقدير ان رضي بتسليم المبيع قبل قبض الثمن والرابع ان يبيع فلسا بعينه بفلسين بعينهما فيجوز خلافا لمحمد وحاصله ان الفلس لا يتعين بالتعيين ما دام رائجا عند محمد وعندهما يتعين حتى لو هلك احدهما قبل القبض بطل العقد وجه قول محمد ان التثنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقيت اثنانا لا تتعين فصار كما لو كانا بغير عينهما وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما ان التثنية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما واذا بطلت التثنية تثبت بالتعيين بصير وزنا عروضا اعترض عليه بان الفلوس اذا كسدت باصطلاح الكل لا يكون ثمنا باصطلاح المتعاقدين فيجب ان لا تصير عروضا باصطلاح المتعاقدين مع اتفاق من سواهما على تثنيتها اجيب بان الفلوس في الاصل عروض فاصطلاحهما على التثنية بعد الكساد كان على خلاف الاصل فلا يجوز ان يصير ثمنا باصطلاحهما لوقوع اصطلاحهما على خلاف الاصل وخلاف الناس واما اذا اصطلحا على كونها عروضا فهو على الاصل فيجوز وان كان من سواهما على التثنية وقوله ولا يعود زيفا وان صار عروضا جواب عما يقال يلزم ان لا يجوز بيع فلس بفلسين لانه بيع قطعة نحاس بقطعتين بغير وزن فاجاب بان الاصطلاح كان على امرين التثنية والعددية واصطلاحهما على اهدار تثنيتها لا يستلزم اهدار العددية فانه لا تلازم بين عدم التثنية وعدم العددية بعد ثبوت التثنية مع عدم العددية كالنقدين والعددية مع عدم التثنية كالجوز والبيض بخلاف الدرهم بالدرهمين لان النقود التثنية خلقة بخلاف ما اذا كانا بغير عينهما لانه بيع الكالئ بالكالئ وقد نهي عنه ولا يخفى ضعف قوله لان الجنس بانفراده يحرم النساء وانما يتم لو كان كون المبيع او الثمن بغير عينه يستلزم النسيئة وليس كذلك الا ترى ان البيع بالنقود بيع بالعين وليس بنسيئة ويكون مع ذلك حالا فكونه بغير عينه ليس معنا ونسيئة وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النساء والكالئ بالكالئ قال ابو عبيدة هو النسيئة بالنسيئة و

قال ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق لان المجانسة باقية من وجه لانهما من اجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل لكن الكيل غير مسوٍ بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا لتحقق الشرط وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله متفاضلا ولا متساويا لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع احدهما لقيام المجانسة من وجه عندهما يجوز لانهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود والتغذي يشملهما وابي ابو يوسف كالمقلية مع غير المقلية والحكمة بالسوية

وفي الفائق كلا الدين بالرفع كلوا فهو كالى اذا ماخر قال لشاعر عرضت وعينه كالكالى الضمان يهجو رجلا يريد يعينه عطيته الحاضرة كالمتاخر الذي لا يرجى وسنه كلا الله بك كلا العمر اي اكثر تاخيرا وتكلات كلا راى استنسأت نسيئة وحديث النهي عن الكالى بالكالى رواه ابن ابي شيبة واسحق بن راهويه والبزار في مسانيدهم من حديث موسى بن عبيدة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يباع كالى بكالئ وضعف احمد بن موسى بن عبيدة فقيل له ان شعبة يروي عنه فقال لو راى شعبة ما راينا منه لم يرو عنه ورواه عبد الرزاق عن ابراهيم بن ابي يحيى الاسلمي عن عبد الله بن دينار وضعف بالاسلمي ورواه الحاكم والدارقطني عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر وصححه الحاكم على شرط مسلم وغلطهما البيهقي وقال انما هو موسى بن عبيدة الزيدي ورواه الطبراني من حديث رافع بن خديج في حديث طويل وعن كالى بكالئ والحديث لا ينزل عن الحسن بلا شك **قوله** ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق اي وقيقها بوجه من الوجوه ولا بالسويق اي سويق الحنطة لما سويق الشعير فيجوز لان غايته ما يستلزم شبهة التفاضل وحقيقته جائزة لاختلاف الجنس فضلا عن شبهته وانما امتنع لان المجانسة بين الحنطة ودقيقها وان انعدمت اسما وصورة ومعنى موجودة فان المقصود من الحنطة من نحو الهريسة والمغلوة واخراج النشا متحقق في الدقيق منهي باقية من وجه لانها من اجزاء الحنطة وانما لم يقل اجزاؤها لان من اجزائها النخالة ايضا فالحنطة كسرت على اجزاء صغار وذلك لا ينفي المجانسة والمعيار في كل من الحنطة والدقيق والسويق الكيل والكيل لا يوجب التسوية بينهما لان يعارض ذلك التكسير صار تارة اجزاؤها متكسرة فيه اي في الكيل اي متضمة انضماما شديدا والقمح بالكيل ليس كذلك فلا تتحقق المساواة بينهما كيلا بل هو محتمل فصار بيع احدهما بالآخر كيلا كبيع الجزاف لذلك الاحتمال او حرمة الربوا انما كانت متيقنة بالعلم بالمساواة لا فيما لا اعتبار به مثل ان يتيقن كيس في كيل هذه الحنطة لم يتيقن قدره سوا في الاخرى فاذا لم يتحقق العلم بها صارت متيقنة بالضرورة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل متساويا وقولنا قول الشافعي في الاظهر عنه سفيان الثوري واحمد في رواية خلافا لمالك واحمد في اظهر قوليه لان الدقيق نفس الحنطة فرقت اجزاؤها فاشبه بيع حنطة صغيرة حبها بكبيرة حبها وما ذكرناه من عروض الجهل بالمساواة بعروض الطحن يدفعه وبيع النخالة بالدقيق على هذا الخلاف الا ان الشافعي اجازه لان النخالة ليست من اصول الربوا لانها لا تطعم وقولنا المعيار في الحنطة والدقيق في الكيل لا يرد به الا فيما اذا بيع بجنسه اما بالدراهم فيجوز بيع الحنطة وزنا بالدراهم وكذا الدقيق وغير ذلك **قوله** ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا وهو قول احمد وكذا استقراضه كيلا والسلم فيه كيلا ومنع الشافعي بيع الدقيق بالدقيق لانه لا يتعادل في الكيل لانه ينكبس بالكبس فلا يتحقق التساوي في الكيل ونحن نمنع كونه لا يعلم بل يعلم وما يتوهم من التفاوت بالكبس يتوهم مثله في كيل القمح وقد سقط اعتباره وفي الذخيرة عن الامام الفضلي انما يجوز اذا تساويا كيلا اذا كان مكبوسين وهو حسن ولفظ متساويا نصب على الحال ونصب كيلا على التمييز وهو تمييز منسبة مثل تصبب عرقا والاصل تساويا كيلة وفي بيع الدقيق بالدقيق وزنا روايتان وفي المجتبى لم يذكر غير رواية المنع فقال في جنس آخر في الزرع والثمار وفيها ايضا سوا كان احد الدقيقين اخشن واردق وكذا بيع النخالة بالنخالة وفي شرح ابي نصير يجوز بيع الدقيق بالدقيق اذا كانا على حفنة واحدة من النعومة والذي في الخلاصة احسن لاهدار ذلك القدر من زيادة النعومة وبيع الدقيق المنخول بغير المنخول لا يجوز الا مماثلا وبيع النخالة بالدقيق يجوز بطريق الاعتبار عند ابي يوسف بان كانت النخالة الخالصة اكثر من النخالة التي في الدقيق ثم قال المعلى وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز اي لا يجوز بيع الدقيق نوع من الحنطة او الشعير بسويق ذلك النوع عند ابي حنيفة تفاضلا ولا متساويا واما دقيق الحنطة بسويق الشعير وعكسه فلا شك في جوازه وعندهما يجوز بيع الدقيق بالسويق متساويا وتفاضلا لانهما اي دقيق الحنطة وسويقها شتى جنسان وان رجعا الى اصل واحد لاختلاف المقصود واختلا فا كثيرا بعد المعلى والطحن

قال ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد اذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز ان لا اذا كان اللحم المقرز اكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط اذ لولم يكن كذلك يتحقق الربوا من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة اللحم فصار كالحمل بالتسليم وقلنا انه باع الموزون بما ليس بموزون لان الجزران لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة مقداره بالوزن لانه يختلف نفسه مرة ويفصل اخرى بخلاف تلك المسئلة لان الوزن هناك يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين التمر بالوزن التمر

فلان المقاصد من الدقيق شتى ان يصنع خبزا او عصيدة او اطريه وهو شبه الرشتا لا يتاتى من السويق كما ان المقصد بالسويق وهو ان يذاب بالماء ويشرب او يلت بسمن وعسل ويوكل لا يتاتى من الدقيق واذا كانا جنسين جاز بيع احدهما بالآخر متساويا ومتفاضلا وابو حنيفة رح انهما جنسان وله طريقان احدهما ان بيع الحنطة المقلية بالحنطة غير المقلية لا يجوز اتفاقا وذلك ليس الا لاعتبار اتحاد الجنسية وعدم العلم بالتساوي مع مساواة الكيل لاكتناز احدهما فيه دون الآخر والدقيق اجزاء غير المقلية والسويق اجزاء المقلية ولم يزد الدقيق على الحنطة الا بتكسيره بالطحن وكذا الآخر وذلك لا يوجب اختلاف الجنس بعد اتحادهما والشافعي رح عليه اقتصر المصنف ان بيع الحنطة غير المقلية بالسويق لا يجوز وكذا بيع الحنطة المقلية بالدقيق وليس ذلك لاستلزامه ربوا الفضل وربوا الفضل لا يثبت الا مع المجانسة فكانت المجانسة ثابتة بين السويق والحنطة والدقيق اجزاء الحنطة فتثبت المجانسة بين الدقيق والسويق ثم تمتنع العلم بالمساواة فيمتنع البيع مطلقا قولهم اختلف المقاصد وذلك اختلاف الجنس قلنا اعظم المقاصد هي متحدة فيه وهو التغذي فلا يبالي بفوات بعضها الذي هو دون المقصد الاعظم بدليل الحكم باتحاد الجنس في الحنطة المقلية وغير المقلية حتى امتنع بيع احدهما بالاخرى كما ذكرنا وبسبب اتحادهما في ذلك المقصود الاعظم مع فوات ما دونه من المقاصد فان المقلية لا تصلح للزراعة ولا للهريسة ولا للطحن فيتخذ منها خبز وكذا العلكة اي الجيدة السالمة من السوس مع السوسة ومع ذلك جعلا جنسا واحدا غير ان السوسة يجوز بيعها بالعلكة كيلا متساويا والمقلية مع غير المقلية لا يجوز لما ذكرنا من ان الكيل لا يسوي بينهما واما بيع الحنطة المقلية بالمقلية فاختلفوا فيه قيل يجوز اذا تساويا كيلا ذكره في الاسرار وقيل لا وعليه عول في المبسوط ووجهه ان النار قد تاخذ من احدهما اكثر من الآخر والاول اولى وسوسته بكسر الواو وكانها هي سوست اي وخلت السوس فيها قوله ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند ابي حنيفة وابي يوسف سواء كان اللحم من جنس ذلك الحيوان او لا مساويا لما في الحيوان او لا بشرط التعيين اما بالنسيئة فللامتناع المسلم في الحيوان واللحم وفصل محمد فقال ان باعه بلحم غير جنسه كلحم البقر بالشاة الحية ولحم الجزور بالبقرة الحية يجوز كيف ما كان من جنسه كلحم شاة بشاة حية فشرطه ان يكون اللحم المقرز اكثر من اللحم الذي في الشاة ليكون للحم الشاة بمقابلة شحمه من اللحم وباقي اللحم بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربوا اما الزيادة السقط ان كان اللحم المقرز مثل ما في الحيوان من اللحم او لزيادة اللحم ان كان اللحم اقل وما في الشاة فصار كبيع الحمل بالمهلة وهو ان يسلم بسلم لا يجوز الا على ذلك الاعتبار والمراد بالسقط ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالكرش والمعلاق والجلد والاكارع ولو كانت الشاة مذبوحة مسلوخة جاز اذا تساويا وزنا بالاجماع والمراد بالمسلوخة المفصولة من السقط وان كانت بسقطها لا يجوز الا على الاعتبار ولو باع شاة مذبوحة بشاة حية يجوز عند الكل لما عندهما فظاهر لانه لو اشتراها باللحم جاز كيف ما كان فكذلك اذا اشتراها بشاة مذبوحة واما على قول محمد فانما يجوز لانه لحم ولحم وزيادة اللحم في احدهما مع سقطها باذاء السقط وعلى هذا شاتان مذبوحتان غير مسلوختين بشاة مذبوحة لحم تسلخ يجوز لان اللحم بمثله وزيادة لحم الشاة بازاء الجلد ونحوه فالمراد هنا من المسلوخة وغيرها باعتبار الجلد وعدمه وقال مالك والشافعي واحمد رح لا يجوز بيع اللحم بالحيوان اصلا لا بطريق الاعتبار ولا بغيره خلافا للمزني من اصحاب الشافعي فانه قال كقول ابي حنيفة وابي يوسف ولو باعه بلحم غير جنسه كلحم البقر بشاة فقال مالك واحمد يجوز وللشافعي قولان والاصح لا يصح لعموم نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان وجه قول ابي حنيفة وابي يوسف رح في الاطلاق انه باع موزونا بما ليس بموزون فغايته اتحاد الجنس كما قال محمد باعتبار ما في الشحم كالعصير مع العنب واللبن مع السمن لكن اتحاده مع اختلاف المقدوية انما يمنع النساء فقلنا بشرط التعيين و

قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند ابي حنيفة لا وقالا لا يجوز لقوله عليه السلام حين سئل عنه اوينقص اذا جف فقيل نعم فقال فلا اذا وكان الرطب ثم لقوله عليه السلام حين احدى اليه رطبا اوكل تمر خيبر هكذا استماه تمرا وبيع التمر عينا جائز بالاجماع ولانه لو كان ثم اجاز البيع باول الحديث وان كان غير تمر فبآخره وهو قوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ومدار رمادويا على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة

ولا يجوز النساء فيه وانما قلنا ان الحيوان ليس بموزون لانه لا يوزن عادة فليس فيه احد المقدرين اشر عيين الوزن او الكيل لان الحيوان لا يعرف قدر ثقله بالوزن للانه يثقل نفسه ويخفهما فلا يدري بخلاف الدهن والسمسم لان الوزن يعرف قدر الدهن اذا ميز من التجير ثم يوزن التجير بهذا على التنزل ولا فهما على ما قال غير المصنف يعتبر ان لحم الشاة مع الشاة والجمة جنسين اخذا من قوله تع فكسونا العظام لحما ثم انشاناه خلقا آخر اى بعد نفخ الروح فعلم ان الحى مع الجلد جنسان فيجوز بيع احدهما بالآخر من غير اعتبار وانما امتنع النساء لانه ح مسلم وهو لا يجوز كما قدمناه واعلم ان السمع ظاهر فى منع بيع اللحم بالحيوان ومعه ضعيف وقوى ومن القوى ما رواه مالك فى الموطاء وابو داود فى المراسيل عن زيد بن اسلم عن سعيد بن المسيب نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان وفى لفظ نهى عن بيع الحى بالميت ومرسل سعيد حجة بالاتفاق قال ابن خزيمة ثنا احمد بن حنبل الدبلى حدثنى ابراهيم بن طهمان عن الحجاج بن حجاج عن قتادة عن الحسن عن سمرة نحوه قال البيهقى اسناده صحيح ومن اثبت سماع الحسن من السمرة عده موصولا ومن لم يثبته فهو مرسل جيد وانت تعلم ان المرسل عندنا حجة مطلقا واسند الشافعى الى رجل مجهول من اهل المدينة انه صلى الله عليه وسلم نهى ان يباع حى بميت واسند ايضا عن ابى بكر الصديق رض انه نهى عن بيع اللحم بالحيوان ويسنده الى القاسم بن محمد وعروة بن الزبير وابى بكر بن عبد الرحمن انهم كرهوا ذلك وهؤلاء تابعون وحديث ابى بكر رض لعله بالمعنى فان مشائخنا ذكروه عن ابن عباس رض ان جزورا نحر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء اعرابى بعناقه فقال اعطونى بهذه العناق لحما فقال ابو بكر رض لا يصلح هذا وناداه على انه كان من اهل الصدقة فخرج يتصدق به **قوله** ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند ابى حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ومالك رح والشافعى رح واحمد رح لا يجوز فقد تفرد ابو حنيفة بالقول بالجواز واما الرطب بالرطب فيجوز عندنا كيلا متماثلا للجماعة قوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه مالك فى الموطا عن عبد الله بن يزيد مولى الاسود بن سفيان عن زيد بن عياش عن سعد بن ابى وقاص انه سئل عن البيضاء بالسلت فقال سعد ايهما افضل قال البيضاء قال فنهاه عن ذلك وقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسأل عن شراء التمر بالرطب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ينقص الرطب اذا جف قال نعم فنهاه عن ذلك فهذا حكم مبنى فيه على علته وهو كونه ينقص فى احد البدلين فى ثانى الحال عن المساواة من طريق مالك رواه اصحاب السنن الاربعة وقال الترمذى حديث حسن صحيح ولابى حنيفة رض ان الرطب تمر لقوله صلى الله عليه وسلم حين اهدى له رطب او كل تمر خيبر هكذا فسماه اى سمى الرطب تمرا وهذا انما يتم اذا كان المهدى رطبا وليس كذلك بل كان تمرا اخرج الشيخان فى الصحيحين عن ابى سعيد الخدرى وابى هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث اخا بنى عدى الانصارى فاستعمله على خيبر فقدم بتمر جنيب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اكل تمر خيبر هكذا فقال لا والله يا رسول الله انا لناخذ الصاع من هذا بالصاعين من الجمع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تفعلوا ولكن مثلا بمثل او بيعوا هذا واشتروا بثمنه من هذا وكذلك لفظ الميزان لفظ آخر انا لناخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال لا تفعل بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا والجمع اصناف مجموعة من التمر وما ادعاه بعض الخلافيين فيمين خلف لا ياكل تمرا فاكل رطبا انه يحنث فليس كذلك بل المذهب انه لا يحنث لان مبناها على العرف وسنذكره تمامه ثم قال المصنف ولانه ان كان تمرا هذا اللفظ يحكى عن ابى حنيفة انه دخل بغداد وكانوا اشتدوا عليه لمخالفته الخبر فسألوه فقال الرطب ما ان يكون تمرا ولم يكن فان كان تمرا جاز العقد عليه لقوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر وان لم يكن جاز لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فاورد عليه الحديث فقال هذا الحديث دائر على بن عياش وزيد بن عياش ممن لا تقبل احاديثه وابدله المصنف بقوله اضعف عند النقلة

قال وكذلك العنب بالزبيب يعني على هذا الخلاف وقيل لا يجوز بالاتفاق لتعذر الخرص بالخطة المقلية بخلاف الرطب بالتمر لان الرطب يجوز متفاضلا كيلا عند بيع العرايا وكذا بيع الرطب بالرطب يجوز متفاضلا كيلا عند ابي حنيفة والثاني وقالا لا يجوز بيع الرطب بالرطب متفاضلا كيلا لتعذر المساواة واعدل الاحوال وهو التساوي كيلا وابو حنيفة يعتبر في المال وكذا ابو يوسف على ما ذكره الاسبيجابي وجه قولهما ان الرطب يجف فيصير تمرا فيتحقق التساوي كيلا عند الجفاف وجه قول ابي حنيفة ان الرطب لا يجف بنفسه بل بالتجفيف وبه يتفاوت فيختل التساوي كيلا عند الجفاف وجه الفرق بين الرطب بالتمر وبين الرطب بالرطب ان التفاوت في الاول يختل به المقصود لان الرطب لا يتمر غالبا والتمر لا يرطب غالبا فيختل التساوي كيلا عند الجفاف وفي الرطب بالرطب التمر بقاء احدهما على ذلك فيكون التفاوت في عين المقصود فلا يختل التساوي كيلا عند الجفاف وبهذا تبين ان الرطب بالرطب لتفاوت بهذا المعنى ذلك لا يمنع جواز بيع الرطب بالتمر لان التمر لا يرطب غالبا فلا يعتبر التفاوت الذي يؤدي الى الربا بخلاف التمر بالتمر متفاضلا لان التمر قد يرطب غالبا فيعتبر التفاوت الذي يؤدي الى الربا والله اعلم بالصواب قال ولا يجوز بيع الرطب بالرطب ولا العنب بالزبيب متفاضلا لان البسر ليس بتمر لانه لا يؤكل عادة بخلاف الكافري حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر لانه ان كان بواحد لا يؤكل عادة فان هذا الاسم لم يزل عن اول ما انعقد صورته لاجل الكفري عندي متفاوت حتى لو باع التمر بدبسه لا يجوز للجهالة

وغلط بعض الشارحين المتأخرين فقال زيد بن عياش بالمذكور في كتب الحديث زيد ابو عياش وتبع في ذلك الشيخ علاء الدين مغلطاي قال الامام الزيلعي المخرج ليس ذلك بصحيح قال صاحب التنقيح زيد بن عياش ابو عياش الدرقي ويقال الخزومي ويقال مولى بني زهرة المدني ليس به باس وغيره شاكما ذكره ان ابا حنيفة انما قال هو مجهول وقد روته بين كونه تمرا ولابان بها قسما ثالثا وهو كونه من الجنس ولا يجوز بيعه بالآخر كالخطة المقلية بغير المقلية لعدم تسوية الكيل بينهما وكذا الرطب بالتمر لا يساويهما الكيل وانما يساوي في حال اعتدال البابين وهو ان يجف الآخر وابو حنيفة يمنعه ويعتبر التساوي حال العقد وعروض النقص بعد ذلك لا يمنع مع المساواة في الحال اذا كان موجبه امرا خلقيا وهو زيادة الرطوبة بخلاف المقلية بغير ها فانها في الحال يحكم بعدم التساوي لاكتنار احدهما في الكيل بخلاف الآخر تخلخل كثير ورطوبته في ابي عياش ايضا بانه ثقة كما تقدم انفا من قول صاحب التنقيح وايضا روى عنه مالك في الموطا وهو لا يروي عن رجل مجهول وقال المنذري كيف يكون مجهول وقد روى عنه اثنان ثقتان عبد الله بن زيد مولى الاسود بن سفيان وعمران بن ابي انس وهما ممن احتج بهما مسلم في صحيحه وقد عرفه ايمة هذا الشان وقد اخرج حديثه مالك في الموطا مع شدة تحريه في الرجال وقال ابن الجوزي في التحقيق قال الامام ابو حنيفة زيد بن عياش مجهول وان كان هو لم يعرفه فقد عرفه ايمة النقل ثم ذكرنا وقد اجيب ايضا انه بتقدير صحة السند فالراد النهي عنه نسيئة فانه ثبت في حديث ابي عياش هذا زيادة نسيئة اخرجها ابو داود وفي سننه عن يحيى بن ابي كثير عن عبد الله بن يزيد ان ابا عياش اخبره انه سمع سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه يقول نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الرطب بالتمر نسيئة وبهذا اللفظ رواه الحاكم وسكت عنه وكذا رواه الطحاوي في الآثار ورواه الدارقطني وقال اجتماع هؤلاء الاربعة على خلاف ما رواه ابن ابي كثير مما يدل على ضبطهم للحديث يريد بالاربعة مالكا واسمعيل بن امية والضحاك بن عثمان وآخر وانت تعلم ان بعد صحة هذه الزيادة يجب قبولها لان المذهب المختار عند المحدثين قبول زيادة وان كان الاكثر لم يروها الا في زيادة تفرد بها بعض الرواة الحاضرين في مجلس واحد وسلم لا يغفل عن مثلها فانها مردودة على ما كتبناه في تحرير الاصول وما نحن فيه لم يثبت انه زيادة لما في مجلس واحد اجتمعوا فيه فسمع هذا ما لم يسمع المشاركون له في ذلك المجلس بالسماع فما لم يظهر ان الحال كذلك فالاصل انه قال في مجالس ذكر في بعضها ما تركه في آخر والله الموفق لكن يبقى قوله في تلك الرواية الصحيحة ينقص الرطب اذا جف عريا عن الفائدة اذا كان النهي عنه نسيئة وما ذكروا ان فائدته ان الرطب ينقص الى ان يحل الاجل فلا يكون في هذا التصرف منفعة للبيع باعتبار النقصان عند الجفاف فمنعه على طريق الاشتقاق يبقى على اصله ان كان ولي يتيم ولا دليل عليه قوله وكذلك العنب بالزبيب يعني على الخلاف عند ابي حنيفة يجوز مع التساوي كيلا وعندهما لا يجوز وقوله والوجه ما بينا لهما يعني في منع بيع الرطب بالتمر وهو قوله صلى الله عليه وسلم ينقص اذا جف باعتبار اشتماله على اللقمة المنية عليها ولابي حنيفة ان الزبيب اما من جنس العنب فيجوز متساويا او لا فيجوز مطلقا ونقل القدوري في التقريب عن ابي جعفر ان جواز بيع الزبيب بالعنب قولهم جميعا وذكر ابو الحسن ان عندهما لا يجوز الا على الاعتبار وقال المصنف وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالخطة المقلية بغير المقلية فانه لا يجوز البيع لان التلي الكائن بصنع العباد لعدم اللطافة التي كانت الخطة به شبيهة بخلاف التفاوت الحاصل باصل الخلقة كالرطب مع التمر والعنب مع الزبيب لا يعتبر فهذا هو الاصل فصار في بيع العنب بالزبيب اربع روايات لا يجوز اتفاقا ويجوز اتفاقا وهو رواية ابي جعفر على الخلاف وبين رواية الكتاب يجوز عنده وعندهما لا يجوز الا على الاعتبار لان الزبيب موجود في العنب فصار كالزيت بالزيتون والفرق لابي حنيفة على رواية المصنفين المنع بين العنب بالزبيب جواز الرطب بالتمر لان الاستعمال ورد باطلاق اسم التمر على الرطب ولم يرد مثل هذا في الزبيب فافترقا فاما الرطب بالرطب فيجوز متماثلا كيلا وكذا العنب بالعنب يجوز عندنا وبه قال مالك واحمد والمزني خلافا للشافعي وكذا الخلاف في كل تمرة لها حال جفاف كالتين والمشمش والجوز والكمثرى والرمان والاجاص للكل بيع

قال ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج اكثر مما في الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله والزيادة بالتمييز لان عند ذلك يعرى عن الربوا اذ ما فيه من الدهن موزون وهذا لان ما فيه لو كان اكثر مساويا له فالتمييز لبعض الدهن او التمييز وحده فضل ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربوا والشبهة فيه كالحقيقة والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار واختلفوا في القطن بحبه والكسكر باس بالقطن يجوز كيف ما كان بالاجماع

طبه برطبه كما لا يجوز بيع رطبه بيابسه لانه لا يعرف قدر النقصان اذ قد يكون نقصان احدهما اكثر من الآخر وكذا الخلاف في الباقلا الاخضر بمثله لان بين الباقلا من قصار يتفاوت فيمنع تعديل الكيل فكان كبيع الحنطة المقلية بغير المقلية وبيع الحنطة المبلولة بالمبلولة والرطبة بالرطبة والمبلولة باليابسة يجوز كذا بيع التمر المنقع في الماء والزبيب المنقع بالمنقع واليابس منهما يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد في الفصول كلها من بيع الحنطة المبلولة الى هنا والمنقع اسم مفعول من انقع الزبيب في الخابية فهو منقع واصله ان محمدا يعتبر التساوي وهو في اعدل الاحوال وهو المال عند الجفاف كما اشار اليه حديث سعد ولم تنقص في المبلولة والرطبة مع مثلها واليابسة ابيع اليابسة ظاهرا واما المبلولة مع المبلولة فالتفاوت يقع في قدر البلل قال الحلواني في الرواية محفوظة عن محمد ان بيع الحنطة المبلولة باليابسة انما لا يجوز اذا تفحخ اما اذا املت من ساعتها يجوز بيعا باليابسة اذا تساويا كيلا وابو حنيفة وابو يوسف يعتبران المساواة بتاويل التساوي في المحال عملا باطلاق الحديث اي حديث عبادة بن الصامت وغيره الا ان ابا يوسف ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما روينا من حديث سعد بن ابي وقاص وهو مخصوص من القياس فلا يلحق به الا ما كان في معناه والحنطة الرطبة ليست في معنى الرطب من كل وجه فالرطوبة في الرطب مقصودة وفي الحنطة عيب وفي المبسوط ذكر في بعض النسخ قول ابي يوسف رض مع ابي حنيفة رض وهو قول الآخر وقوله رول كقول محمد وقد نقض ما تقدم من الاصل وهو ان التفاوت يصنع العباد معتبر في المنع وما اصل الحلقة لا بالحنطة المبلولة فان الرطوبة الحاصلة فيها بصنع العباد فيها يحصل التفاوت مع انه جاز العقد اجيب بان الحنطة في اصل الخلقة رطبة وهي مال الربوا اذ ذاك والبلل بالماء يعيدها الى ما هو اصل الخلقة فيها فلم يعتبر بخلاف النقي ووجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول من بيع الحنطة الحنطة الى هنا حيث منعه وبين الرطب بالرطب حيث اجازه وكذلك العنب بالعنب فانه يجيزه وجاصله ان التفاوت ان ظهر يمنع بقاء الاسم عن البدلين او احدهما فسد العقد وان ظهر بعد زوال الاسم عنهما لا يفسد ففي الرطب بالرطب والعنب بالعنب لو ظهر التفاوت بعد خروج البدلين عن الاسم الذي عند عليه العقد فان الاسم ح التمر والزبيب فلا يكون تفاوتا في المعقود عليه وفي الحنطة المبلولة وفي معناه لا تغيير فظهر في نفس المعقود عليه فيمنع ولو باعه اليسر بالتمر متساويا يجوز وتفاضلا لا يجوز لان البرني تمر بخلاف الكفري وهو بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء تصورا كم النخل وهو اول ما تشقق حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اي كيلا لان من التمر كيلا من الكفري وقيل لانه ليس بتمر لان الكفري لم ينعقد ويبدو فيه صورة التمر وهذا الاسم اعني التمر له من اول ما تقابل في صورة ما ينعقد صورة لا قبله وبهذا استدل بعض مشايخنا على ابي حنيفة في بيع الرطب بالتمر فورد عليه انه لو صح لا يأكل تمرا فاكل رطبا لا يحنث وكان غيره فاجاب بالمنع بل يحنث وليس بصحيح بل المسئلة مسطورة في الكتب المذهبية المشهورة انه لا يحنث وكذا ادعى انه بحيث فيما اذا حلف لا يأكل تمرا فاكل بسرا ولم يكن به حاجة الى هذا اذ يكفيه ان الايمان مبنية على العرف وكلا منافيه لغة وهم بعد ذلك معترفون بصحيح ان اسم التمر يلزم الخارج من النخل ينعقد الى ان يطيب ثم يجف من اللغة ولا ينكر صحة الاطلاق باعتبار مجازا لاول وقوله والكفري عددي متفاوت الخ جواب سوال هو انه اذا لم يكن الكفري تمرا ينبغي ان يجوز اسلام التمر فيه وشراء التمر فيه بقفزات الكفري عددي متفاوت بالكبر والصغر تفاوتا غير مهدر فلا يجوز اسلامه فيه ولا ان يشتري به نسيئة بالجملة فيمنع المنازعة قوله ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج معلوم انه اكثر مما في الزيتون والسمسم فلو جهل او علم انه اقل او مساو لا يجوز فالاحتمالات اربع والجواز في احدها بانه اذا كان اكثر كان الخارج منه بمثله من الدهن المفرد والزائد منه بمقابلة التمييز وفي فتاوى قاضي خان انما يشترط ان يكون الخالص اكثر اذا كان الثقل في البدل الآخر شيا له قيمة اما اذا كان لا قيمة له كما في الزبد بعد اخراج السمن منه فيجوز مع مساواة الخارج للسمن المفرد ويروى ذلك عن ابي حنيفة وقال زفر يجوز مع عدم العلم لانه متردد بين الفساد والصحة

قال ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم الابل والبقر والغنم فاما البقر والجواميس جنس واحد وكذا للضأن مع المعز وكذا العراب مع البخاتي قال وكذلك ألبان البقر والغنم وعند الشافعي لا يجوز لانها جنس على حدة اتحاد المقصود ولنا ان الاصول مختلفة حتى لا يكمل بعضها بالآخر في الزكوة فكذا الاجزاء فيها اذ الدر تتبدل بالصنعة قال وكذا الدقل بحمل العنب للاختلاف بين اصليهما فكذا بين ما تولد منهما ولهذا كان عصيرهما جنسين وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد قال وكذا شحم البطن بالالية او باللحم لانها اجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا

فلما ثبت الفساد بالشك والاصل الصحة وقلنا الفساد غالب لانه على تقدير النقصان والمساواة الصحة على تقدير الاكثرية فكان هو الظاهر فوجب الحكم به وعند الشافعي لا يجوز هذا البيع اصلا لعدم العلم بالتفاضل وقت العقد واعلم ان المجانسة تكون باعتبار ما في الضمن فيمنع النسيئة كما في المجانسة العينية وذلك كالزيت مع الزيتون والشيرج مع السمسم ويكتفى باعتبار ما اضيف اليه فيختلف الجنس مع اتحاد الاصل حتى يجوز التفاضل بينهما كدهن البنفسج مع دهن الورد اصلهما واحد وهو الزيت او الشيرج فصارا جنسين باختلاف ما اضيف اليه من الورد والبنفسج نظرا الى اختلاف المقصود والغرض ولم يبال باتحاد الاصل وعلى هذا دهن الزهر في ديارنا ودهن البان احدهما اللوز يطبق بالزهر وبالبان مدة ثم يعصر اللوز فيخرج منه دهن مختلف الرائحة فيجوز بيع احد الدهنين بالآخر متفاضلا وعلى هذا قالوا الوضع الى الاصل بالطيبه دون الآخر جاز متفاضلا حتى اجازوا بيع قفيز سمسم مطيب بقفيزين غير مربى وعلى هذا يجوز بيع رطل لوز مطبق برطلين لوز غير مطبق وكذا يجوز بيع رطل دهن لوز مطبق بزهر النارنج برطلي دهن اللوز الخالص وكذا رطل زيت مطيب برطلين من بيت لم يطيب فجعلوا الرائحة التي فيها بازاء الزيادة على الرطل خلافا للشافعي فانه لا يجوز الدهن المطيب وغيره الا مثلا بمثل وادعاء ان يجوز بيع السمسم بدهنه بأي وجه كان لان الدهن وزني والسمسم كيلي اجيب بانه لما كان المقصود من السمسم ما في ضمنه من الدهن فكان بيع الجنس بالجنس فان قيل فيجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا صرفا لكل من دهنه وتخييره الى خلاف جنسه اجيب بان الصرف يكون عند الانفصال صورة كمثله الا كرار ولا صورة هنا منفصلة وقوله ويجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار يعني ان كان الدهن المفرد والسمن والدبس اكثر مما يخرج من الجوز واللبن والتمر جاز وقد ظهرت تقييده بما اذا كان المتفاضل القيمة واظن ان لا قيمة لثفل الجوز الا ان يكون بيع بقشره فيوخذ وكذا العنب لا قيمة لثفله فلا تشترط زيادة العصير على ما يخرج والله اعلم واختلفوا في القطن بزره فبعضهم لا يجوز متفاضلا وبالان القطن ينقص بالغزل فهو كالحنطة مع الدقيق وقال بعضهم يجوز وفي فتاوى قاضي خان لا يجوز الا مساويا وبالان اصلهما واحد وكلاهما موزونان وان خرجا واحدهما على الوزن جاز متفاضلا وبيع الغزل بالثوب او القطن بالثوب جائز على كل حال وقال المصنف بالاجماع وعن محمد ان بيع القطن بالثوب لا يجوز متفاضلا وعنه انه لا يجوز مطلقا وهكذا عن ابي حنيفة ايضا ثم ذكر انه لا باس ببيع المحلوج بالقطن والغزل بالقطن اذا كان يعلم ان الخالص اكثر مما في الآخر وهذا في المحلوج مع القطن ظاهر لان الفاضل حب القطن وهو مما ينتفع به وقد يعلف لبعض الدواب واما في الغزل فكانه لا يكون الفاضل من القطن المغزول بازاء صنعة الغزل فثقل الاجماع انما هو باعتبار الاقوال المعول عليها دون الروايات قوله ويجوز بيع لحم الحيوان جمع لحم المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم الابل والبقر والغنم لانها اجناس مختلفة لاختلاف اصولها ولم يحدث في الجنس الواحد منها زيادة تصيره جنسين اما البقر والجواميس فجنس واحد لا يجوز بيع لحم البقر لحم الجاموس متفاضلا وكذا المعز والضان والعراب والنجائي لا يجوز بيع شيء مع الآخر متفاضلا لاتحاد الجنس وانما جاز بيع لحم الجنس الواحد من الطيور كالانسان مثلا والعصافير متفاضلا لانه ليس مال الربا ولا يوزن لحم الطير ولا يكال ويستثنى ان يستثنى من لحوم الطير الدجاج والاوز لانه يوزن في عادة ديار مصر لعظمه وقوله ومراده الخ تحرير به عن قول مالك فان عنده اللحوم كلها ثلاثة اجناس الطيور جنس والدواب اليها وحشيها جنس واحد والبحريات وكذا البان البقر والغنم يجوز متفاضلا لما ذكرنا من اختلاف الجنس باختلاف الاصلين وعن الشافعي ان اللحوم والالبان جنس واحد لاتحاد المقصود من الاكل وهو التغذي وهذا قول الشافعي في المختار والصحيح من قوله انه مثل قولنا ودفع هذا القول بان اصولها مختلفة الاجناس وكذا اجزاؤها اذا لم تتبدل بالصنعة فانها

قال ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا لان الخبز صار عدديا او موزونا فخرج من ان يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة عن ابي حنيفة رح انه لا خير فيه وهذا على الاول وهذا اذا كانا نقدين فان كانت الحنطة نسيئة جاز ايضا وان كان الخبز نسيئة لم يجز عند ابي يوسف رح وعليه الفتوى ولكن السلم في الخبز جائز في الصحيح ولا خير في استقراضه عددا او وزنا عند ابي حنيفة رح لانه يتفاوت بالخبز الجيد والتنور والتقدم والتاخر وعند محمد رح يجوز بهما للتعامل وعند ابي يوسف رح يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في آحاده

تعد اجناسا ولهذا اجاز بيع الخبز الدقيق والسويق متفاضلا ويجوز بيع خل دقل بخل العنب متفاضلا وكذا اعصيرهما لاختلاف اصلهما جنسا وتخصيص حسن الدقل وهو ردي التمر باعتبار العادة لان الدقل هو الذي كان في العادة يتخذ خلا واما شعر المعز وصوف الغنم فجنسان لاختلاف المقاصد بخلاف لحمهما و لبنهما جعل جنسا واحدا كما ذكرنا لاتحاد الجنس مع عدم الاختلاف فانما يقصد بالشعر من الآلات غير ما يقصد بالصوف غالبا وهذا يوجب اختلاف الامور المتنوعة ثلاثة اشياء اختلاف الاصول واختلاف المقاصد وزيادة الصنعة فان قيل بالنظر الى اتحاد الاصل في الصوف والشعر لا يجوز بيعهما متفاضلا وزنا وبالنظر الى المقاصد اختلف فيجوز متفاضلا ينبغي ان لا يجوز متفاضلا تغليبا للحرمة فالجواب ان ذلك عند تعارض دليليهما وتساويهما فيرجح المحرم وهنا ليس كذلك فانه لا تقاوم الصورة المعنى والزم على تغليب جانب المعنى كون اللبان الابقر والغنم والابل جنسا واحدا لاتحاد المقصود واجيب بمنع اتحاده فان لبن البقر يقصد للسمن ولبن الابل لا يتاتى منه ذلك وكذا اغراض الاكل تتفاوت فان بعض الناس لا يطيب له البقر وتضرر به دون الضان وكذا في الابل من الاختلاف بالصنعة ما قدمنا من جواز بيع انا صفرا وحديدا احدهما اثقل من الآخر وكذا قمقمة بقمقمتين وابرة بابرتين وجوزة بجوزتين يدا بيد متفاضلين وهو ربوا بين ما لم يكن شيء من ذلك من احد النقدين فيمتنع التفاضل وان اصطلحوا بعد الصياغة على ترك الوزن والاقتصار على العدد والصورة ويجوز بيع شحم البطن بالاليه او باللحم واللحم بالاليه متفاضلا لانهما اجناس لاختلاف الصور والاقتصاد والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا واما شحم الجنب فنحوه تابع للحم وهو مع شحم البطن والاليه جنسان وكل ذلك لا يجوز نسيئة لان الوزن يجمعها واما الرؤس والاكارع والجلود فيجوز يدا بيد كيف ما كان لا نسيئة لانه لم يضبط بالوصف حتى ان السلم فيه لا يجوز قوله ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا يدا بيد قيل وهو ظاهر مذهب علمائنا الثلاثة لان الخبز صار اما عدديا في عرف او وزنيا في عرف آخر فخرج من ان يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة فيفرض كون الجنسية جمعتها اختلف المقدار فجاز التفاضل والدقيق اما مكيلي فكذلك او وزني على ما عليه عرف بلادنا ومن جعله عرفا بنى له ثبوت الجنسية بينه وبين الخبز فيجوز التفاضل ايضا وروي عن ابي حنيفة رح انه لا خير فيه وهذه العبارة تفي الجواز بطريق التاكيد وللكثرة في النفي وبهذا القول قال الشافعي واحد لشبهة المجانسة او في الخبز اجزاء الدقيق وان الدقيق لغرض ان يصير خبزا فتشترط المساواة ولا يدري ذلك والقوي على الاول وهو الجواز وهو اختيار المتاخرين المتعذر عليهم الوزن كيف ما اصطلحوا عليه وهذا اذا كانا نقدين فاما بيعهما نسيئة فان كانت الحنطة نسيئة والدقيق بان اسلم الخبز فيها فدفعه نقدا جاز ايضا وان كان الخبز نسيئة بان اسلم حنطة او دقيقا في خبز لم يجز عند ابي حنيفة لانه لا يوقف على حده فانه يتفاوت في الصنعة عجنا وخبزا وكذا عند محمد لانه عددي عنده ويكون منه الثقيل والخفيف ويجوز عند ابي يوسف لانه وزني او يجوز بشرط الوزن لكان العرف فيه العدد والنضج وحسن العجن وصفات مضبوط نوعها وخصوص في لك القدر بعينه من العجن والنار مهدر واختاره المشايخ للفتوى اذا اتى بشرائطه لحاجة الناس لكن يجب ان يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمى حتى لا يصير استبدالا بالمسلم فيه قيل قبضه اذا قبض يجوز اما هو دون ما سمى صنعة واذا كان كذلك فالاحتياط في منعه لانه قلما يقع الاخذ من النوع المسمى خصوصا في من يقبض المسلم فيه في ايام متعددة كل يوم كذا كذا رغيفا فقل ان لا يصير مستبدلا ولا خير في استقراض الخبز عند ابي حنيفة عددا او وزنا لانه يتفاوت بالجيد والتنور باعتبار كونه جديدا او عتيقا والتقديم في التنور والتاخير عنه وتفاوت جودة خبزه بذلك واذا منع ابو حنيفة السلم فيه وباب السلم حتى جاز في الثياب ولا يجوز استقراضها فهو لاستقراضه امنع وعند محمد رح يجوز بهما اي عددا او وزنا لتعامل بين الجيران بذلك والحاجة قد تدعو الى ذلك بين الجيران وعند ابي يوسف يجوز وزنا لا عددا لتفاوت في آحاده

قال ولا ربا بين المولى وعبده لان العبد وما في يده لمولاه فلا يتحقق الربوا هذا اذا كان ماذونا له ولم يكن عليه دين لان كان عليه دين لا يجوز بالاتفاق لان ما في يده ليس لمولاه على الشائع وعند ابي حنيفة رح تعلق به حق الغرماء فصار كالاجنبي فتحقق الربوا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه قال ولا بين المسلم الحربي في دار الحرب خلافا لابي يوسف رح والشافعي رح لهما ان العصمة متفاوتة فتتحقق الشبهة في دار الحرب لان مالها متقوم في حقه حتى يضمن بالاتلاف ولنا قوله عليه السلام لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولانه مباح الدم والمال لان ليس فيه غدر ولا خيانة في المسبيات ومتى كان مالا مباحا كان مضمونا بالقيمة دون المثل ولا يتحقق الربوا الا بمال محظور

باب الحقوق

ومن اشترى منزلا فوقه منزل ليس لاحدهما ان يشتريه بكل حق هو له فوقه او تحته الا ان يشتريه بكل حق هو له فيه او منه ومن اشترى بيتا فوقه بيت بكل حق هو له فيه لم يدخل في البيع الا على من يشتري دار انجد ودورها العلو والكنيف جمع بين المنزل والبيت والدار فاسم الدار ينتظم العلو لانه اسم لما دار عليه الجدد ودور والعلو من توابع الاصل واجزائه فمن دخل فيه والبيت اسم لما بنيت فيه والعلو مثله والشيء لا يكون تبعا لمثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص عليه والمنزل بين الدار والبيت لانه يبنى فيه ما يفي السكنى صح ضرب قصور اذ لا يكون فيه منزل الدواب فلتشبيهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع وتشبيهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك لان كل مسكن يسمى بالفارسية خانه ولا يخلو عن علو وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل على الكنيف لانه من توابعه ولا يدخل الظلة الا بذكرها وذكرنا عن ابي حنيفة رح لانه مبني على هواء الطريق فاشبه حكمه وعندهما ان كان مفتحا في الدار يدخل من غير ذكر وشيء مما ذكرنا لانه من توابعه فشابه الكنيف

ومحمد يقول قد اهدر الجيدان تفاوتهما وتفاوتهم يكون اكثر اعراضه غالبا والقياس تيرك بالتعامل وجعل المتاخرون الفتوى على قول ابي يوسف رح وانا ادى ان قول محمد احسن قوله ولا ربوا بين المولى وعبده اي المأذون غير المديون لانه وما في يده لمولاه ولا تحقق الربوا لعدم تحقق البيع وكذا المدبر وام الولد فان كان عليه دين لا يجوز اذ البيع بطريق الربوا عند ابي حنيفة فلهم ملكه لما في يد عبد المأذون المديون فهو اجنبي عنه فتحقق الربوا بينهما وعندهما ان لم يزل ملكه عما في يده لكن تعلق بما في يده حق الغرماء فصار المولى كالاجنبي عنه تحقق الربوا بينهما كما تحقق بينه وبين مكاتبه وفي المبسوط ذكر انه لا تحقق الربوا بينهما مطلقا ولكن على المولى ان يرد ما اخذه على العبد لان كسبه شبيه بحق غرمائه فلا يسلم له ما لم يفرغ من دينه كما لو اخذه لا لجهة البيع سواء كان اشتراه منه ورهما بدرهمين او بخلاف المكاتب لانه صار كالحر بدا وتصرفا في كسبه فيجري الربوا بينهما قوله ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافا لابي يوسف والشافعي رح ومالك رح واحمد رح وعلى هذا الخلاف الربوا بين المسلم الاصلي والمسلم الذمي اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا فلو بايع مسلم دخل اليهم تاجرا او اسيرا فباعهم منهم بيتة او خنزيرا او قامرهم واخذ المال يحل كل ذلك عند ابي حنيفة رح ومحمد خلافا لابي يوسف ومن ذكرنا لهم اطلاق النصوص فانها لم تفيد المنع بمكان دون مكان والقياس على المستامن منهم في دارنا فان الربوا يجري بين المسلم وبينه وكذا الداخل منا اليهم بامان ولابي حنيفة رح ما روي انه صلى الله عليه وسلم قال لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب وهذا الحديث غريب ونقل ما روي مكحول عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ذلك قال الشافعي رح قال ابو يوسف انما قال ابو حنيفة هذا لان بعض المشيخة حدثنا عن مكحول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا ربوا بين اهل الحرب اطنه قال واهل الاسلام قال الشافعي رح وبهذا الحديث لم يثبت ولا حجة فيه اسنده عنه البيهقي قال في المبسوط هذا مرسل ومكحول ثقة والمرسل من مثله مقبول ولان ابا بكر قبل البجرة حين انزل الله الم غلبت الروم الآية قال لقريش تزعمون ان الروم تغلب قال نعم قال فهل لك ان تخاطرنا فخاطرهم فاخبر النبي صلى الله عليه وسلم فقال النبي صلى الله عليه وسلم اذهب اليهم وزد في الخطر ففعل وغلبت الروم فارسا فاخذ ابو بكر رض الخطر فاجازه النبي صلى الله عليه وسلم وهو القمار بعينه بين ابي بكر ومشركي مكة وكانت مكة دار شرك فلان مالهم مباح واطلاق النصوص في مال محظور وانما يحرم على المسلم اذا كان بطريق الغدر فاذا لم يأخذ غدرا فباي طريق يأخذه حل لعدم كونه برضى بخلاف المستامن منهم عندنا لان ماله صار محظورا بالامان فاذا اخذه بغير طريق المشروعة يكون غدرا بخلاف الزوائد ان قيس عليه الربا لان البضع لا يستباح بالاباحة بل بطريق الخاص والمال يحل بطيب النفس واباحته وهذا لا يفيد لمعارضة اطلاق النصوص الا بعد ثبوت حجية حديث مكحول وقد يقال المسلم حجته في الزيادة بخبر الواحد لا يجوز اثباتها قيد زائد على المطلق من نحو لا تاكلوا الربوا ونحوه هو الزيادة لا يجوز ويدفع بالقطع بان المطلقات مرادا بها المال المحظور حق مالكه ومال الحربي ليس بمحظور الا لتوفي العذر فجاز فهذا التقرير في التحقيق يقتضي انه لو لم يرو خبر مكحول اجازه النظر المذكور اعني كون ماله مباحا لا لعارض لزوم العذر الا انه لا يخفى انه انما يقتضي حل ربا شرط العقد اذا كان الزيادة بينا لها المسلم والربوا اعم من ذلك لشمل ما اذا كان الدرهمان من جهة المسلم ومن الكافر وجواب المسئلة بالحل عام في الوجهين وكذا القمار قد يفضي الى ان يكون مال الخطر لكافر بان يكون الغلب له والظاهر ان الاباحة تفيد تمليك المسلم الزيادة وقد التزم الاصحاب في الدرس انه مراد هم من حل الربوا والقمار اذا حصلت الزيادة للمسلم نظرا الى العلة وان كان اطلاق الجواب خلافه والله اعلم بالصواب

باب الحقوق محل هذا الباب عقيب كتاب البيوع قبل الخيار قوله ومن اشترى منزلا فوقه منزل حاصل ما هنا ان الاسماء ثلاثة البيت والمنزل والدار فالبيت اصغرها وهو اسم لمسقف واحد جعل لبيتوتة فيه فمنهم من يقتصر على هذا ومنهم من يزيد له دهليزا او الجواب

قال ومن اشترى بيتا فى دار او منزلا او مسكنا لم يكن له الطريق الا ان يشترية بكل حق هو له او بكل قليل وكثير ولكن الشرب والمسيل لانه خارج الحدود الا انه من التوابع فيدخل بذكر التوابع بخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع ولا تتحقق الا به اذ المستاجر لا يشترى الطريق عادة ولا يستاجره فيدخل تحصيلا للفائدة المطلوبة منه لما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشترى عادة يشتريه وقد يتخرفه فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة

ان علوه لا يدخل فى بيعه يعنى اذا باع البيت لا يدخل العلو وان قال بكل حق هو له او كل قليل وكثير مالم يذكر اسم العلو صريحا لان العلو شامل فى انه مسقف بيات فيه والشئ لا يستتبع شامله بل ما هو ادنى منه واورد المستعير له ان الغير فرا لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب لانه ان كاتب عبده فاجيب بان ذلك ليس للطريق الاستتباع بل لما ملك المستعير المنفعة بغير بدل كان له ان يملك ما ملك كذلك والمكاتب يعقد الكتابة لما صار احق بمكاسبه كان له ذلك لان كتابة عبده من الكتابة والمنزل فوق البيت دون الدار وهو اسم لمكان يشتمل على بيتين او ثلاثة ينزل فيها ليلا ونهارا وله مطبخ وموضع قضاء الحاجة فيتاتى فيه السكنى بالعيال مع ضرب تقصور اذ ليس له صحن غير مسقف ولا اصطبل للدواب فلكون البيت دونه اصلح ان يستتبعه فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع غير متوقف على التنصيص عليه باسم الخاص وهو ان يشتريه بكل قليل وكثير هو له فيه او منه او بكل حق له او بمرافقه وشبهه بالبيت لا يدخل بلا ذكر زيادة والدار اسم لساحة ادير عليها الحدود وتشتمل على بيوت واصطبل وصحن غير مسقف وعلو يجمع فيها بين الصحراء للاستراح ومنافع الابنية للاسكان ولا فرق بين كون الابنية بالتراب والمدر او بالخيام والقباب والعلو من توابع الاصل واجزائه فيدخل فيه بلا ذكر زيادة على شراء الدار وكذا يدخل الكنيف الشارع والكنيف هو المستراح اما الظلة وهى الساباط الذى يكون من حد طرفيه على الدار والآخر على دار اخرى او على طاقات فى السكة ومنفعتها من الدار المبيعة فعند ابى حنيفة لا يدخل فى بيع الدار مالم يقل بما ذكرنا من قوله بكل حق هو لها او مرافقها او بكل قليل وكثير هو فيها او منها لانه اسم الظلة بتاويل الساباط المبنى على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان منفتحا فى الدار يدخل بلا ذكر زيادة وان منفتحها اذا كان فى الدار كان تبعا للدار كالكنيف الشارع قالوا هذا فى عرفهم اى عرف اهل الكوفة اما فى عرفنا يدخل العلو من غير ذكر فى الصور كلها سواء كان المبيع بيتا فوقه علو او منزلا كذلك لانه كل مسكن يسمى خانة فى بلاد العجم وله علو صغير او كبير كالبيت وغيره او دار السلطان تسمى سراى قوله ومن اشترى بيتا فى دار او منزلا فيها او مسكنا فيها لم يكن له الطريق فى هذه الدار الى ذلك المشترى الا ان يشتريه بكل حق هو له او مرافقه او بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لانه خارج الحدود الا انه من التوابع فيدخل بذكرها وفى المحيط المراد الطريق الخاص فى ملك انسان فاما طريقها الى سكة غير بانا خذة الى طريق العام فيدخل وكذا ما كان له فى حق تسييل الماء والقاء الثلج فى ملك انسان خاصة قال فخر الاسلام واذا كان طريق الدار المبيعة او مسيل مائها فى دار اخرى لا يدخل فى غير ذكر الحقوق لانه ليس من هذه الدار فلا يدخل الا بذكر الحقوق الا ان تعليله بقوله لانه ليس فى هذه الدار يقتضى ان الطريق الذى فى هذه الدار يدخل وهو غير ما فى الكتاب فالحق ان كلا منهما لا يدخل لانه وان كان فى هذه الدار فلم يشتر جميع هذه الدار انما اشترى شيئا صغيرا منها فلا يدخل ملك البائع او ملك غيره الا بذكره ثم قال فان قال البائع ليس للدار المبيعة طريق فى دار اخرى فالمشترى لا يستحق الطريق بغير حجة ولكن له ان يردها بالعيب كذلك لو كانت له جذوع دار اخرى على الدار المبيعة فان كانت تلك الدار للبائع او مر بها فيها والا كانت بمنزلة العيب وكذا لو ظهر فى الدار المبيعة طريق لدار اخرى سيرا وصيل ما فان كانت تلك الدار للبائع فلا طريق له فى الدار المبيعة لانه باعها من غير استثناء وان كانت لغير البائع كان بمنزلة العيب وقوله بخلاف الاجارة متصل بقوله لم يكن له الطريق يعنى فى الاجارة يدخل الطريق والشرب والمسيل لان المقصود منها الانتفاع فلا انتفاع بغير دخول هذه الاشياء والبيع ليس كذلك فان المقصود فى الاصل منه ملك الرقبة لا الانتفاع بعينها عينا بل الملك ليستجر فيها او ياخذ نفعها فلم تتعين فائدة المبيع فلا يلزم ولهذا جاز بيع الجحش كما ولد وان لم ينتفع به فى الحال وكذا الارض السبخة ولا تصلح جارة ذلك وفى الكافى ولهذا للواستاجر علوا واستثنى الطريق فسدت لاجارة بخلاف ما لو اشترى علوا واستثنى الطريق ولو استحق العلو ثم اجر البيع صح لان التعذر بالاستحقاق لا يوجب انفساخ البيع الماضية فى الظاهر الرواية ولا شئ لصاحب الساحة العالى من الثمن لانه بمقابلة البيع والمبيع الفناء لا الساحة لان حقه فى الهواء فان قيل ما ذكرتم يشكل بالقسمة فى دارين الرجلين فيها صفة فيها بيت وبابه فى الصفة وبيتان ظهر البيت على ظهر الصفة فاقتسما فاصاب الصفة احدهما قطعة من الساحة ولم يذكر واطريقا ولا مسيلا وصاحب البيت لا يستطيع ان يفتح بابه فيها صار بالساحة ولا يقدر ان يسيل ماوه من مزرابه فاسد قسمة فينبغى

باب الاستحقاق

ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فانه يأخذها وولدها وان اقر بها البائع للرجل لم يستحقها ولم يأخذها ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة فانها كما تظهر ما هو ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها او يكون ولدا ما الاقرار حجة قاصرة تثبت الملك في المخبوء ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت باتصاله بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد في القضاء بلا خلاف وقيل يشترط القضاء بالولد وليس تشتر المسائل فان القاضي لو لم يقض بالولد حتى قال محمد رحمه الله لا شك ان الولد داخل في الحكم وكذا الولد اذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالام تبعا

قياس ما ذكرتم في الاجارة ينبغي ان يدخل الطريق والمسيل وان لم يذكر الحقوق بحر بالجواز لتعينهما كما قدمناه تحريا بجواز الاجارة واجيب بان الفرق بينهما لان موضع الشرب ليس مقصودا وانما تتوسل به للانتفاع والاجر انما يستوجب الاجر اذا تمكن المستاجر من الانتفاع ففي ادخال الشرب توفير المنفعة عليهما بخلاف الاجارة وهذا بالانتفاع اما هنا فموضع الطريق والمسيل داخل في القسمة لانهما كانا داخلين في الملك المشترك فوجب القسمة اختصاص كل منهما بما يصيبه فلو اثبتنا لاحدهما حقا في نصيب الآخر تضرر به الآخر ولا يجوز الا ضرار دون رضاه وانما دليل الرضا اشتراط الحقوق والمرافق واعلم انه اذا ذكر الحقوق في البيع وهو بحيث يمكنه احداث طريق فيما اشتراه وتسييل مائه فيه لم يلزمه ذلك وله الطريق والمسيل وفي القسمة اذا ذكر الحقوق وامكنه الطريق والتسييل فيما اصابه ليس له ذلك بل يطرق ويسيل فيما اصابه فطولب بالفرق والفرق ان البيع ايجاد الملك من العدم لقصد الانتفاع به وان لم يلزم فيه ذلك فاشتراط تتميم مطلقا والمقصود بالقسمة تمييز الملك الثابت لهما لكل منهما ينتفع به على الخصوص بحيث لا يشترك فيه احد اذ لو لم يرد ذلك الخصوص لم يكن حاجة الى القسمة وانما تتم هذا اذا لم يدخل الطريق والمسيل فلا يدخلان الا برضى صحيح ولا يكفي فيه ذكر الحقوق والمرافق والله اعلم

باب الاستحقاق حق هذا الباب ان يذكر بعد تمام ابواب البيع لانه ظهور عدم الصحة بعد القيام ظاهر ولكن لما ناسب الحقوق لفظا ومعنى ذكر عقيبه قوله ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل فان كان ببينة استحق ولدها معها دار شهدا ان كان وان كان اقرار المشتري له بها لا يستحق الولد وذلك ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة اي ثابتة في حق جميع الناس غير مقتصرة على المقضي عليه فانها كما تظهر ما هو ملكه من الاصل والولد ان كان متصلا بها او يكون ولدا ما لو كان ثابتا في نفس الامر قبل الشهادة به لان الشهود لا يتمكنون من اثبات ملك في الحال لم يكن ثابتا في الاصل ولا القاضي وانما تظهر البينة ما كان ثابتا قبله قبلية لا تقف عند حد معين ولهذا ترجح الباعثة بعضهم على بعض فيما اذا اشترى واحد من آخر واشترى من الآخر آخر وهذا ثم ظهر الاستحقاق بقضاء بالبينة لانه ثبت قضاء على الكل ولا تسمع دعوى احدهم انه ملكه لان الكل صاروا مقضيا عليهم بالقضاء على المشتري الاخير كما لو ادعت في يد الغير لانها حرة الاصل حيث يرجعون فالولد كان متصلا بها في الزمان الذي يستحب عليه اظهار البينة الملك فيكون له لما الاقرار فحجة قاصرة على المقر حتى لا يتعدى الى غيره لانه لا ولاية له على غيره ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن في الاستحقاق بالاقرار وانما جعل حجة لضرورة تصحيح خبره وذلك يحصل باثباته في الحال والولد في الحال منفصل عليها والاقرار انما هو بها فقط فلا يتعدى اليه وهذا التوجيه يقتضي انه لو ادعاه المقر له لا يكون له وذكر التمرتاشي انه لو لم يكن له بينة او لم يدع فلو ادعاه كان له لان الظاهر له وهو الولد واذا قلنا ان الولد للمستحق بالبينة فهل يقضي القاضي للام بل تدخل في القضاء فيصير موليا قضاء قيل نعم تبعا كما ان ثبوت استحقاقا متبادر وقيل لا بل يشترط القضاء بالولد ايضا لانه اصل يوم القضاء لانفصاله واستقلاله ولا بد من الحكم به وهو الاصح من المذهب قال المصنف واليه يشير المسائل التي ذكرها محمد فان محمدا قال اذا قضى القاضي بالاصل ولم يعلم الزوائد لا يدخل الزوائد تحت الحكم وكذا اذا كانت الزوائد في يد غائب لم تدخل فحيث لم تدخل القضاء على الغائب في ضمن القضاء على الحاضر وهو امر جائز عرف انه يشترط القضاء بالولد بخصوصه ثم ذكر في النهاية ان القضاء باستحقاق المبيع على المشتري لا يوجب انفساخ العقد الذي بينه وبين البائع ولكن يوجب توقفه على اجازة المستحق وتبعه الجماعة فاعتمده شارح ابن غانم وفي الباب ان يكون بيع فضولي يعني بايع المشتري الذي قضا عليه بالاستحقاق وفيه اذا وجد عدم الرضا ينفسخ العقد واثبات الاستحقاق دليل عدم الرضا يعني الموقوف المنسوخ للحجة الاجارة فاستوضح بما في الفتاوى الصغرى اشترى شيئا ثم استحق من يده ثم وصل الى المشتري ليس له ان يرجع بالتسليم الى

قال ومن اشترى عبدا فاذا هو حر وقد قال العبد للمشترى اشترني فانى عبدك فان كان البائع حاضرا لم يرجع المشترى على العبد بشئ وان كان غائبا رجع عليه بما اخذ منه وان كان البائع لا يدرى اين هو رجع عليه في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا يرجع فيها لان الرجوع بالمعاوضة او بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال لاجنبي ذلك او قال العبد اشترني فاني عبد وهي المسئلة الثانية وهي ان المشترى شرع في الشراء معتمدا على امره واقراره بانى عبد اذ القول له في الحرية فيصير العبد بامره بالشراء ضامنا للثمن فيرجع به على البائع دفعا للغرر والضرر لا تعذرا لانا لا نعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فاما ان يجعل الامر به ضامنا للثمن فيرجع به او الرضى بالبيع بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن بدين الصرف والسلم فيه مع حرمة الاستبدال ولا يسقط الا بما يسقط الاموال وجناية العبد على الاسواء لانه لا يقينا بقوله فلا تتحقق الغرر والضرر ونظير مسئلتنا قول المولى لمأذونه اعط عبدي هذا فانى قد اذنت له بقرضها لا يستحق به رجوع عليه بقيمته فيما وضع المسئلة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة رحمه الله لان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض تفسد الدعوى وقيل ان كان الوضع في حرية الاصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الامة وقيل هو شرط لكن التناقض عنده من انتفاء الاعتاق فانتفى التناقض لانه لا يستبد المولى به فصار كالمتلاعنين تقام البينة على الطلقات الثلث قبل الحلف والمكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة قال ومن اشترى

البائع لانه وان جعل مقرا بالملك للبائع لكن يقتضى الشراء وقد انفسخ الشراء بالاستحقاق فينفسخ الاقرار ثم قال لا جرم لو اشترى عبدا اقدام ايضا انه ملك البائع ثم استحق في يد المشترى ورجع بالثمن على البائع ثم وصل اليه يوما يؤمر بالتسليم الى البائع لان اقراره بالملك له لم يبطل من فتح عن شرح قبضة خواهر زاده انتهى وما ذكره صاحب النهاية هو المنصور وقوله اثبات الاستحقاق دليل عدم الرضا ان اراد دليل عدم الرضى بالبيع فليس بلازم لا يجوز ان يكون دليل عدم الرضا بان يذهب من يده مجانا وذلك لانه لو لم يقع الاستحقاق وشبهه استمر في يد المشترى من غير ان يحصل له عينه ولا بدله وشبهه ليحصل احدهما العين او البدل بان يجيز ذلك البيع ويصل الثمن اليه فظهر ان اثبات الاستحقاق ليس بلزوم لعدم الرضا بالبيع بل الحق انه يلزم لعدم الرضا بذهابه ووجاب بدله عنه واما استوضح به من الفتاوى الصغرى فليس بمفيد له لان المذكور فيها استحق من يده ثم وصل اليه ومعنى هذا انه اخذ عينه من يد المشترى ثم وصل اليه لانتفاء انه اذا تحصل اثبات الاستحقاق اخذ المستحق للعبد بعينه فلا بد ان يرجع المشترى بالثمن ممن هو في يده فقد ظهر منه عدم الرضى بالبيع والالم يأخذ اجازة فاين هذا من مجرد اثبات الاستحقاق والتقاضى به حتى ظهر ملكه فيه والله سبحانه هو الفتاح الجواد لا الا غيره ولا نرجوه الا غيره وفي الذخيرة مما يجب اعتباره في فصل الاستحقاق ان استحقاق المبيع يوجب توقف العقد السابق على اجازة المستحق ولا يوجب نقضه في ظاهر الرواية انتهى واعلم ان المنقول في ان البيع متى ينفسخ اقوال قيل اذا قبض المستحق وقيل ينفسخ بالقضاء والصحيح انه لا ينفسخ مالم يرجع المشترى على بائعه بالثمن حتى لو اجاز المستحق بعد ما قضى له او بعد ما قبض قبل ان يرجع المشترى على بائعه يصح وقال شمس الائمة الحلواني الصحيح من مذهب اصحابنا ان القضاء للمستحق لا يكون فسخا للبيع عاما مالم يرجع كل على بائعه بالقضاء وفي الزيادات روى عن ابي حنيفة انه لا ينتقض مالم يأخذ العين بحكم القاضي وفي ظاهر الرواية لا ينفسخ مالم ينفسخ وهو الاصح انتهى وبهذا ان تبين ايضا على الفسخ لانه ذكر فيها ايضا اذا استحق المشترى وارد المشترى نقض البيع من غير قضاء ورضى البائع ليس له ذلك لان احتمال اقامة البينة على التلقى من البائع او على تلقى الملك من المستحق ثابت الا اذا قضى القاضي فيلزم الحجر فينفسخ انتهى يعني يلزم العجز عن اثبات ذلك او المراد ان لفسخ المستحق فانه هو المالك نعم لا شك في انه لو فرض اتفاق عدم رجوع المشترى بعد ان قضى للمستحق واخذ المبيع واستمر عجزه انه ينفسخ فان سكوته بعد الاخذ عن الاجازة قد يمكن فيه من الاجازة ولم يجد دليل ظاهر في عدم رضاه بالبيع قوله ومن اشترى عبدا ادعى انسان انه ابنه فقال له اشتراه فانى عبد فاذا هو حر ان هذا ظاهر ان كان البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة اى يدرى مكانه لا يرجع على العبد بشئ من الثمن الذي قبضه بائعه للتمكن من الرجوع على القابض وان كان البائع لا يدرى اين هو رجع المشترى على العبد بما دفع الى البائع من الثمن ورجع العبد على بائعه بما رجع المشترى به عليه ان قدر وانما يرجع العبد على البائع مع انه لم يأمره بالضمان عنه لانه ادى دينه وهو مضطر في اداء ذلك بخلاف من ادى عن آخر دينا او حمالة عليه بغير امره فليس مضطرا فيه فانه لا يرجع به والتقييد بالقيدين لانه لو قال انا عبد وقت البيع ولم يبشر انه او قال اشترني ولم يقل فانى عبد لا يرجع عليه بشئ ولو ارتهن عبدا مقرا بالرق فظهر حرا وقد كان قال ارتهني فانى عبد الراهن لم يرجع عليه اى على العبد على كل حال امى سوار كان الراهن حاضرا او غائبا يعرف مكانه او لا يعرف وهذا ظاهر الرواية عنهم وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يرجع فيها اى في البيع والرهن لان الرجوع بالمعاوضة وهي المبايعة هنا او بالكفالة وليس واحد منهما ثابت هنا بل الثابت ليس الا مجرد الاخبار كاذبا فصار كما لو قال لاجنبي لشخص ذلك وكقول العبد ارتهني فانى عبده وهي المسئلة المذكورة آنفا وجه ان المشترى شرع في الشراء معتمدا على امره واقراره فكان مغرورا من جهته والتغرير في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض يجعل سببا للضمان دفعا للغرر بقدر الامكان وكان مغرورا ضمانا لدرك الثمن له عند تعذر رجوعه على البائع ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه كالغائب

لتقرير

حقاني داوصعناه حقا معتبرا لانصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشيء لان المدعى يقول دعواي في هذا الباقي وان ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء رجع بحسابه

اذا قال لاهل السوق بايعوا عبدي فاني قد اذنت له ففعلوا ثم ظهر استحقاق العبد فانهم يرجعون على المولى بقيمة العبد فيجعل المولى لذلك ضامنا لما درك ماذاب عليه دفعا للغرور عن الناس بخلاف الرهن فانه ليس بعقد معاوضة بل عقد وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى جاز الرهن ببدل الصرف والسلم فيه فلو هلك يقع استيفاء الدين ولو كان معاوضة كان استبدالا بالمسلم فيه قبل قبضه وهو حرام واذا لم يكن عقد معاوضة لا يجعل الامر به ضمانا لانه ليس تعزيرا في عقد معاوضة ولهذا قالوا لو قال رجل لآخر وقد سأله عن امن هذا الطريق فقال له اسلكه فانه امن فسلكه فنهب ماله لم يضمن وكذا لو قال كل هذا الطعام فانه ليس بسموم فاكله فمات غيره انه لا يستحق عند الله عذابا لا يطاق وبخلاف الاجنبي فانه لا يعبأ بقوله فالرجل هو الذي اغتر قال المصنف ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة لان الدعوى اي دعوى الحرية شرط في القضاء بنيتها والدعوى لا تصح من هذا العبد للتناقض فان دعوى الحرية تناقض تصريحه برقه فاجيب بان بعض المشايخ لان هذه الدعوى ان كانت بحرية الاصل فالدعوى ليست بشرط عنده كقولهما في دعوى الحرية مطلقا لتضمنه تحريم فرج امه على السيد وتحريم اخواتها وبناتها وحرمة الفرج حقه تعالى والدعوى ليست شرطا في حق الله تعالى كما في عتق الامة حتى ان الشهود يحتاجون في شهادتهم الى تعيين الام والحرمات لاتحتاج في القضاء بها الى الدعوى واذا لم يحتج الى الدعوى لا يضر التناقض فيها وقيل هو اي الدعوى شرط مطلقا في حرية الاصل ودعوى الاعتاق في الكافي والصحيح ان دعوى العبد شرط عند ابي حنيفة في حرية الاصل والعتق العارض لكن التناقض في دعوى الحرية لا يمنع صحة الدعوى بها اما في حرية الاصل فلخفاء حال العلوق فانه يسبى مع امه او بدونها فلا يعلم بحريتها وقتما حال العلوق به فيقر بالرق ثم تظهر له حرية امه فيدعي الحرية وفي الاعتاق العارض فلان المولى ينفرد به ولا يعلم العبد فيقر بالرق ثم يعلمه فيدعيه والتناقض في دعوى ما فيه خفاء يعذر فيه وصار كالمخالفة لتقديم البينة على تطليق الزوج اياها ثلاثا قيل اختلافهما قبل وكذا المكاتب بتقبيلهما على الاعتاق قبل الكتابة تقبل مع ان التفاقهما على سؤال الخلع والكتابة اقرار بقيام العصمة والرق ولم يعتبر التناقض للخفاء فرجع المرأة والمكاتب ببدل الخلع وبدل الكتابة وذكر هنا مسئلة الجامع الكبير وهي اصل في الاستحقاق وهي رجل اشترى من آخر ثوبا فقطعه قميصا وخاطه ثم جاء مستحق قال هذا القميص لي واثبته بالبينة فالمشتري لا يرجع بالثمن على البائع لان الاستحقاق ما ورد على ملك البائع لانه لو كان ملكه في الاصل فالقطع بالقطع والخياطة كمن غصب ثوبا فقطعه وخاطه فيتقل ملك المغصوب عنه من الثوب الى الضمان فالاصل ان الاستحقاق اذا ورد على ملك البائع الكائن من الاصل يرجع عليه وان ورد على ملك المشتري بعد ما صار الى حال لو كان غاصبا ملكه به لا يرجع على البائع لانه متيقن الكذب ولهذا لو اشتراها منذ شهرين فاقام رجل بينة انها له منذ شهرين تقضى بها له ولا يرجع على بائعه وعرف ان المعنى ان يستحقه باسم القميص ولو كان اقام البينة انه كان له قبل هذه الصفة رجع المشتري بالثمن وعلى هذا الجواب اذا اشترى حنطة وطحنها ثم استحق الدقيق ولو قال كانت قبل الطحن لي يرجع وكذا اذا اشترى لحما فسواه ولو اشترى شاة فذبحها وسلخها فاقام البينة آخر ان الرأس والاطراف والجلد واللحم له قضي بها ويرجع المشتري على بائعه لان هذا استحقاق عين الشاة قوله حقا في داراي مجهولا فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار الا ذراعا لم يرجع على الذي صالحه بشيء لتمكنه من ان يقول مرادي من الحق الذي ادعيته او الحق الذي ادعيه هذا الباقي ولو كان ادعاها كلها فصالحه واستحق منها شيء رجع بحسابه لان التوفيق

لان التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامته للمبدل ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على معلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى النزاع

هنا غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامته ودلت المسئلة على امرين احدهما ان الصلح عن مجهول على معلوم جائز لان الابراء عن المجهول جائز عندنا لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة والآخر ان صحة الدعوى ليست بشرط في صحة الصلح لان دعوى المدعي غير صحيحة لجهالة المدعى به ولذا اذا اقام به بينة لا تقبل اما اذا ادعى اقرار المدعى عليه بالحق قبلت البينة فروع اشترى شيئا ثم قال هو ملك فلان وصدقه او ادعاه فلان وصدقه هو او انكر فحلف فكل ليس له في شيء من ذلك الرجوع على البائع بخلاف وكيل البيع اذا رد عليه بعيب فحلف فنكل يلزم الموكل لان النكول من المضطر كالبينة وهو مضطر في النكول اذا لم يعلم عيبه ولا سلامته ولو اقام المشتري بينة على انه ملك فلان لا تقبل لتناقضه فان اقدامه على الشراء اقرار منه بملك البائع واذا ادعاه لغيره تناقض بخلاف ما لو برهن على اقرار البائع انه ملك فلان يقبل لعدم تناقضه وبخلاف لو برهن على انها حرة الاصل وهي تدعي ذلك او انها ملك فلان وهو اعتقها او دبرها او استولدها قبل شرائها حيث تقبل ويرجع بالثمن على البائع لان التناقض في دعوى الحرية فروعها لا يمنع صحة الدعوى باع عقارا ثم برهن ان ما باعه وقف لا تقبل لان مجرد الوقف لا يزيل الملك بخلاف الاعتاق ولو برهن انه وقف محكوم بلزومه قبل ولو برهنت انها في يد المشتري الاخير انها معتقة فلان او مدبرته او ام ولده يرجع المكل الامس كان قبل فلان اشترى شيئا ولم تقبضه حتى ادعاه آخر اراه بلا سمع دعواه حتى يحضر المشتري والبائع لان الملك للمشتري واليد للبائع والمدعي يدعيهما فيشترط القضاء عليهما حضورهما ولو قضى له بهما بحضرتهما ثم برهن البائع او المشتري على ان المستحق باعهما من البائع ثم هو باعهما من المشتري قبل ولزم البيع لانه يقرر القضاء الاول ولا ينقضه ولو فسخه القاضي البيع بطلب المشتري ثم برهن البائع ان المستحق باعهما منه يأخذهما وبقي له ولا يعود البيع المنتقض ولو قضى للمستحق بعد اثباته بالمستحق ثم برهن البائع على بيع المستحق منه بعد الفسخ تبقى الامة للبائع عند ابي حنيفة وليس له ان يلزمها المشتري لنفوذ القضاء بالفسخ باطنا وظاهرا عنده ولو استحقت من يد مشتري فبرهن الذي قبله على بيع المستحق من بائعه قبل لانه خصم ولو برهن البائع الاول ان المستحق امره ببيعها وهلك الثمن في يده تقبل ولو استهلكه او رده لا تقبل ولو اقر عند الاستحقاق بالاستحقاق ومع ذلك اقام المستحق البينة واثبت عليه الاستحقاق بالبينة كان له ان يرجع على بائعه لان القضاء وقع بالبينة لا بالاقرار لانه محتاج الى ان يثبت بها ليمكنه الرجوع على بائعه هكذا ذكر رشيد الدين في باب الدعوى بالدين بسبب وبغير سبب من فتاواه وذكر في باب ما يكون اقرارا من المدعى عليه من فتاواه المدعي لو اقام بينة على دعواه ثم اقر المدعى عليه بالملك له فالقاضي يقضي بالاقرار لا بالبينة لان البينة انما تقبل على المنكر لا المقر وذكر في آخر كتاب الدعوى ادعى عينا في يد رجل وانكر المدعى عليه فاقام بينة على ما ادعاه فقبل ان يقضي القاضي للمدعي بالبينة اقر المدعى عليه بالعين للمدعي يقضي بالبينة او بالاقرار اختلف فيه المشايخ بعضهم قالوا بالاقرار وبعضهم قالوا بالبينة لان المدعي حين اقام البينة كان المدعى عليه منكرا واستحق المدعي القضاء بالبينة فلا يبطل هذا الاستحقاق باقراره قال والاول اظهر واقرب الى الصواب وهو بناقض ما ذكره في باب دعوى الدين الا ان تخص تلك لمعارض الحاجة الى الرجوع وقصد القاضي الى القضاء باحدى الحجتين بعينها فيتحصل انه اذا ثبت الحق بالبينة والاقرار ينبغي على ما جعله الاظهر ان يقضي بالاقرار وان سبقته اقامة البينة غير ان القاضي يتمكن من اعتباره قضاء بالبينة فعند تحقق حاجة الخصم الى ذلك ينبغي ان يتغير قضاؤه ليتمكن من الضرر عنه بالرجوع ولو قضى بالاستحقاق

فصل في بيع الفضولي **قال** ومن باع ملك غيره بغير امره فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وقال الشافعي رحمه الله لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدا ولان الانعقاد لا بالقدرة الشرعية ولنا انه تصرف تعليك وقد صدر من اهله في محله فوجب القول بانعقاده اذ لا ضرر فيه للمالك مع تخييره بل فيه نفعه حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقراره الثمن في يده وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الالغاء وفيه نفع المشتري لحصول القدرة الشرعية بتخصيص هذه الوجوه كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل يأذن في التصرف النافع

فطلب المشتري بالثمن من البائع فرده عليه ثم ظهر فساد التحكيم ليس للمشتري ان يسترد المستحق من البائع لثبوت التقابل ولو لم يتراادا وحكم القاضي قضى للمستحق وفسخ البيع ثم ظهر فساد القضاء يظهر فساد الفسخ ولو احب البائع ان يأمر غائمة الرد بالاستحقاق فابراه المشتري من ضمان الاستحقاق قالوا لا يرجع بالثمن ان علم الاستحقاق فظهر كان له الرجوع ولا يعمل ما قاله لان الابراء لا يصح تعليقه بالشرط قالوا والحيلة فيه ان يقر المشتري ان بايعي قبل ان يبيعه مني اشتراه مني فاذا اقر على هذا الوجه لا يرجع بعد الاستحقاق لانه لو رجع على بائعه فهو ايضا يرجع عليه باقراره انه بائعه منه والله اعلم

فصل في بيع الفضولي لما كان بيع الفضولي مناسبا لهذا الفصل مع الاستحقاق ظاهرة لان دعوى الاستحقاق تتضمن دعوى الفضولي على احسن الوجوه لانه يتضمن اما دعواه ان بائعك باع ملكي بغير امري غصبه او فضوله واحسن المخارج للمتهم فيه فضوله والفضول جمع فضل غلب في الاستعمال بما لا يعتنى به ومالا ولاية له فيه فتقول لبعض الجهلة لمن يأمن بالمعروف انت فضولي يخشى عليه الكفر قوله ومن باع ملك غيره بغير اذنه فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وهو قول مالك واحمد وقال الشافعي لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك فقد فقدا ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية فصار كبيع الابق والطير في الهواء في عدم القدرة على التسليم وطلاق الصبي العاقل في عدم الولاية وقال عم لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك قلنا المراد بالبيع الذي تجري فيه المطالبة من الطرفين وهو النافذ والمراد ان مبيعه لم يتيسر فيسلم بحكم ذلك العقد وذلك غير ممكن لان الحادث يثبت مقصورا على الحال وحكم ذلك السبب ليس هذا بل ان يثبت بالاجازة من حين ذلك العقد ولهذا يستحق المبيع بزوائده المنفصلة والمتصلة وسبب ذلك النهي ليفيد هذا وهو قول حكيم يا رسول الله ان الرجل يأتيني فيطلب مني سلعة ليست عندي فابيعها منه ثم ادخل السوق فاشتريها فاسلمها فقال عم لا تبع ما ليس عندك وقال الكرخي حدثنا ابراهيم بن موسى الجوزي قال حدثنا الحسن بن الزعراء قال ثنا شعبان عن شبيب بن غرقدة سمعه من قومه عن عروة البارقي وحدثنا ابراهيم قال ثنا ميمون الخياط قال حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة اخبرنا الحسن عن عروة البارقي ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطاه دينارا يشتري به اضحية فاشتري شاتين فباع احدهما بدينار وجاء بشاة ودينار فدعا له النبي صلى الله عليه وسلم في بيعه بالبركة فكان لو اشترى ترابا ربح فيه وروي انه صلى الله عليه وسلم دفع دينارا الى حكيم بن حزام ليشتري اضحية فاشتري شاة ثم باعها بدينارين ثم اشترى شاة بدينار وجاء بالشاة والدينار الى النبي صلى الله عليه وسلم فاخبره بذلك فقال صلى الله عليه وسلم بارك الله لك في صفقة يمينك فاما الشاة فضحى بها واما الدينار فتصدق به وقولك لا انعقاد الا بالقدرة الشرعية ان اردت لا انعقاد على وجه النفاذ سلمنا ولا يضر وان اردت لا انعقاد على وجه التوقف الا ان يرى المالك مصلحته في الاجازة فغير فعله او عدمها فيبطله ممنوع ولا دليل عليه بل الدليل دل على ثبوته وهو تحقق الحاجة والمصلحة لكل من العاقد والمالك والمشتري من غير ضرر ولا مانع شرعي فيدخل ثبوته في العمومات اما تحقق ما ذكرنا فان المالك يكفي مؤنة طلب المشتري ووفور الثمن وقراره ونفاق سلعته وراحة نفسه ووصوله الى البدل المطلوب له المحبوب والمشتري وصوله الى حاجة نفسه ودفعها بالبيع وارتفاع الم نقدها اذا كان مهملا والعاقد يصون كلامه عن الالغاء والاهدار بل وحصول الثواب له اذا نوى الخير لقد تعالى من الاعانة على حصول الرفق لاخيه المسلم ولما كان هذا التصرف خيرا لكل من جانبه عاد الامر من غير ضرر كان الاذن في هذا القدر ثابتا لانه اذن كل عاقل يأذن في التصرف النافع بلا ضرر بسببه اصلا وبالعمومات توجب اعتباره وصار كالوصية من المديون

قال (واذا اجاز الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان جائزا لان الاجازة تصرف فى العقد فلا بد من قيام محله ذلك بقيام المتعاقدين والمعقود عليه واذا اجاز المالك كان الثمن مملوكا لامانة فى يد بمنزلة الوكيل لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة وللفضولى ان يفسخ قبل الاجازة دفعا للعقد فى عين تفسد بخلاف الفضولى فى النكاح لانه صعبر محض هذا اذا كان الثمن دينا فان كان عرضا معينا انما تصح الاجازة اذا كان العرض باقيا ايضا اما الاجازة اجارة تنقلب لا اجازة عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولى وعليه مثل البيع ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن مثليا لانه شراء من وجه والشراء لا يتوقف على الاجازة

المستغرق وبأكثر من الثلث اذا كان المعقود عليه باقيا حيث يتوقف على اجازة المستحق بالاجماع فهذا اصل القياس صحيح لا يقال فاذا ثبت الاذن دلالة ينبغى ان ينفذ العقد لانا نقول الثابت دلالة ما لا خبر فيه وذلك هو الانعقاد موقوفا على رأى المالك فثبت هذا القدر فانفاذه بلا رأيه فيه اضرار به او عقد لا يرضيه فيثبت بخلاف بيع الطير فى الهواء والسمكة فى الماء لا يجوز لعدم المحل فان الطير ليس مملوكا اصلا قبله وما ليس مملوك لاحد لا يكون محلا للبيع وبيع الابق منعقد فاسدا وهو عندنا مفيد للملك اذا اتصل به القبض وعدم توقف طلاق الصبى ولو بمال بحمل الشرع فانه انزله كالمجنون فيما نحن فيه وان كان عاقلا اذ صح توكيله بذلك عن غيره وطلاق المرأة ضرر ظاهر فان عقد النكاح شرع للتراحم والتصاون لانتظام المصالح فلذا لم يتوقف ذلك منه لا على اجازة وليه ولا على اجازته بعد البلوغ بخلاف ما لو اشترى او تزوج امته فان هذه التصرفات تتوقف منه على اجازة وليه او اجازته بعد البلوغ فان قيل ينبغى ان يلغو لعدم المقصود منه وهو الملك قلنا لا يلزم من عدم ترتبه فى الحال عدمه مطلقا بل هو مرجو فلا يلزم عدمه وكون متعلق العقد مرجوا كان فى صحة التصرف وعن هذا صح تعليق الطلاق والعتاق بالشرط والاضافة وقوع فى الحال ولا يقطع بوقوعه فكان ينبغى ان يلغو لكن لما كان بحيث يرجى صح والعقد سبب فى الحال مضافا او عند الشرط كقولنا هذا وقول المصنف تمليك من اضافة العام الى الخاص كحركة الاعراب والاضافة فى تمليه بيانية اى تصرف هو تمليك وحركة هى اعراب ولا حاجة الى هذا القيد هنا لان تصرفات الفضولى تتوقف عندنا اذا صدرت والتصرف مخير اى من يقدر على الاجازة سواء كان تمليكا كالبيع والاجارة والهبة والتزويج والتزوج او اسقاطا حتى لو طلق الرجل امرأة غيره او اعتق عبده فاجاز طلقت واعتق ولد اسائر الاسقاطات كالديون وغيرها فكان الاحسن ان يقول تصرف شرعى وانما القياس على الفضولى بالشراء ففى شراء الفضولى تفصيل ذكره فى شرح الطحاوى وطريقة الخلاف وهو انه لو قال الفضولى بع هذا الغلام فقال المالك بعت فقال الفضولى قبلت لاجله فهو على هذا الخلاف فلا يصح القياس اما اذا قال الفضولى اشتريت هذا الاجل فلان فقال بعت او قال المالك ابتداء بعت منك هذا العبد لاجل فلان فقال اشتريت فقد اشترى الفضولى غير متوقف على اجازة فلان لانه وجد نفاذا على المشترى فلا يتوقف لانه اضيف اليه ظاهرا فلا حاجة الى ابقائه الى رضى الغير فقوله لاجل فلان يحتمل لاجل شفاعته او رضاه بخلاف البيع لم يجد نفاذا فقوله وله الاجازة اى للمالك ان كان المعقود عليه باقيا وهو المبيع وكذا المتعاقدان وهما الفضولى والذى خاطبه فلا بد من بقاء اربعة الثلاثة المذكورة والمالك حتى لو مات لا يصح اجازة الوارث كما سنذكره هذا فيما اذا كان الثمن دينا اى مما لا يتعين وهذا لان الاجازة تصرف فى العقد فلا بد من قيام العقد الذى هو مورد هذا التصرف وقيامه بقيام العاقدين والمعقود عليه وانما لم يذكر المالك لانه ذكر ان الاجازة منه وهو فرع وجوده وفى الايضاح عقد الفضولى فى حق وصف الجواز موقوف على الاجازة فاخذ الاجازة حكم الانشاء ولا بد فى الانشاء من قيام الاربعة وفى التفصيل شرط بقاء المعقود عليه لان الملك لم ينتقل فيه وانما ينتقل بعد الاجازة ولا يمكن ان ينتقل بعد الهلاك والمشترى ليلزمه الثمن وبعد الموت لا يلزم ما لم يكن لزمه حال الحياة والبائع لا يلزمه حقوق العقد بلا اجازة ولا تلزمه الا حيا والمالك لان الاجازة تكون منه لا من وارثه واذا اجاز المالك صار المبيع ملكا للمشترى والثمن مملوكا له امانة فى يده او فى يد الفضولى فلو هلك لا يضمنه كالوكيل فالاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة من حيث انها صار بها تصرفه نافذا وان لم يكن له من كل وجه فان المشترى من الفضولى اذا اجاز المالك لا يفيد بل يبطل بخلاف الوكيل وهذا بسبب ان الملك البات اذا طرأ على الموقوف وهو ملك المشترى من الفضولى يبطل الموقوف ولهذا لو تزوج امته وطيها مولاها بغير اذنه فمات قبل الاجازة توقف النكاح الى اجازة الوارث لانه لم يطرأ ملك بات للوارث فى المبيع ليبطل وهذا يوجب تقييد الوارث بكونه من الولاد بخلاف ابن العم وللفضولى اى

ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث في الفصلين لانه توقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازة غيره ولو اجاز المالك في حيوته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول ابي يوسف اولا وهو قول محمد لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك

في البيع ان يفسخ قبل اجازة المالك حتى لو اجازه لا ينفذ لزوال العقد الموقوف وانما كان له ذلك ليدفع الحقوق عن نفسه فانه بعد الاجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد اليه فيطالب بالتسليم ويخاصم بالعيب وفي ذلك ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل تبوته عليه بخلاف الفضولي في النكاح ليس له ان يفسخ بالقبول وبالفعل لانه معبر محض اي كان قبل عبارة فبالاجازة تنتقل العبارة الى المالك فتصير الحقوق منوطة به لا بالفضولي فلا يلزمه بالاجازة ضرر لتعلق الحقوق وقد ثبت للمالك والولي حتى ان يجبر وكذا بالفعل كان زوج امراة برضاها من غائب فقبل ان يجيز زوجها توقف العقد الثاني ايضا بخلاف ما لو وكله قبل عقده فضوليا ان يزوجه امراة فزوجها فان العقد الاول يبطل لطرو البات على الموقوف هذا الذي ذكرناه فيما اذا كان الثمن دينا فان كان عينا بان باع الفضولي ملك غيره بعوض معين بيع مقايضة اشترط قيام الاربعة المذكورة وخامس وهو هلاك الثمن بالعرض واذا اجاز مالك المبيع والثمن عرض فالفضولي يكون بيع مال الغير شراء للعرض من وجه والشراء لا يتوقف اذا وجد نفاذا فينفذ على الفضولي فيصير مالكا للعرض والذي يفيده والاجازة انه اجاز للفضولي ان ينفذ ثمن ما اشتراه من ذلك العرض له كانه قال اشتر هذا العرض لنفسك وانفذ ثمنه من مالي هذا قرضا عليك فان كان مثليا فعليه مثله وان كان قيميا كثوب او جارية فقيمته فيصير مستقرضا للجارية او الثوب والقرض وان لم يجز في القيميات لكن ذلك اذا كان مقصودا وهنا انما ثبت ضمنا مقتضى لصحة الشراء فيراعى فيه شرائط صحة المقتضى وهو الشراء لا غير كالكفيل بالمسلم فيه اذا اداه من مال نفسه يصير مقرضا حتى يرجع بقيمته ان كان ثوبا لان الثوب مثلي في باب السلم فكذا فيما جعل بمعناه فكذا ههنا واما صحة الشراء العبد الا بقرض الجارية والشراء مشروع فيما في ضمنه يكون مشروعا هذا واذا نفذ الشراء على المشتري اذا لم يصفه الى آخر وجد الشراء النفاذ عليه ولم يسبق توكيل للمشتري من آخر فما ان كان كذلك فالشراء يتوقف وفي الوكالة ينفذ على الموكل فانه ذكر في شرح الطحاوي ولو اشترى رجل لرجل شيئا بغير امره كان ما اشتراه لنفسه اجاز الذي اشتراه له او لم يجزه الا اذا اضافه الى آخر بان قال للبائع بع عبدك من فلان بكذا فقال بعت فقال المشتري هذا البيع لفلان فانه يتوقف وقوله ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث قدمنا الكلام فيه وهو بخلاف القسمة عند ابي حنيفة وابي يوسف فان القسمة الموقوفة على اجازة الغائب الكبير جازت باجازة ورثته بعد موته استحسانا لانه لا فائدة في نقض القسمة ثم الاعادة وقول محمد القسمة مبادلة كالبيع فلا يجوز باجازة ورثته هو القياس والاستحسان مقدم ولو هلك المبيع قبل الاجازة قبل التسليم فلا ضمان على احد وان هلك بعده فالمالك ان يضمن ايهما شاء البائع او المشتري وايهما اختار يبرأ الآخر من الضمان لتضمن التضمين تمليكا فاذا ملكه من احدهما لا يتصور تمليكه من الآخر فان اختار تضمين المشتري يطل البيع الموقوف لان اخذ القيمة كاخذ العين ويرجع المشتري بالثمن على الفضولي لانه ضمن وان اختار تضمين البائع نظر ان كان قبض البائع مضمونا عليه نفذ بيعه لانه سبب ملكه وهو غصبه وتقدم عقده وان كان قبض امانة وانما صار مضمونا عليه بالتسليم لا ينفذ بيعه في الضمان لان سبب ملكه تاخر عن عقده وذكر محمد في ظاهر الرواية انه يجوز البيع بتضمين البائع وهو محمول على انه سلمه اولا ثم صار مضمونا عليه ثم باعه فصار كالمغصوب هذا اذا باعه بثمن دين فان كان بعين مما يتعين بالتعيين فهلك في يد البائع بطل بيعه فلا يلحقه اجازة ويرد المبيع على صاحبه ويضمن البائع للمشتري مثل العرض او قيمته ان كان قيميا لانه قبضه بعقد فاسد ولو اجاز المالك في حياته ولم يعلم حال المبيع جاز البيع في قول ابي يوسف اولا وهو قول محمد لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك

قال ومن غصب عبدا فباعه واعتقه المشتري ثم اجاز مولى العبد البيع فالعتق جائز لانه استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد لا يجوز لانه لا عتق الا عتق بن دون الملك قال عليه السلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم والموقوف لا يقبل الملك ولو ثبت فى الاخرى يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه والصحيح لزوم عتاق الملك الكامل المار ويانا وهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولان يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع ذلك وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع انه اسرع نفاذا حتى نفذ من الغاصب اذا ادى الضمان وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولهما ان الملك انما توقف فائدته الملك لا اصله ولهذا يتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه على مالك فيتوقف الاعتاق ويتبعه عليه وينفذ بنفاذه وصار كاعتاق المشتري من الراهن وكاعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالدين يصح وينفذ اذا قضى الدين بعد ذلك بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب غير موضوع لافادة الملك بخلاف ما اذا كان فى البيع خيار للبائع لانه ليس بمطلق ولقران الشرط به ممنع انعقاده فى حق الحكم اصلا وبخلاف المشتري من الغاصب اذا باع لان الاجازة يثبت للبائع ملك بات فاذا طرء على ملك موقوف لغيره ابطله واما اذا ادى الغاصب الضمان ينفذ اعتاق المشتري منه لان ذكره هاهنا وهو الاصح

قوله ومن غصب عبدا فباعه فاعتقه المشتري ثم اجاز مولى العبد البيع فالعتق جائز لان ذكر محمد فى الجامع الصغير ولم يذكر خلافا فكنهم اثبتوا خلافه مع تقرر فى بطلانه العتق وهذه من المسائل التى جرت المجاورة بين ابى يوسف ومحمد حين عرض عليه هذا الكتاب فقال ابو يوسف ما رويت لك عن ابى حنيفة ان العتق جائز وانما رويت لك ان العتق باطل وقال محمد بل رويت لى ان العتق جائز واثبات مذهب ابى حنيفة فى صحة العتق بهذا لا يجوز لتكذيب الاصل الفرع صريحا واقل احتمال ان يكون فى المسئلة روايتان عن ابى حنيفة قال الحاكم الشهيد قال ابو سليمان هذه رواية محمد عن ابى يوسف رح ونحن سمعنا من ابى يوسف انه لا يجوز عتقه وسيجى ان شاء الله تعالى قالوا وقول محمد قياس وقول ابى حنيفة استحسان وجه قول محمد انه لا عتق الا فى ملك لقوله عم لا عتق فيما لا يملك ابن آدم والموقوف لا يفيد الملك وقت العقد ولو ثبت فى الاخرى اى عند الاجازة ثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه والصحيح للاعتاق الملك الكامل المار ويانا من هذا الحديث وقد سلف تخريجه ولهذا اى لاجل ان الشرط الملك الكامل لا يصح ان يعتقه الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا المشتري بشرط الخيار للبائع ثم يجيز البائع البيع وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع ان البيع اسرع نفاذا من العتق حتى نفذ من الغاصب اذا ادى الضمان بعد ان باع وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولا الطلاق فى النكاح الموقوف حتى اذا اجيز لا يقع المرأة وكل من الطلاق والعتق فى الحاجة الى الملك على السواء وكذا اذا جعل مفوض الامر امرأة رجل بيدها فطلقت نفسها ثم اجاز الزوج لا تطلق بل يثبت التفويض فان طلقت نفسها الآن طلقت رج والا لا ولها ان الملك ثبت موقوفا فيتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه على مالك فاول الباب فيثبت الاعتاق موقوفا متربا عليه ثم ينفذ بنفاذه ومطلق بفتح اللام واحترز به عن البيع بشرط الخيار فيخرج جوابا قوله لا يصح البيع بشرط الخيار للبائع لان ذلك ليس بتصرف مطلق اذ الخيار يمنع ثبوته فى حق الحكم لا باتا ولا موقوفا وقد يقرر بكسر اللام والفتح اصح وبموضوع لافادة الملك عن الغصب فخرج الجواب عن قوله لا ينفذ من الغاصب اذا اعتق ثم ادى الضمان على ان الغصب ليس سببا موضوعا لافادة الملك وانما ثبت الملك ضرورة اداء الضمان فهو بعرضية ان يصير سببا لانه وضع سببا فيقتصر على ذلك وكذا لا يتعدى الى الزوائد المنفصلة بخلاف البيع اذا اجيز يثبت الملك فى المتصلة والمنفصلة واما بيع المشتري من الغاصب فانما لا يصح منه لبطلان عقده بالاجازة فان بها يثبت الملك للمشتري باتا والملك البات اذا ورد على الموقوف ابطله وكذا لو وهبه مولاه للغاصب او تصدق به عليه او مات فورثه فهذا كله يبطل الملك الموقوف لانه لا يتصور اجتماع البات مع الموقوف فى محل واحد على وجه يطرأ فيه البات والا فقد كان فيه ملك بات وعرض سعة الملك الموقوف وصار كاعتاق المشتري من الراهن فانه يتوقف بالاتفاق على اجازة المرتهن او فك الراهن والجامع انه اعتاق فى بيع موقوف وكاعتاق الوارث عبدا من التركة المستغرقة بالدين يصح ثم ينفذ اذا قضى الدين واما اعتاق المشتري من الغاصب الضمان فمقبول ينفذ كذا ذكره هلال الرأي بن يحيى البصري فى رؤوسه وهو من اصحاب ابى يوسف وذكر فيمن غصب ارضا فباعها موقنها المشتري ثم ادى الغاصب ضمانها حتى ملك قال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق اولى واما عدم وقوع الطلاق فى النكاح الموقوف وفى التفويض الموقوف فالاصل فيه ان كل تصرف جعل شرعا سببا للحكم اذا وجد من غير ولاية شرعية فلم يستعقب حكمه وتوقف ان كان مما يصح تعليقه جعل معلقا والا اصحبنا الى ان نجعل سببا فى الحال مقتضيا لحكمه ان امكن فالبيع ليس مما يعلق فجعل سببا فى الحال فاذا زال المانع من ثبوت الحكم بوجود الاجازة ظهر اثره من وقت وجوده ولذا ملك الزوائد واما التفويض فحيث جعلنا الموجود من القبول معلقا بالاجازة فانها تثبت التفويض للحال لا مستندا فلا تثبت حكمه

قال فان قطعت يد العبد فاخذ ارشها ثم اجاز البيع فالارش للمشتري لان الملك تم له من وقت الشراء فتبين ان ما حدث في ملكه وهو جناية [illegible] والعبد له ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده واخذ الارش ثم رجع في الرق يكون الارش له كذا اذا قطعت يد المشتري وفي التبيين والخيار للبائع ثم ليعتبر البيع فالارش للمشتري بخلاف الاعتاق على مال وتصدق فيما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه او فيه شبهة عدم الملك قال فان باعه المشتري من آخر ثم اجاز الاول البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا وكان فيه غرر لانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به بخلاف الاعتاق عندهما لانه لا يؤثر فيه الغرر قال فان لم يبعه المشتري فمات في يده او قتل ثم اجاز البيع لم يجز لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل اذ لا يمكن ايجاب البدل للمشتري بالقتل حتى يبقى باقيا ببقاء البدل لانه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبدل فيتحقق الفوات بخلاف البيع الصحيح لان ملك المشتري ثابت فامكن ايجاب البدل له فيكون البيع قائما ببقاء خلفه

الا من وقت الاجازة واما النكاح فلا يعلق ولا يمكن ان يعتبر في حال التوقف سببا لملك المتعة المستعقب له اذا ثبت وهذا لانه لا يثبت لاجل صحة الطلاق مقصودا لان شرعيته لقصد ذلك من انتظام المصالح بينهما لوقوع التشاتم بالفرقة فلا يثبت ذلك الا بناء على ثبوت المقصود اولا وهو منتف هنا فلو ثبت لكان ليس الا لصحة وقوع الطلاق بخلاف ملك القن فانه يجوز ان يثبت مقصودا لصحة العتاق والمراد من قوله صلى الله عليه وسلم لا عتق الحديث النافذ في الحال وغايته ما يفيد لزوم الملك للعتق وهو ثابت هنا فانا لم نوقفه قبل الملك فحاصل الخلاف كما قال الامام التمرتاشي يرجع الى ان بيع الفضولي لا ينعقد في حق الحكم عند محمد وهو الملك لانعدام الولاية فكان الاعتاق لاقيا ملكا فيبطل كما لو باعه المشتري من الغاصب وعندهما يوجبه موقوفا لان الاصل اتصال الحكم بالسبب والتاخير لدفع الضرر عن المالك والضرر في رفع الملك لا في توقفه وبعد فالمقدمة القائلة في كلام محمد الصحيح لا عتاق الملك الكامل لم يصرح فيها بدفع ويمكن ان يستخرج من الدليل المذكور منع انه يحتاج الى ملك كامل وقت ثبوت بل وقت نفاذه وهو كذلك قوله فان قطعت يد العبد اي عند المشتري من غاصبه وحاصل وجوه هذه المسئلة المذكورة ان من غصب عبدا فباعه فاما ان يعتقه المشتري من الغاصب ثم يجيز المالك بيع الغاصب واما ان لا يعتقه ولكن قطعت يده ونحوه من الجراحات الموجبة للارش فاخذ ارشها ثم اجاز المالك بيع الغاصب واما ان لا يكون اخذ هذين ولكن باعه المشتري من الغاصب ثم اجاز المالك بيع الغاصب وهو الذي يلي هذا الفرع واما ان لا يكون شيء من ذلك ولكن مات في يده او قتل ثم اجاز وهي اربعة فروع تتفرع على اجازة الغاصب اولا واما اذا اجاز بيع الغاصب بعد عتق المشتري منه وهي التي فرغنا منها والثاني اذا اجاز بيع الغاصب بعد ان جنى على العبد جناية فاخذ ارشها فان الارش يستحقه المشتري من الغاصب لان قطع يده لا يمنع صحة الاجازة اذ لم تفت المقصود عليه بقطعها بخلاف موته فاذا تحققت الاجازة ظهر انه قطع في ملكه فيستحق ارش يده لما ذكرنا من ان البيع موضوع سببا للملك بخلاف ما لو قطعت في يد الغاصب ثم ادى الضمان فملك العبد فانه لا يكون له الزوائد لان الغصب لا يوضع سببا للملك وانما يثبت الملك مستندا لوقت الغصب بطريق الضرورة فيظهر في المتصل لا المنفصل ثم يتصدق هذا المشتري بما زاد من ارش اليد على نصف الثمن لانه اي ما زاد على نصف الثمن لم يدخل في ضمانه لما ذكرنا ان اليد من الادمي نصفه فالذي دخل في ضمانه هو ما كان في مقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمنه وهذا لان ارش يد العبد نصف قيمته والحر نصف ديته وعسى ان يكون نصف القيمة اكثر من نصف الثمن فلا يطيب له الفضل فانه انما دخل في ضمانه بالثمن لا بالقيمة وذكر المصنف وجها آخر وهو انه فيه شبهة عدم الملك لان الملك في الارش ثبت يوم القطع مستندا الى يوم البيع وهو ثابت من وجه دون وجه وهو شبهة عدم الملك وانما يرد عليه لو وجب التصدق لشبهة عدم الملك في الزائد ينبغي ان يتصدق بالكل لان في الكل شبهة عدم الملك يعني المذكور في الزوائد ولو قيل شبهة عدم الملك انما يوثر المنع مع كونه لم يضمن لا بانفراده وفيه بان كونه لم يضمن ليتساهل بالمنع التقاما فلا حاجة الى زيادة شبهة عدم الملك اذ لا يفيد شيأ ووزع في الكافي الوجهين فقال ان لم يكن العبد مقبوضا واخذ الارش يكون الزائد على نصف الثمن ربح ما لم يضمن لان العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه ولو كان اخذ الارش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود اي الملك حقيقة وقت القطع وانما ثبت فيه بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجه دون وجه ولو كان المشتري من الغاصب اعتق العبد ثم قطعت يده ثم اجاز المولى بيع الغاصب كان الارش للعبد قال المصنف وهذه اي هذه المسئلة في بعض النسخ وهو حجة على محمد يعني كون الارش للمشتري حجة على محمد في عدم تجويزه عتاق المشتري من الغاصب اذا اجاز المالك بيع الغاصب فانه اعتاق في ملك موقوف وهذا استحقاق ارش

قال ومن باع عبدا غير مأذون بغير أمره فأقام المشتري البينة على إقرار البائع أو على رب العبد أنهم أمروه بالبيع وأدى الثمن لم تقبل بينته للتناقض في الدعوى إذ الإقدام على الشراء إقرار منه بصحته والبينة مبنية على صحة الدعوى وإن أقر البائع بذلك على القاضي بطل البيع إن طلب المشتري ذلك لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار فللمشتري أن يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا شرط طلب المشتري قال رحمه

بملك موقوف قال والعذر له أي جوابه بالفرق بأن الملك عن وجه يكفي لاستحقاق الارش كالمكاتب إذا قطعت يده فأخذ أرشها ثم عجز فرد في الرق فإن الارش للمولى مع أن ملكه فيه حال الكتابة من وجه لا من كل وجه وكذا إذا قطعت يد العبد في يد المشتري والخيار للبائع ثم أجاز البائع البيع يكون الارش للمشتري بخلاف الاعتاق على ما مر حيث لا يكفي فيه إلا الملك من كل وجه والثالث من الفروع بأذكره بقوله فإن باعه المشتري من آخر ثم أجاز المولى البيع الأول أي بيع الغاصب لم يجز البيع أي بيع المشتري من الغاصب من الآخر لما ذكرنا يعني قوله لأن الإجازة تثبت للبائع ملكا بأتا إلى آخره وإن فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الإجازة في البيع الأول أي بيع الغاصب بخلاف الاعتاق عندهما أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف فإنه أي الاعتاق لا يؤثر فيه غرر الانفساخ بدليل أن المشتري لو اعتق العبد قبل قبض المشتري ولو باعه لا يجوز وقد روي عن أبي حنيفة أنه يتوقف كبيع كما يتوقف الاعتاق واستشكل هذا التعليل بأنه شامل لبيع الفضولي مطلقا أجنبيا أو غير غاصب إذ فيه غرر الانفساخ على تقدير عدم الإجازة ومع ذلك ينعقد موقوفا وتلحقه الإجازة أجيب بأن هناك معارضا لغرر الانفساخ مرجحا عليه وهو ما تقدم من تحقق المصالح المتعدية وانتفاصره من غير شائبة ضرر وليس مثله ثابتا في البيع الثاني لأنه لم يملكه مشتري الأول حتى يطلب مشتريا آخر فيتجرد البيع الثاني عرضة الانفساخ فلم ينعقد أصلا وإنما وجب تقديم ذلك المعارض لأنه لو اعتبر مجرد غرر الانفساخ بلا اعتبار النفع لم يصح بيع أصلا لأن كل بيع فيه غرر الانفساخ خصوصا في المنقولات بجواز هلاك المبيع قبل القبض فينفسخ فالمعتبر مانع غرر الانفساخ الذي لم يشبه نفع وفرق التعابي لغير هذا بين اعتاق المشتري من الغاصب حيث ينفذ بالإجازة وبين بيع المشتري من الغاصب حيث لا ينفذ بالإجازة لأن العتق منه للملك فهو مقرر للملك حكما والمقرر للشيء من حقوقه فجاز أن يتوقف بتوقعه والبيع إزالة له بلا انهاء فكان ضررا محضا بحكمه فلا يتوقف بتوقفه ولا ينفذ بنفاذه والدليل على الفرق بينهما أن المشتري إذا اعتق ثم اطلع على عيب يرجع بالنقصان ولو باع ثم اطلع على عيب لا يرجع والرابع بأذكره بقوله فإن لم يبعه المشتري ولكن مات في يده أو قتل ثم أجاز البيع لم يجز لما ذكرنا أن الإجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات وهذا في الموت ظاهر وأما في القتل فلم يعتبر إيجاب البدل للمشتري بالقتل فيكون المعقود عليه باقيا بمقام بدله فتصح الإجازة كما في البيع الصحيح إذا قتل فيه العبد قبل القبض فإن البيع لا ينفسخ كما ينفسخ بالموت بل يحصل قيام بدله كقيامه فيتخير المشتري بين أن يختار البيع فيدفع الثمن ويرجع ببدل العبد على قاتله وبين أن يفسخه فيصير إلى البائع فدار الفرق بأنه لا ملك للمشتري من الغاصب حال القتل ملكا يقابل بالبدل لأنه ملك موقوف والملك الموقوف لا يقابل بالبدل بخلافه في البيع الصحيح

قوله ومن باع عبد غيره بغير أمره قوله بغير أمره وإن وقع في الجامع الصغير فليس من صورة المسألة بل صورتها باع عبد غيره من رجل فأقام ذلك المشتري بينة على إقرار البائع أنه لم يأمره بالكه بيعه أو أقام على قول رب العبد ذلك وأراد بذلك رد العبد فإن هذه البينة لا تقبل للتناقض في الدعوى أما لو أقام على النهار دليل صحة دعواه وإنما يملك بيعه ودعواه إقراره بعدم الأمر بناقضه إذ هو دليل أنه لم يصح ولم يملك البائع البيع وتقبل البينة بنى على صحة الدعوى حيث لم تصح لم تقبل ولو لم تكن بينة بل ادعى البائع بعد البيع أن صاحبه لم يأمره ببيعه وقال المشتري أمرك أو ادعى المشتري عدم الأمر فادعى البائع الأمر فالقول لمن يدعي الأمر لأن الآخر ناقض إذا قدامه على البيع والنهار دليل اعترافه بالصحة وقد ناقض بدعواه عدم الأمر بخلاف الآخر وكذا ليس له أن يستحلفه لأن الاستحلاف يترتب على الدعوى الصحيحة لا الباطلة ذكره في شرح الزيادات بخلاف

وذکر فی الزیادات ان المشتری اذا صدق مدعیہ ثم اقام البینۃ علی اقرار البائع انہ للمستحق تقبل وفرقوا ان العبد فی ھذہ المسئلۃ فی ید المشتری

مالوا قر البائع عند القاضی بذلک حیث حکم بالبطلان والردان طلب المشتری ذلک لان التناقض لایمنع صحۃ الاقرار فکذا صح اقرارہ بالشی بعد انکارہ ایاہ الان الاقرار حجۃ قاصرۃ یعنی انما ینفذ فی حق المقر خاصۃ واذا وافقہ المشتری نفذ علیھما فلذا شرط طلب المشتری حتی یکون نقضا باتفاقھما لابمجرد اقرار البائع والمراد من فسخ القاضی انہ یمضی اقرارھما ان الفسخ یتوقف علی القضاء وفروعھا ان صاحب العبد لو حضر وصدقھما فقد الفسخ فی حقہ وتقرر ان کذبھما وقال کنت امرتہ کان القول قولہ لما ذکرنا ان اقدامھما اقرار منھما بالامر فلا یمیل رجوعھما فی حقہ ویلزم البائع الثمن لہ ویکون المبیع للبائع لانہ وبطل عن المشتری الثمن للامر فی قول ابی حنیفۃ ومحمد رحمھما اللہ وعند ابی یوسف یبقی فی ذمۃ المشتری للامر ویرجع المشتری علی البائع بمثل الثمن بناء علی ان الوکیل بالبیع یملک ابراء المشتری عن الثمن عند ابی حنیفۃ ومحمد رح ویملک الاقالۃ بغیر رضا الآمر فعلی قول ابی یوسف لایملک قولہ وذکر فی الزیادات الخ صورۃ مسئلۃ الزیادات اشتری جاریۃ وقبضھا ونقد الثمن ثم ادعاھا مستحق کان المشتری خصما لانہ یدعیھا لنفسہ فان اقر بھا للمدعی امر بتسلیمھا فلا یرجع بالثمن علی بائعہ لان اقرارہ بھا لایکون حجۃ علی البائع وکذا لو جحد دعواہ فحلف فنکل فقضی علیہ بالنکول لان نکولہ لیس حجۃ علی غیرہ لانہ کاقرارہ فرق بین ھذا وبین الوکیل بالبیع اذا رد علیہ بعیب یحدث مثلہ باقرارہ لایلزم الموکل وان رد علیہ بنکولہ یلزمہ کردہ بالبینۃ لان المشتری مختار کالنکول لانہ امتنع عن الیمین مع وجود ما یطلق لہ الحلف وھو البیع الذی ھو الظاھر فی الملک ولو کان مضطرا فالاضطرار انما لحقہ لعمل باشرہ بنفسہ فلا یظھر حکم نکولہ فی حق الغیر اما الوکیل فمضطر فی النکول اذ لم یوجد ما یطلق لہ الحلف فان غیر المالک یخفی علیہ عیب مالک المالک ولو قال المشتری انا اقیم البینۃ انھا للمستحق لایرجع علی البائع لایلتفت الیہ لانہ مناقض فی دعواہ بان اقدامہ علی الشراء اقرار منہ بملک البائع وبصحۃ البیع وبھذا البینۃ مناقض فرق بین ھذا وبین ما ذکر فی المأذون رجل اشتری عبدا وقبضہ ونقد الثمن ثم اقام البینۃ ان البائع باع العبد قبل ذلک من فلان الغائب بکذا قبلت بینتہ مع انہ مناقض سلمنا فی نقض ماتم بہ والبینۃ ما روی ابن سماعۃ عن محمد اذا وھب لرجل جاریۃ فاستولدھا الموھوب لہ ثم اقام الواھب بینۃ انہ کان دبرھا او استولدھا قبلت بینتہ فیرجع علی الموھوب لہ بالجاریۃ والعقر وقیمۃ الولد مع انہ مناقض سلمنا فی نقض ماتم بہ وفرق امانی مسئلۃ الواھب فالفرق ان التناقض فیما ھو من حقوق الحریۃ کالتدبیر والاستیلاد والتناقض فیہ لایمنع صحۃ الدعوی وعندی ان ھذا غیر صحیح لان التناقض انما قیل فی دعوی الحریۃ لانھا مما قد یخفی علی المتناقض المدعی لھا بعد اقرارہ بالرق والفاعل بنفسہ للتدبیر مثلا والاستیلاد لایخفی علیہ فعل نفسہ من استیلادہ ووطیہ فیجب ان لاتقبل تناقضہ ولایحکم ببینتہ واما فی مسئلۃ المأذون فبانہ لما اقام البینۃ علی المبیع من الغائب قبل البیع منہ فقد اقامھا علی اقرار البائع انہ ملک الغائب لان البیع اقرار من البائع بانتقال الملک الی المشتری ثم فی مسئلۃ الاستحقاق لو اقامھا علی اقرار البائع انھا للمستحق قبلت لانہ یثبت لنفسہ حق الرجوع علی البائع باقرارہ وھو خصم فی ذلک ویثبت مالیس بثابت وھو اقرار البائع ولو کان مناقضا فالتناقض یرتفع بتصدیق الخصم وھو یثبت بھذہ تصدیق الخصم ویجوز ان تقبل البینۃ علی اقرار الخصم ولاتقبل علی نفس الحق کما قال علماؤنا فیمن فی یدہ عبد فادعاہ رجل فاقام صاحب الید البینۃ انہ لفلان الغائب لاتقبل بینتہ الم یدع الوصول الیہ من جھۃ الغائب ولو اقامھا علی اقرار المدعی انہ لفلان الغائب تقبل وان لم یدع الوصول الیہ من جھتہ وفرق فی شرح الزیادات بین ھذا وبین مسئلۃ الجامع المذکور فی الھدایۃ وھو انہ لاتقبل بینۃ

وفي تلك المسئلة في يد غيره وهو المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالما للمشتري

المشتري على اقرار البائع انه لم يأمره كما لا تقبل على دعواه انه لم يأمره بإيداعه وضع المسألة في الجامع فيما اذا كان المبيع في يد المشتري فهو سالم له من حيث الظاهر وسلامة المبيع من حيث الظاهر تمنع الرجوع بالثمن فلا يكون مدعيا لنفسه حق الرجوع وفي الزيادات وضع فيما اذا اخذت الجارية من يد المشتري فكان مدعيا لنفسه حق الرجوع قال ولا يقال في مسألة الماذون المبيع في يد المشتري ومع هذا قبلت بينته لانا نقول ذلك محمول على ما اذا اخذ العبد من يده وهذا هو فرق المصنف وهو منظور فيه لان وضع مسألة الزيادات ايضا في ان الجارية في يد المشتري كما اسمعناك فالاولى ما ذكر في الفوائد الظهيرية عن بعض المشايخ ان مسألة الجامع محمولة على ان المشتري اقام البينة على اقرار البائع قبل البيع اما اذا اقامها على اقراره بعد البيع ان رب العبد لم يأمره بالبيع فتقبل لان اقدام المشتري على الشراء ينافض دعواه اقرار البائع لعدم الامر قبل البيع ولا ينافض دعواه اقراره بعدم الامر بعد البيع قال ومسألة الزيادات محمولة على هذا ايضا فتح الغنية من التفرقة بين المسئلتين انتهى وقيل مسألة الجامع محمولة على اقرار البائع او رب العبد قبل البيع فلم تقبل للتناقض والزيادات على اقرار بعد البيع فلم يلزم التناقض فقبلت وهو المناسب المسألة بائع عبد غيبه بالامر ثم اشتراه من مولاه ثم اقام البائع البينة انه اشترى العبد من مولاه بعد بيعه او ورثه بعد البيع قال محمد تقبل بينته ويبطل البيع الاول ومن فروع مسألة الاستحقاق على ما في شرح الزيادات ما لو قال المشتري للقاضي سل البائع ان الامة للمستحق او ليس له اجابة القاضي الى ذلك لانه يدعي انه مظلوم وله حق الرجوع عليه بالثمن باقراره فيسأله القاضي فان اقر بذلك لزمه الثمن وان انكر وطلب المشتري تحليفه اجابه القاضي الى ذلك فمنهم من قال انما يحلفه لانه ادعى عليه معنى لو اقر به يلزمه واذا جحد يستحلف كما في سائر الدعاوى فان قيل نعم هو كذلك لكنه مناقض لان شراءه اقرار منه بصحته ودعواه انه ملك المستحق انكار ذلك ولهذا لا تقبل بينته وكما لا تقبل البينة الا بعد دعوى صحيحة لا يستحلف الا بعد دعوى صحيحة دل عليه ما في الماذون اشترى عبدا شائما قال انا محجور قال البائع ماذون فاراد العبد ان يقيم البينة على ما ادعى لا تقبل ولا يستحلف خصمه وان اقر به البائع يلزمه وذكر في الجامع ان المشتري لو اراد استحلاف البائع انك ما بعته من فلان قبل ان تبيعه مني لم يكن له ذلك وان اقر به البائع يلزمه والجواب ان في مسئلتنا المشتري غير مناقض من كل وجه لانه لا ينكر العقد اصلا ولا الثمن فان بيع مال الغير منعقد وبدل المستحق مملوك وانما ينكر وصف العقد وهو اللزوم بعد الاقرار من حيث الظاهر فكان مناقضا من وجه دون وجه فجعلناه مناقضا في حق البينة ولم نجعل له مناقضا في حق اليمين ليكون عملا بهما والعمل على هذا الوجه اولى لان البينة حجة متعدية فلو لم نجعله مناقضا في حق البينة يلزمنا ان لا نجعله مناقضا في حق اليمين بطريق الاولى بخلاف مسألة الماذون لان العبد منكر لحكم العقد اصلا لان شراء المحجور لا يوجب ملك الثمن فكان مناقضا من كل وجه وبخلاف مسألة الجامع لان ثمة المبيع في يد المشتري فلا يكون بها حق الخصومة وعلى هذا طريقة الموافقة للمصنف في الفرق قال ولو لم يستحق الجارية ولكن ادعت انها حرة الاصل فان اقر المشتري بذلك او استحلف فنكل وقضى القاضي بحريتها لم يرجع المشتري على البائع اما حرية الجارية فلانها كانت له من حيث الظاهر فصح اقراره ولا يرجع على البائع ان نكلوا اقراره حجة عليه دون غيره منهم من قال قوله او استحلف فنكل غلط من الكاتب لان الاستحلاف لا يجري في دعوى الرق في قول ابي حنيفة رح وعندهما رح يجري الا ان اليمين تكون على الاثبات فلا معنى لقوله فابى المشتري اليمين ومنهم من قال

قال ومن باع دار الرجل وادخلها المشترى فى بنائه لم يضمن البائع عند ابى حنيفة رح وهو قول ابى يوسف رح آخرا وكان يقول اولا يضمن البائع وهو قول محمد رح وهى مسئلة غصب العقار وسنبينه فى الغصب انشاء الله تعالى والله اعلم بالصواب

بل هو صحيح لان موضوع المسئلة فيما اذا بعيت الامة وسلمت فانتقدت لذلك فانتقدها كما قرارها بالرق فدعواها الحرية كدعوى العتق العارض فيكون الثمن على المشترى لان الظاهر شاهد له فلو ان المشترى اقام البينة على البائع انها حرة قبلت بينته ويرجع عليه بالثمن فرق بين هذا وبين الاستحقاق من وجهين احدهما انه ليس بناقض فى فصل الحرية لانها فيها تظهر ببينته انه اخذ الثمن بغير حق وذلك دين عليه لان الحرية تنفى انتقاد العقد وملك الثمن للبائع فكانت البينة مظهرة ان اقدامه على الشراء اقرار لم يكن اقرارا بانتقاد العقد فلا تحقق التناقض اما الاستحقاق فلا يمنع انتقاد العقد ولا ملك الثمن للبائع فلو قبلنا بينة المشترى انها للمستحق لاظهر بينة انها للمستحق لان اقدامه على الشراء اقرار بملك الثمن للبائع ومع بقاء ذلك الاقرار يتحقق التناقض ويصير مكذبا بشهوده ساعيا فى نقض ما تم به فالوجه الثانى انه مناقض فى الفصلين الا ان هذا تناقض لا يحتمل النقض فلا يمنع صحة الدعوى كما لو تزوج امراة ثم اقامت البينة انها اخته من الرضاع او اقامت البينة انه طلقها ثلاثا ثم تزوجها قبل ان تنكح زوجا غيره كذا لو اعتق عبده على مال ثم اقام العبد البينة انه اعتقه قبل ذلك قبلت واختلف اصحابنا رح فيمن باع ارضا ثم اقام العبد بينة انه باع ما هو وقف منهم من قال لا تقبل لانه يحتمل الفسخ فصار كالبيع ومنهم من قال تقبل لانه لا يحتمل الفسخ فصار كالبيع بعد القضاء فصار بمنزلة التدبير ونحوه وذكر ابو بكر الرازى رح انما تقبل بينة المشترى انها حرة لانها شهادة قامت على حرمة الفرج فتقبل من غير دعوى حتى لو كان مكان الامة عبد على قول ابى حنيفة لا تقبل وعلى قولهما تقبل لانها شهادة على عتق العبد فلا تقبل من غير دعوى والتناقض يمنع الدعوى ولو ادعى المستحق انها امته اعتقها او دبرها او ولدت منه فاقر المشترى بذلك او ابى اليمين وقضى عليه لا يرجع على البائع بالثمن لما قلنا فان اقام المشترى البينة على البائع بذلك ان شهد الشهود على ان ذلك كان قبل الشراء قبلت بينته ويرجع عليه بالثمن لانه ثبت ببينته انها لم تدخل فى العقد فكان مدعيا للدين فلا يكون مناقضا فان شهدوا على ان ذلك كان بعد الشراء بينهما لا تقبل بينته لانها وقت العقد كانت مملوكة محلا للعقد والاعتاق المتاخر لا يبطل الشراء السابق قوله ومن باع دار الرجل اى غرصه غيره بغير امره وفى جامع فخر الاسلام صفة المسئلة اذا باعها ثم اعترف بالغصب بعدما ادخلها المشترى فى بنائه فكذبه المشترى لم يضمن البائع عند ابى حنيفة لمن اقر بالغصب منه وهو قول ابى يوسف آخرا وكان يقول اولا يضمن وهو قول محمد وهى مسئلة غصب العقار هل تحقق اولا عند ابى حنيفة لا فلا يضمن وعند محمد نعم فيضمن فروع تتعلق بهذا الفصل باع الامة فضولى من رجل وزوجها منه فضولى آخر فاجيزا معا ثبت الاقوى فصير مملوكة لازوجة ولو زوجاها كل من رجل فاجيزا بطلا ولو باعاها كل من رجل فاجيزا نصف بينهما ويخير كل منهما بين اخذ النصف او الترك ولو باعه فضولى واجره اخر او رهنه او زوجه فاجيزا معا ثبت الاقوى فيجوز البيع ويبطل غيره لان البيع اقوى وكذا ثبتت الامة اذا وهبه فضولى واجره آخر وكل من العتق والكتابة والتدبير احق من غيرها لانها لازمة بخلاف غيرها والاجارة احق من الرهن لافادتها ملك المنفعة بخلاف الرهن والبيع احق من الهبة لان الهبة تبطل بالشيوع فيها لا يبطل بالشيوع كهبة فضولى عبدا وبيع آخر اياه يسقوطان لان الهبة مع القبض تساوى البيع فى افادة الملك وهبة المشاع فيما لا يقسم صحيحة فيأخذ كل النصف ولو تبايع غاصبا عرض رجل واحد له فاجاز لم يجز لان فائدة البيع ثبوت ملك الرقبة والتصرف بها حاصلان للمالك فى البدلين بدون هذا العقد فلم ينعقد فلا يلحقه الاجازة لو غصبا من رجلين وتبايعا واجاز المالك جاز ولو غصب النقدين من واحد وعقد الصرف وتقابضا ثم اجاز جاز لان النقود لا تتعين فى المعاوضات وعلى كل واحد من الغاصبين مثل ما غصب وتقدم ان المختار فى بيع المرهون والمستاجر انه موقوف على اجازة المستاجر والمرتهن ولو

باب السلم

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة فقد قال ابن عباس رضي الله عنهما اشهد ان السلف المضمون داخل فيها اطول آية في كتابه وبالسنة وهو ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس وان كان باباه ولكنا تركناه بما روينا ووجه القياس انه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه

وصل الى المالك لوفاء الدين والابراء وفسخ الاجارة او تمام المدة ثم البيع ولو لم يجز فللمشتري خيار الفسخ افالم يعلم وقت البيع بها وان علم فكذلك عند محمد قيل وهو ظاهر الرواية وعند ابي يوسف ليس له الفسخ اذا علم وقيل هو ظاهر الرواية وليس للمتاجر فسخ البيع بلا خلاف ولا للراهن والموجر وفي المرتهن اختلاف المشائخ وفي مجموع النوازل بيع المغصوب موقوف ان اقر به الغاصب او كان للمغصوب منه بينة عادلة فلو اجاز ثم البيع والا فلا ولو هلك قبل التسليم انتقض البيع وقيل لا لانه خلف بدلا والاول اصح وروى ابن سماعة عن ابي يوسف وبشر عن محمد ان شراء المغصوب من غاصب جاحد يجوز ويقوم المشتري مقام البائع في الدعوى وعن ابي حنيفة روايتان رجل غصب عبدا وباعه ودفعه الى المشتري ثم ان الغاصب صالح المولى من العبد على شيء قال محمد ان صالحه على الدراهم والدنانير كان كاخذ القيمة من الغاصب فينفذ بيع الغاصب وان صالحه على عرض كان كالبيع من الغاصب فيبطل بيع الغاصب ومن البيع الموقوف بيع الصبي المحجور الذي يعقل البيع ويقصده وكذا شراؤه على اجازة وليه والده او وصيه او جده او القاضي وكذا الذي بلغ سفيها والمعتوه وكذا بيع المولى عبده المأذون المديون يتوقف على اجازة الغرماء في الصحيح خلافا لمن قال فاسد افلو قبض المولى الثمن فهلك عنده ثم اجاز الغرماء بيعه صحت اجازتهم ويهلك الثمن على الغرماء وان اجاز بعضهم البيع ونقض بحصة العبد والمشتري لا تصح الاجازة ويبطل البيع ومنه بيع المريض عينا من وارث يتوقف على اجازة الورثة او صحة المريض فان صح من مرضه نفذ وان مات منه ولم تجز الورثة بطل والله اعلم

باب السلم تقدم ان البيع ينقسم على بيع مطلق ومقايضة وصرف وسلم لانه اما بيع عين بثمن وهو المطلق او قلبه وهو السلم او ثمن بثمن فالصرف او عين بعين فالمقايضة ولم يشترط في المطلق والمقايضة قبض فقد باشرط في الاخيرين ففي الصرف قبضهما وفي السلم قبض احدهما فقدم انتقالا بتدريج وخص لتحقق ايجاب التسليم شرعا فيما صدق عليه اعني تسليم راس المال وكان على هذا تسمية الصرف بالسلم اليق لكن لما كان وجود السلم في زمنه صلى الله عليه وسلم هو الظاهر العام في الناس سبق الاسم له فيعرف ما ذكر ان معناه الشرعي بيع اجل بعاجل وما قيل اخذ عاجل بآجل غير صحيح لصدقه على البيع بثمن مؤجل وعرف ايضا انه يصدق على عقده بلفظ البيع بان قال المسلم اليه بعتك كذا الى كذا فيذكر باقي الشروط او يقول المسلم اشتريت منك الخ وفيه خلاف زفر وعيسى ابن ابان وصحته المذهب عنه لصير الوجه لان العبرة للمعنى ومعنى اسلمت اليك الى كذا وبعتك الى كذا في البيع مع باقي الشروط واحد وان كان على خلاف القياس فذلك باعتبار امر آخر لا بامرين يرجع الى مجرد اللفظ وعرف ان كنه ركن البيع وسبب شرعيته شدة الحاجة اليه وسيذكر المصنف شرائطه واما حكمه فثبوت الملك للمسلم اليه في الثمن ولرب السلم في المسلم فيه الدين الكائن في الذمة واما في العين فاثبت الا بقبضه على التعاقد مبادلة اخرى على ما سيعرف والموجل المطالبة بما في الذمة وخصا لغة السلف فاعتبر في الشرع كان الثمن لسلفه المشتري للبائع ليقضيه اياه وجعل اعطاء العوض للمسلم اليه فيه قضاء كانه هو اذ لا يصح الاستبدال فيه قبل القبض وجعل الهمزة في اسلمت اليك للسلب بمعنى ازلت سلامة راس المال حيث سلمته الى مفلس ونحو ذلك بعيد ولا وجه له الا باعتبار المدفوع مالكا وصحته هذا الاعتبار موقوف على غلبة قوامه عليه وليس الواقع ان السلم كذلك بل الغالب الاستيفاء قوله وهو يعني السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة اخرج الحاكم في المستدرك بسنده وصححه على شرطهما عن قتادة عن ابي حسان الاعرج عن ابن عباس رضي الله عنهما قال اشهد ان السلف المضمون الى اجل مسمى قد اجله الله في الكتاب واذن فيه قال الله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه الآية وعنه رواه الشافعي في مسنده والطبراني وابن ابي شيبة وعزاه بعض متاخري المصنفين الى البخاري وهو غلط فانه لم يخرج في صحيحه لابي حسان الاعرج واسمه مسلم والعجب قد ذكر بقية الحديث احل السلف المضمون وقال المشائخ المراد بالمضمون الموجل بدليل انه في بعض

الحكم

قال وهو جائز في المكيلات والموزونات لقوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم ولان الحاجة ماسة الى السلم لان رب السلم يحتاج الى الدراهم والدنانير ليوفر رأس ماله والمسلم فيه لا بد ان يكون ثمنا فلا بد من تسليم رأس المال في المجلس قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا للمقصود المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة في العقود للمعاني والاول اصح لان التصحيح ممكن بجعله بيعا مؤجلا وجدا العقد بخلافه لانه لا يكون ذلك

برواية السلف الموجل وعلى هذا فهي صيغة مقررة لا موسسة ويكون ما روى الخرجون الذين ذكرناهم من قوله المضمون الى اجل معلوم بيانا مقررين وقول من اجاز بالسنة الا ان لفظ الحديث كما ذكره المصنف غريبة وهو انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وان كان في شرح السلم للطحاوي ما يدل على انه عليه بهذا اللفظ قيل والذي يظهر ان حديث ذكب بن حديث النهي عن بيع ما ليس عند الانسان رواه اصحاب السنن الاربعة عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده رضي الله عنه صلى الله عليه وسلم الا اجل سلف وبيع الى ان قال ولا تبع ما ليس عندك قال الترمذي حسن صحيح وتقدم والرخصة في السلف رواه الجماعة عن ابي المنهال عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قدم النبي صلى الله عليه وسلم والناس يسلفون في التمر السنة والسنتين فقال من اسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم وفي البخاري عن عبد الله بن ابي اوفى قال ان كنا نسلف على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وعمر في الحنطة والشعير والتمر والزبيب ولا يخفى ان جوازه على خلاف القياس اذ هو بيع المعدوم ووجب المصير اليه بالنص والاجماع للحاجة من كل من البائع والمشتري فان المشتري يحتاج الى الاسترباح لنفقة عياله وهو بالسلم اسهل اذ لا بد من كون المبيع نازلا عن القيمة فيربح المشتري والبائع قد يكون لحاجة في الحال الى الثمن وقدرته في المال على المبيع بسهولة فتندفع به حاجته الحالية الى قدرته المالية فهذه مصالح شرع وسع بعض من انتقد الهداية قولهم السلم على خلاف القياس لانه بيع المعدوم قال بل هو على وفقه فانه كالاتيان بثمن موجل وامي فرق بين كون احد العوضين موجلا في الذمة وبين الآخر بل هو على وفق القياس ومصلحة الناس قال وهذا المعنى هو الذي فهمه ترجمان القرآن ابن عباس وتلا الآية ثم قال بعد كلام اندفع فيه فالحاصل ان قياس السلم على الاتيان بثمن موجل اصح من قياسه على بيع المعدوم الذي لا يقدر على تسليم عادة مع الحلول كسائر الديون الموجلة والحال كلاما وحاصله مبني على ان عدم القدرة سواء السلم على بيع المعدوم فيكون على خلاف القياس وان قياسه على الثمن الموجل اولى به وليس كلامهم بذلك بل انه هو نفسه بيع المعدوم فهو على خلاف القياس الاصلي وكونه معدوما لا يقدر على تحصيله عادة ليس هو معتبرا في مفهوم السلم عندهم بل هو زيادة عنده وقوله اي فرق الخ مفيد انه على وفق القياس وكلامهم يفيد الاعتراف بكون بيع المعدوم على خلاف القياس ثم فرق ظاهر وهو ان المبيع هو المقصود من البيع والحق لزوده فانعدامه يوجب انعدام البيع بخلاف الثمن فانه وصف يثبت في الذمة مع صحة البيع فقد تحقق البيع شرعا مع عدم وجود الثمن لان الموجود في الذمة وصف يطابقه الثمن لا عين الثمن وليس في كلام ابن عباس رضي الله عنهما ما يفهم انه رآه على خلاف القياس وكونه فيه مصلحة الناس لا ينفي انه على خلاف القياس بل لاجل هذه المصلحة شرع وان كان على خلاف القياس قال المصنف والمراد بالموزونات التي يجوز السلم فيها غير الدراهم والدنانير اما الدراهم والدنانير فان السلم فيها دراهم او دنانير فالاتفاق انه باطل وان اسلم غيرها من العروض كمكيلة حنطة او ثوب في عشرة دراهم او دنانير فلا يصح سلما بالاتفاق لان السلم فيه لا بد ان يكون ثمنا والثمن والثمن لا يكون سلما فيهما واذا لم تصح فهل ينعقد بيعا في الكر والثوب بثمن موجل ويبطل السلم حكما لفسخهما فيبطل وهو قول عيسى بن ابان وقيل ينعقد بيعا بثمن موجل وهو قول ابي بكر الاعمش وجعل المقدر وغيره قول عيسى بن ابان اصح لان تصحيح العقد ما امكن في المحل الذي وجب لمتعاقدان البيع فيه فلا في غيره وهما لم يوجبا ذلك في الدراهم ولا يمكن تصحيح العقد باعتبار ما بل باعتبار الثوب ولم يوجباه فيه فكان في غير محله الا ان الاول عندي اوجه في الفقه لان حاصل المعنى الصادر بينهما اعطاء صاحب الثوب برضاه ثوبه الى الآخر بدراهم موجلة وهذا من افراد البيع بالتأويل او هو مبادلة المال بالمال بالتراضي وكونه ادخل الباء على الثوب لا يقدح في ان الواقع بينهما هو هذا المعنى وفيه تصحيح تصرفهما واحتمال الباء على الثوب كادخالها على الثوب المقابل بالخمر فيما اذا اشترى خمرا بثوب فانه لا يبطل بل يفسد وان كان يقتضي ان يكون البيع هو الخمر وهو باطل اعتبارا لتصحيح

ثل

قال وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولا بد منه لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض لان العددي المتقارب معلوم مضبوط الوصف فتقدر التسليم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير سواء باصطلاحهم الناس على اهدار التفاوت فيجازف البيطم والرمان لانه يتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا ويتفاوت الاحاد في المالية يعرف العددي المتفاوت وعن ابي حنيفة رحمه الله لا يجوز في بيض النعامة لانه يتفاوت آحاده في المالية ثم كما يجوز السلم فيها عددا يجوز كيلا وقال زفر رحمه الله لا يجوز كيلا لانه عددي وليس بمكيل وعنه انه لا يجوز عددا ايضا للتفاوت ولنا ان المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل وانما هما معدودا بالاصطلاح فيصير مكيلا باصطلاحهما

عرفتها ما لا يمكن قوله وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع اي بعد الذرع والصفة والصنعة ولا بد منها لما مر من قوة الجهالة لانضباط الوصف هو شرط الصحة وعرف من تعليله هذا ان شرط صحة السلم كون المسلم فيه مضبوطا على وجه يمكن تسليمه من غير افتقار الى المنازعة فهذا هو الفقه في جواز السلم في المذروعات من الثياب والبسط والحصر والبواري ذوات الطول والعرض وفي الايضاح يحتاج الى بيان الوزن في ثياب الحرير فالديباج لتفاوت الطول وذكر الطول والعرض حسن لانها تختلف باختلاف الوزن فان الديباج كلما ثقل ازدادت قيمته والحرير كلما خف زادت انتهى وهذا في عرفهم وعرفنا ثياب الحرير ايضا تسمى المسمات بالكف كلما ثقل ازدادت القيمة فالحاصل انه لا بد من ذكر الوزن سواء كانت القيمة تزيد بالثقل او بالخفة فان قيل ينبغي ان لا يصح السلم في غير المكيل والموزون لانه شرع على خلاف القياس ولم يرد في النص المفيد لشرعيته الا المكيل والوزن فلا يقاس عليهما غيرهما لانا نقول ذلك مقيد بما اذا لم يخالف حكم وليس التخصيص القياس لانا نقول كلية تهم على ان ما خالف القياس جاز ان يعلل ويلحق بالمخالج لغيره لانا نقول ذلك مقيد بما اذا لم يخالف حكم وليس التخصيص القياس لانا نقول كلية تهم على ان ما خالف القياس لا يلحق به غيره فالجواب ان شرعية السلم ليس ان تخصيص العام بل من تقييد المطلق فالعام فيه لفظ ما ليس عندك والواقع في سياق النفي وهو المرتفع ملحق بالنسبة الى ذكر الاجل فيما ليس عندك وعدد شرعية السلم تقييد له بما اذا لم يذكر الاجل في البيع اما اذا ذكر الاجل فيجوز بيع كل ما ليس عندك والعقد ليكون تخصيصا لما ليس عنده بل كل ما ليس عنده بلا ذكر اجل على عمومه في منع البيع وكله مع ذكر فيخرج من ذلك الحكم لكن بشرط ضبطه وعرفت كما ان ما عداه ايضا لا يجوز بيعه فيسلم مع جهالته وعدم ضبطه فالحاصل ان كل ما شرط من الضبط يجوز بيعه باجل ولا يجوز بلا اجل وكون المذكور في الحديث الكيل والوزن ليس تعيينا لهما بالامر انحصر عليهما على تقدير السلم بل حاصله امر بتعيين الاجل والكيل على تقدير السلم في المكيل بيانا لشرط الصحة وعدم الجهالة وعلى هذا الحديث وهو انه صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين والثلاث فقال صلى الله عليه وسلم من اسلم في شيء من هذه الثمار فليسلف الى اجل معلوم ووزن معلوم ثم انه صلى الله عليه وسلم زاد الوزن ليفيد عدم الاقتصار على الكيل فان شبه بيع ما ليس عنده الحاجة الى الاسترباح والتوسعة على المتمول الراجي فانيطه بمظنته ذلك من الاقدام على اخذ الاجل بالاجل واعطائه وشرط الضبط لدفع المنازعة والقدرة على التسليم ولذا اجمعوا على عدم الاقتصار على المكيل والموزون للقطع بان سبب شرعيته لا يختلف وهو الحاجة الماسة الى اخذ العاجل بالاجل وبهذا تبين ان البرازين اي الجاكن في المذروعات كما في اصح المكيلات والموزونات لفهم من ذلك كل من سمع سبب الشرعية المنقول في آثار الاحاديث سواء كان له رتبة الاجتهاد او لم يكن فلذا كان ثبوت السلم في المذروعات بالدلالة اعني دلالات النصوص المتضمنة للسبب لمن سمعها فان قيل الذي في الدراية هو ان الضبط بالذرع دونه بالكيل والوزن فالالحاق بهما فالجواب ان قلت الذرع لا يضبط القدر كما يضبط الكيل والوزن فليس بصحيح بل الذرع والمعينين لضبط كمية المبيع بلا شبهة فيه والاختلاف فيه ليس الا في الصفة ونحن ما قلنا ان مجرد ذكر عدد الذرعان مصحح للسلم بل لا بد من ذكر الاوصاف ستة يضبط كما ان الكيل ايضا لا يكفي في صحة السلم فيه مجرد ذكر عدد المكيل بل لا بد ان تذكر الاوصاف ستة فتامل هذا التحرير فان في غيره شططا والله اعلم قوله وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض اي يجوز السلم فيها عددا لان العددي المتقارب منضبط بالعدد وتتقدر التسليم فيجوز السلم فيه عددا والصغير والكبير فيه سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت لتعذر ان يكون من حيث واحد لان التفاوت يسير لا يخلو عنه اجود العدد والمتقارب وهو مروي عن ابي حنيفة رحمه الله وعليه فتوى

وكذا في الفلوس عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله لا يجوز لانها اثمان فان التعيين في حقها باصطلاحهما فيبطل باصطلاحهما ولانها عروض وقد ذكرناه من قبل ولا يجوز السلم في الحيوان وقال الشافعي رحمه الله يجوز لانه يصير معلوما ببيان الجنس والسن والنوع والصفة والتفاوت بعد ذلك يسير فاشبه الثياب

ان تفاوتت ماليته متفاوت كالبطيخ والقرع والرمان والرؤس والاكارع والمشعر جل ولا يجوز السلم في شيء منها عددا لتفاوت في الماليه الا اذا ذكر ضابطا غير مجحف والعدد كطول وغلظ ونحو ذلك ومن المعدودات المتفاوتة الجوالقات والغرائر فلا يجوز الا بذكر مميزات واجازوه في البانجان والكاغذ عددا اذا ذكر التفاوت فيه نظرا ظاهرا ويحمل على كاغذ بقالب خاص والا لا يجوز وكون البانجان معدد التفاوت لعلة في بانجان ديارهم وفي ديارنا ليس كذلك بخلاف بيض النعام وجوز الهند لا يستحق شيء منه في الاسلام في بيض الدجاج والجوز الشامي والفرنج لعدم اذا ر التفاوت من حيث الكثرة التفاوت ويشترط مع العدد بيان الصفة ايضا وهو اسلم في بيض النعام او جوز الهند جاز كما جاز في الآخرين وعن ابي حنيفة انه منعه عددا في بيع بيض النعام لاعتبار التفاوت آحاده في الماليه وهو خلاف ظاهر الرواية والوجه ان ينظر الى الغرض شرعا عرف الناس فان كان الغرض في عرف من بيض النعام الاكل ليس غير كعرف اهل البوادي يجب ان يحمل بظاهر الرواية فيجوز وان كان الغرض في ذلك العرف حصول الفشر ليتخذ في سلاسل القناديل كما في ديار مصر وغيرها من الامصار يجب ان يحمل بهذه الرواية فلا يجوز السلم فيها بعد ذكر العدد الا مع تعيين المقدار واللون من نقاء البياض او اهداره قال المصنف وكما يجوز عددا في العدديات المتقاربة يجوز كيلا وقال زفر لا يجوز لانه ليس بكيل بل معدود وعنه لا يجوز عددا ايضا للتفاوت بين آحاده قلنا اما التفاوت فقد اندر فلا تفاوت اذ لا تفاوت في ماليته واما كونه معدودا فسلم لكن لم لا يجوز كيلا مع ان اعتبار المقدار ليس الا للضبط والضبط لم يحصر في العدد بل يعرف بطريق آخر فان قيل الكيل غير معدل فيه لما يبقى بين كل جوزتين وبيضتين من التخلخل قلنا قد علمنا به ورضي رب السلم فان اوفى السلم على مقدار ما يملأ هذا الكيل مع تخلخله وانما يمنع ذلك في اموال الربوا اذا قوبلت بجنسها والمعدود ليس بمنها وكيلا انما كان باصطلاحهما فلا يصير بذلك كيلا مطلقا ليكون ربويا واذا اخذناه كيلا فاز ناه اوفى قوله وكذا في الفلوس عددا اي يجوز السلم في الفلوس عددا بهذا ذكره محمد في الجامع من غير ذكر خلاف فكان هذا ظاهر الرواية عنه وقيل بل هذا قول ابي حنيفة واما عنده فلا يجوز بدليل منعه بيع الفلس بالفلسين في باب الربوا هذا الوجه لقوله وقد ذكرناه من قبل واذا كان اثمانا لم يجز السلم فيها على ما ذكرنا وروى عنه ابو الليث الخوارزمي ان السلم في الفلوس لا يجوز على وفق هذا التخريج لكن ظاهر الرواية عنه الجواز والفرق له بين البيع والسلم ان من ضرورة السلم كون الثمن فيه شمنا فاذا اقدما على السلم فقد تضمن من البطالها اصطلاحهما على الثمنية وهو السلم فيها على الوجه الذي يتعامل فيها به وهو العدد بخلاف البيع فانه يجوز ورود البيع على الثمن فلا موجب لخروجها فيه عن الثمنية فلا يجوز التفاضل واتساع بيع الفلس بالفلسين وقد تضمن الفرق المذكور جواب المعنى المذكور على تقدير تخريج الرواية عنه وقوله يصح السلم فيها على الوجه الذي الخ هو تقدير قول المصنف والا يعود وزنيا يعني اذا بطلت ثمنيتها لا يلزم خروجها عن العددية الى الوزنية وليس من ضرورة عدم الثمنية عدم العددية كالجوز والبيض بل يبقى على الوجه الذي تعورف التعامل فيها وهو العدد الا ان يهدره اهل العرف كما هو في زماننا فان الفلوس اثمان في زماننا ولا تقبل الا وزنا فلا يجوز السلم فيها الا وزنا في ديارنا في زماننا وقد كانت قبل هذه الاعصار عددية في ديارنا ايضا قوله ولا يجوز السلم في الحيوان دابة كان او رقيقا وهو قول الثوري والاوزاعي وقال الشافعي ومالك واحمد يجوز للنص والبض اما المعنى فلانه يصير معلوما اسنا مضبطا ببيان الجنس كفرس او ابل او عبد والسن كابن مخاض او مشار والنوع كعربي ونبطي وحبشي والصفة كاسمر وطويل او اربعة والتفاوت بعد ذلك يسير

وقال ان بعده كرباسا ذكر يبقى فيه تفاوت فاحش فى المالية باعتبار المعانى الباطنة فيفضى الى المنازعة بخلاف الثياب لانه مصنوع للعباد

وهو مفتقر بالاجماع والالم يصح سلم اصلا فان الغائب لو بلغ فى تعريفه النهاية لابد من تفاوت بينه وبين المرئى فان بين جيد وجيد من الحنطة تفاوت لا يخفى فان صدق اسم الجودة على كل منهما وكذا بين الثوب وديباج احمر وثوب وديباج احمر فعلم ان التفاوت اليسير مغتفر شرعا فصار الحيوان كالثياب والمكيل واما النص فما روى ابو داود وعن محمد بن اسحق عن يزيد بن ابى حبيب عن مسلم بن جبير عن ابى سفيان عن عمرو بن جرير عن عبد الله بن عمرو بن العاص ان رسول الله صلى الله عليه وسلم امره ان يجهز جيشا فنفدت الابل فامره ان ياخذ على قلائص الصدقة وكان ياخذ البعير بالبعيرين الى ابل الصدقة مشهور رواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم واخرج الطحاوى بسنده الى ابى رافع ان رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرا فقدمت عليه ابل من ابل الصدقة فامر ابا رافع ان يقضى للرجل بكره فرجع اليه ابو رافع فقال لم اجد فيها الا جملا خيارا رباعيا فقال اعطه اياه ان خيار الناس احسنهم قضاء فدل على ثبوت الحيوان فى الذمة وعن عمر انه اشترى راحلة بار بعة البعرة يوفيها صاحبها بالربذة فى رواية باربعة البعرة مضمونة واستوصف بنى اسرائيل البقرة نوضحها الله تعالى لهم فعلموا فعرفوها بالوصف فقال صلى الله عليه وسلم الا لا يصف الرجل لرجل بين يدى امرأته حتى كانها تنظر اليه ولا تصف المرأة المرأة بين يدى زوجها حتى كانه ينظر اليها فقد جعل صلى الله عليه وسلم الموصوف كالمرئى وقد اثبت الشرع الغرة وهى مائة من الابل دية فى الذمة واثبت مهرا فى الذمة وصحة الدعوى فى الحيوان الموصوف والشهادة به مع ان شرط الدعوى والشهادة كون المدعى والمشهود به معلوما قلنا اما المعنى فنمنع ان بعد الوصف فى الحيوان يصير التفاوت يسيرا بل هو بعد ذلك مما يصير سمعة تفاوت فاحش فان العبد بين المتساويين سنا ولونا وجنسا يكون بينهما من التفاوت فى حسن الشيمة والاخلاق والآداب وفهم المقاصد ما يصيره باضعاف قيمة الآخر وكذا بين الفرسين والجملين بخلاف الثياب فانها مصنوعة العبد بآلة خاصة واذا اتحدت لم تتفاوت الا يسيرا وكذا بين الجيدين من الحنطة مثلا بالتفاوت خلق الله تعالى فى غير الحيوان ذلك ولم يخلق الحيوان كذلك وقول المصنف فلما تفاوت الثوبان اذا نسجا على منوال واحد يريد به تفاوتا قليلا لاعدم التفاوت اصلا كما هو استعمال فلما فان هذا الفعل اعنى قولك اذا كف بما استعمل للنفى كقوله صدوت فطولة الصدود وقلما وصال على طول الصدود يدوم وحين علمنا انه اراد قلة التفاوت وجب ان تجعل ما مصدرية والمعنى قل التفاوت ولا يخفى ما فى قوله غير واحد من الشارحين اذا اتحد الصانع والآلة اتحد المصنوع عن التساهل واما النص المذكور فقال ابن القطان هذا حديث ضعيف مضطرب الاسناد فرواه حماد بن سلمة هكذا ورواه جرير بن حازم عن ابن اسحق فاسقط يزيد بن ابى حبيب وقدم ابا سفيان على مسلم بن جبير ذكر هذه الرواية الدارقطنى ورواه عفان عن حماد بن سلمة فقال فيه عن ابن اسحق عن يزيد بن ابى حبيب عن مسلم عن ابن ابى سفيان عن عمرو ابن جرير ورواه عبد الاعلى عن ابن اسحق عن ابى سفيان عن مسلم بن كثير عن عمرو بن جرير ورواه عن عبد الاعلى ابو بكر بن ابى شيبة فاسقط يزيد بن ابى حبيب وقدم ابا سفيان كما فعل جرير بن حازم الا انه قال فيه مسلم بن جبير مسلم بن كثير ومع هذا الاضطراب فيه من جرير مجهول الحال ومسلم بن جبير لم احد له ذكرا ولا علمته فى غير هذا الاسناد وابو سفيان فيه نظر انتهى كلامه فلا حجة فيه مع انه معارض بما هو اقوى منه وهو ما اخرجه ابن حبان فى صحيحه عن سفيان عن سمرة بن يحيى بن ابى كثير عن عكرمة عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ورواه عبد الرزاق ثنا معمر به وكذا رواه الدارقطنى والبزار قال البزار ليس فى الباب اجل اسنادا من هذا وقول البيهقى انه عن عكرمة مرسل بسبب ان منهم من رواه عن معمر كذلك كانه هو يعنى قول الشافعى حديث النهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة غير ثابت لكن هذا غير مقبول بعد تصريح الثقات بابن عباس كما ذكرنا وكذا رواه الطبرانى فى معجمه عن داود

فلما يتفاوت الثيبان اذا شبحا على سوال واحد وقد صح ان النبي عليه السلام نهى عن السلم في الحيوان وبدخل فيه جميع اجناسه حتى الغنم فليس

بن عبد الرحمن العطار عن معمر به مسندا وغاية ما فيه تعارض الوصل والارسال من الثقات والحكم فيه للوصل كما عرف وقد تايد بعد تصحيحه باحاديث من طرق منها ما اخرجه اصحاب السنن الاربعة عن الحسن عن سمرة ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وقول البيهقي واكثر الحفاظ لا يثبتون سماع الحسن من سمرة معارض بتصحيح الترمذي له فانه فرع القول بسماعه منه مع ان الارسال عندنا وعند اكثر السلف لا يقدح مع انه قد يكون شاهدا مقويا فلا يضره الارسال وايضا اعتضد الموصول السابق والمرسل الذي يرويه ابن سيرين يروى عن رجال لا آخر وحديث اخرجه الترمذي عن الحجاج بن ارطاة عن ابن الزبير عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم بيع الحيوان اثنين بواحد لا يصح نسا ولا باس به اذا كان يدا بيد قال الترمذي حديث حسن صحيح كانه للخلاف في الحجاج بن ارطاة وحديث آخر اخرجه الطبراني عن ابن عمر نحوه سواء وقول التجاري مرسل وجوابه على نحو ما ذكرناه آنفا وتضعيف ابن معين للحجاج بن دينار لا يضر لانه لك ايضا مع انه ليس كذلك اخرج الامام احمد ثنا حسين بن محمد ثنا خالد بن خليفة عن ابي نجاب عن ابيه عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين فقال رجل يا رسول الله ارايت الرجل يبيع الفرس بالافراس والبختية بالابل قال لا باس اذا كان يدا بيد وحمل هذه الاحاديث على كون النهي فيها اذا كان النساء من الجانبين حتى يكون بيع الكالي بالكالي تقييد للاعم فانه عام من ذلك فلا يجوز المصير اليه بلا موجب فقال المعترض صح ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلم في الحيوان هو ما اخرجه الحاكم والدارقطني عن اسحق بن ابراهيم بن هشيم بن حميد ثنا عبد الملك الذماري ثنا سفيان الثوري عن معمر عن يحيى بن ابي كثير عن عكرمة عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلف في الحيوان وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه وتضعيف ابن معين بن جوز فيه نظر بعد تعدد ما ذكر من الطرق الصحيحة والحسان مما هو بمعناه يرفعه الى الحجة بمعناه لما عرف في فن الحديث وكذا يجب ان يرجح على حديث ابي رافع ان صح لانه اقوى سندا اعني حديث ابن حبان ولان المانع يرجح على المبيح وفي الباب اثر ابي حنيفة عن حماد بن ابي سليمان عن ابراهيم النخعي قال دفع عبد الله بن مسعود الى زيد بن خويلة البكري مالا مضاربة فاسلم زيد الى عنترس بن عروب الشيباني في قلائص فلما حلت اخذ بعضها وبقي بعض فاعسر بها وبلغه ان المال لعبد الله فاتاه يبشره فقه فقال عبد الله افعل زيد فقال نعم فارسل اليه يسالكه فقال عبد الله ارددها اخذت وخذ راس مالك ولا تسلمن بالتا في شيء من الحيوان قال صاحب التنقيح فيه انقطاع يزيد بن ابراهيم وعبد الله فانه انما يروي عنه بواسطة علقمة او الاسود الا ان هذا غير قادح عندنا خصوصا في ارسال ابراهيم النخعي فقد تعاضدت الاحاديث والطرق عن ابن عباس وسمرة وجابر وغيرهم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في المطلوب وما ذكرنا من معرفة البقرة بالوصف فانما ذكرها عنهم عرضا فاظاهرة ليطبقوها على معين موجود ولا شك في ان هذا مما يحصل به المعرفة وكلامنا في انه ينتفي معه التفاوت الفاحش بين الوصف والشخص مطلقا سفاه وما منعه صلى الله عليه وسلم وصف الرجل الحديث فلحوق الفتنة على التسامح وهي لا تتوقف على انتفاء التفاوت الفاحش بين الوصف والشخص واما ثبوته في الذمة في المهر والدية ونحوها فان الحيوان فيه ليس مقابلا بالمال وهو ظاهر فجوزنا فيه المعاملة بجزاف وبالقوبل بالمال فانه يجوز فيه المشاحة عادة بخلاف غيره كالمهر فجريا على موجب ذلك وقلنا ما وقع من الحيوان بدل مال كالمبيع منه فانه لا يجوز ان يثبت في الذمة للجهل فيه من المشاحة عادة بخلاف غيره كالمهر ونحوه فانه ليس عوضا عن مال خرج من يد الآخر فيجوز فعلنا بالآثار فيهما ولقائل ان يقول كون التفاوت بعد الاوصاف يبقى فاحشا لا يضر لان ذلك باعتبار الباطن ولا يلزم المسلم اليه سوى ما تضمن من الاوصاف الظاهرة فاذا انطبق المذكور منها على ما يوديه المسلم اليه حكم عليه بقوله

قال ولا في اطرافه كالرؤس والاكارع للتفاوت فيها اذ هو عددي متفاوت لا تقدر لها قال ولا في الجلود عددا ولا في الحطب حزما ولا في الرطبة جزرا للتفاوت الا اذا عرف ذلك بان بين لها طول ما يشد به الحزمة انه شبر او ذراع فحينئذ يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت قال ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين المحل

سوا كان التفاوت قليلا بحسب الباطن او كثيرا لان المعقود عليه ليس الا الموصوف فقط نعم لو عين من الصفات الذكار وجودة الغنم والاخلاق الحسنة ينبغي ان لا يجوز لان ذلك لا يعرف الا بعد زمان الاختبار وبعده تجري المنازعة في ان اخلاقه ماهي وفي تحريرها فالفرع في البطال السلم في الحيوان ليس الا السنة وبهذا قال محمد بن الحسن لما سأله عمر وبن ابي عمر قال قلت له انما لا يجوز في الحيوان لانه غير مضبوط بالوصف قال لا فانا نجوز السلم في الذبائح ولا تجوز في العصافير ولعل ضبط العصافير بالوصف اهون من ضبط الذبائح ولكنه بالسنة وفي مبسوط شيخ الاسلام والعصافير وان كانت من العدديات المتقاربة لكنه في معنى المنقطع لانها مما لا يقتنا ولا تحبس للتوالد ولا تيسر اخذها ولا رجحان اخذه ليقام مقام الوجود بخلاف السمك الطري لرجحان امكان اخذه وبهذا يقتضي جواز السلم فيما يقتضي منها كالحمام والقمري وهو خلاف المنصوص عن محمد وقد روى عن ابي يوسف ان ما لا تتفاوت آحاده كالعصافير يجوز السلم فيها وفي لحومها وهو مشكل على الدليل لانا ان علمناه بعدم الضبط فالعبرة لعين النص لا لمعنى النص وان اعتبرنا عمومه وجب ان لا يجوز فان قيل فالسمك الطري مخصوص من عموم الحيوان فجاز في العصافير قياسا على الثياب لقلة التفاوت قلنا انما يتم لو شرط حياة السمك الطري في المسلم فيه وليس كذلك بل كيفما كان حتى لو شرط ذلك كان لنا ان نمنع صحة السلم فيه قوله ولا في اطرافه اي لا يجوز السلم في اطراف الحيوان كالرؤس والاكارع وهو جمع كراع وهو ما دون الركبة في الدواب وبين المانع مبني على منع السلم في الحيوان وهذا بعضه وليس بشيء لانها لا يصدق عليها الحيوان ان كان النهي تعبدا ولا المعنى ان كان معلولا بالتفاوت الفاحش لان ذلك انما يكون في حالة الجودة وكان يلزم ان لا يجوز في الجلود لكنه جائز بذكر الطول والعرض والنوع والجودة وكذا يجوز السلم في الجلود وزنا والمعز انما ذكر في سنعها عددية متقاربة لا لمقدار لها فاما فلح السلم عددا وغير عدد لانتفاء المقدر وعندي لا باس بالسلم في الرؤس والاكارع وزنا بعد ذكر النوع وباقي الشروط فان الاكارع والرؤس من جنس واحد يتفاوت تفاوتا فاحشا وقول مالك بجواز عددا بعد ذكر النوع لخفة التفاوت جيد لكن يرد انها رؤس عجاجيل والقاكبار ونحوه في الغنم فان التفاوت بعد ذلك يسير ولا في الجلود عددا وكذا الاخشاب والجوالقات والقراو والثياب المخيطة والخفاف والقلانس الا ان يذكر العدد لقصد التعدد في المسلم فيه ضبطا لكميته ثم يذكر ما يقع به الضبط كان يذكر في الجلود مقدارا من الطول والعرض بعد النوع كجلود البقر والغنم وكذا في الاديم يقول طبائي او بزغالي وفي الخشب طوله وغلظه ونوعه كقطا او جوز ونحوه وقول بعضهم يجوز في الكاغذ عددا محمول على ما بعد تسميته طوله وعرضه وثخنه ورقته ونوعه الا ان يعني ذكر نسبته حمن قدر دكورق حموي وفي الجاليق طوله ووسعه وكذا كل ما كان مميزا له عن غيره قاطعا للاشتراك وكذا لا يجوز في الحطب حزما ولا في الرطبة جزرا للتفاوت الا اذا عرف ذلك بان بين طول ما يشد به الجزمة شبرا او ذراعا فحينئذ يجوز اذا كان لا يتفاوت وليس المعنى انه لا يجوز السلم فيها اصلا بل لا يجوز بهذا العدد ولو قدر بالوزن في الكل جاز وفي ديارنا تعارفوا في نوع من الحطب الوزن فيجوز الاسلام فيه وزنا وهو اضبط واطيب وكون العرف في شيء من بعض المقدرات لا يمنع ان يتعامل فيه بمقدار آخر يصطلحان عليه الا ان يمنع منه مانع شرعي كما قلنا في البيض كيلا وعنه كان ظاهر المذهب جواز السلم في الخشة وزنا بخلاف ما اذا قوبل نحو الخشة بجنسها وزنا وهو كيلي لما عرف في باب الربا اما السلم فليس يلزم فيه ذلك لان راس مال السلم في الخشة لا يكون خشة وقد رضيا بضبطه وزنا كيلا يصير تفاوت الخشتين المتحدي الوزن كيلا وبهذا تضعف رواية الحسن عن ابي حنيفة انه لا يجوز في الخشة وزنا وذكر قاضي خان ان الفتوى على الجواز لتعامل الناس ويجوز السلم في القت وزنا والرطبة العقب الجزر بضم الجيم وفتح الراء المهملة جمع جزرة وهي الخزمة من الرطبة كخزمة الريحان ونحوه واما الجزر بكسر الجيم وزاءين اولهما مفتوحة فجمع جزرة وهي الصوف المجزوز قوله ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين المحل بكسر الحاء مصدر ميمي

حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او على العكس او منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز وقال الشافعي يجوز اذا كان موجودا وقت المحل لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه السلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها ولان القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل ولو انقطع بعد المحل لزوال ما بالاخبار اذا شاء فسخ السلم واذا شاء انتظر وجوده لان السلم لم يصح والعجز الطارئ على شرف الزوال فصار كاباق المبيع قبل القبض

من المحل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او على العكس او منقطعا فيما بين ذلك وهو موجود عند العقد والمحل لا يجوز وهو قول الاوزاعي وقال الشافعي ومالك واحمد واسحق اذا كان موجودا عند المحل جاز وان كان منقطعا وقت العقد او بينهما لان اشتراط الوجود للقدرة على التسليم وهو بالوجود وقت المحل فاشتراطه في غير ذلك بلا موجب بل دليل ليس فيه عدم دليل وجود دلان نفي المدرك الشرعي كاف لنفي الحكم الشرعي ولهم ايضا اطلاق الحديث المتقدم اعني انه صلى الله عليه وسلم قدم المدينة فوجدهم يسلفون في الثمر السنة والسنتين والثلاث فاخص في بيان الشرط الشرعي فلم يزد على قوله من اسلم ففي سلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم فلو كان عدم الانقطاع شرطا لبينه وحين لم يبينه لم يثبت بل يلزم انه ليس شرطا بسكوته عنه بعد شروعه في بيان ما هو شرط على ما عرف في مثله قلنا بل فيه مدرك شرعي وهو ما رواه ابو داود وابن ماجة واللفظ له عن ابن اسحق عن رجل بجراني قلت لعبد الله بن عمر اسلم في نخل قبل ان تطلع قال لا قلت لم قال لان رجلا اسلم في حديقة نخل في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل ان تطلع النخل فلم تطلع النخل شيئا ذلك العام فقال المشتري اخرك حتى تطلع فقال البائع انما انخل بذه الستة فاختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال للبائع اخذ من نخلك شيئا قال لا قال بم تستحل ماله ارد عليه ما اخذت منه ولا تسلموا في نخل حتى يبدو صلاحه وجه الدلالة انه اذا لا يصدق على السلم اذا وقع قبل الصلاح انه بيع ثمرة قبل بدو صلاحها وفيه مجهول كما رأيت والحديث المعروف هو انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها فيكون متنا وللنهي ويدل عليه ما اخرج البخاري عن ابي البختري سألت ابن عمر عن السلم في النخل قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يصلح وعن بيع الورق نساء بناجز وسألت ابن عباس عن السلم في النخل قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يؤكل منه فقد ثبت عن هذين الصحابيين الكبيرين في العلم والتتبع انهما فهما من نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يصلح بيع السلم فقد دل الحديث على اشتراط وجوده عند العقد والاتفاق على اشتراطه عند المحل فلزم اشتراط وجوده عندهما على خلاف قولهم دام لزوم وجوده بينهما فاما لعدم القائل بالفصل لان الثابت قائلان قائل باشتراطه عند المحل فقط وقائل عندهما فيما بينهما فالقول باشتراطه عندهما لا غير احداث قول ثالث او نقول ذلك بتعليل النص على اشتراطه عند العقد مع ان الاداء تيا خر عنه فلا يضطر الى ما ذكر بان اشتراطه للقدرة على التسليم ظاهر في مدة الاجل لان الظاهر استمرار الموجود والاستمرار يمكن من التحصيل فان اخذ السلم منطة العدم وبالاخذ بذلك منطة التحصيل شيئا فشيئا في مدة الاجل وباعتبار المنطة مناط الاحكام فلا يلتفت الى كون بعض من السلم اليه قد يحصله دفعة عند حلول الاجل كالزراع واهل النخل فان ما يسلم فيه لا يحصى واكثرهم يحصل المسلم فيه بدفعات اراءت المسلم اليه في الجلود اياما عند حلول الاجل الف راس ليعطي جلودها لرب السلم وكذا الاسماك المالحة والثياب والاحشاب والاعسال والمشاهد في بعض من له نخل او زيتون ان ياخذ اكثر ما يحصل له ليعطي ما يخرج له ويشتري الباقي وكثيرا ياخذون ليستعينوا في راس المال وينفقوا من فضل الكسب على عيالهم ويجعلون المسلم فيه قليلا قليلا الان وضع السلم شرعا لاعتبار ما ذكرنا فيكون هو السبب في اشتراط الشرع وجوده عند العقد ثم الانقطاع الذي يفسد العقد ان لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان لا يوجد في البيوت ذكره ابو بكر الجوزجاني وتوارد وا عليه وفي مبسوط ابي اليسر لو انقطع في اقليم دون اقليم لا يصح السلم في الاقليم الذي لا يوجد لانه لا تحصيل الا بمئونة عظيمة فيعجز عن التسليم حتى لو اسلم في الرطب بنجار لا يجوز وان كان يوجد بسجستان ولو انقطع بعد المحل اي حلول الاجل قبل التسليم لا يبطل العقد لكن رب السلم بالخيار ان شاء فسخ وان شاء انتظر وجوده وقال زفر يبطل العقد وهو قول الشافعي ورواية عن الكرخي للعجز عن التسليم

قال ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما لا ان معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم اذ هو غير منقطع ولا يجوز السلم فيه عددا للتفاوت قال ولا خير في السلم في السمك الطري الا في حيثه وزنا معلوما وضربا معلوما لانه ينقطع في زمان السلم فيه وان كان لا يلبث لا ينقطع جوزه مطلقا واما يجوز وزنا لما عددا لما ذكرنا وعن ابي حنيفة رحمه الله لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع عضوا عضوا بالسلم في اللحم عنده قال ولا خير في السلم في اللحم عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز لانه يمكن وصفه وضبطه بالوصف ولهذا يضمن بالمثل يجوز استقراضه وثمنا ويجري فيه ربا الفضل بخلاف لحم الطير لانه لا يمكن وصف موضع منه ولانه يختلف في لحم العظم وكونه في سمنه فزاد على اختلاف فصول السنة وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة في مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الثاني وهو الاصح والمضمون بالمثل مستوفى وكذا الاستقراض وبعد التسليم فالمثل حاصل من القيمة ولان القبض يتعين فيتعرف مثل المقبوض به في وقته اما الوصف فلا يمكن فيه

قبل القبض في المبيع العين فان التلف كما لا يمنع شيأ في غير محله لا يبقى عند فواته كما لو اشترى الفلوس ثم كسدت قبل القبض بطل العقد فكذا هنا ولنا ان المسلم فيه صح ثم تعذر التسليم فيما رخص على شرف الزوال فيتخير المشتري كما لو ابق المبيع قبل القبض وهذا لان المعقود عليه هناك وهو محل الدين الذمة وهي باقية فيبقى الدين ببقاء محله وانما تأخر التسليم اذا كان وجوده وجوازه بخلاف المبيع العين فان هلاكه يفوت من محل العقد وكذا الفلوس اذا كسدت فانها كانت في الذمة لكن الثمن الكائن فيها فلوس هي اثمان ولا وجود لها بعد الكساد فيفوت المحل ثم هو ليس على شرف الزوال بل الظاهر استمراره في الوجود بخلافه نحن فيه لان لادراك الزرع والثمار اوانا معلوما وكذا لغيرها او ان يكثر وجودها فيه من السنة يرخص قوله ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما بان يقول زرعي ودراي وفي سماك الاسكندرية المنفسن والدونس وغيرها لانه حينئذ معلوم القدر مضبوط الصفة تقدر التسليم ولا يجوز السلم فيه عددا للتفاوت واما الصغار فيجوز فيه وزنا وكيلا وسواء فيه الطري والمالح في الصحة وفي المغرب سمك طري وملوح وهو المقدد الذي فيه الملح ولا يقال مالح في لغة رديئة قال بعض الشارحين لكن قال الشاعر بصرية حمر وجبت بصريا طعمها الملح والطريا ثم نقل من بعض الشارح وكفى بذلك حجة للمعنيين وظاهر هذا الاستدراك انه ليس بردي ولم يجد سوى هذا البيت وهو لا يأتي في قول المغرب الاني لغة رديئة وليس لهذا الاستدراك فائدة بل قال ابن دريد طري وملوح وهو ليس منه الى قول الزاجر اطعمها الملح والطريا فاستدراك مولد لا يوخذ بلغته واما الطري فيجوز بيعه عينا ووجوده وزنا ايضا فان كان ينقطع في بعض السنة كما قيل انه ينقطع في الشتاء في بعض البلاد فلا يتعقد في الشتاء ولو اسلم في الصيف وحيث ان يكون منتهى الاجل لا يبلغ الشتاء وهذا معنى قول محمد لا خير في السلم في السمك الطري الا في حيثه يعني ان يكون السلم فيه مشروطا في حيثه كيلا ينقطع بين العقد والحلول وان كان في بلد لا ينقطع جاز مطلقا وزنا لا عددا لما ذكرنا من التفاوت في احاده وعن ابي حنيفة في الكبار التي تقطع كما تقطع اللحم لا يجوز السلم في لحمها اعتبارا بالسلم في اللحم فانه منع السلم في اللحم وعن ابي يوسف منع السلم في الكبار وزنا مع اجازته في اللحم فان هناك يمكن اعلام موضع القطع العجب والظهر او الفخذ ولا يتأتى في السمك وكلك وطعن بعضهم على محمد في قوله في حيثه لان الاصطياد يتحقق في كل حين مدفوع فان الانقطاع عدم الوجود في بعض البلاد وفي بعض السنة وهو لا يستلزم عدم الاصطياد ليرد ما ذكره قوله ولا خير في السلم في اللحم وهذه العبارة تأكيد في نفي الجواز كقوله لا خير في استقراض الجواري وقول من قال ان المجتهد ليقوله فيما يستخرج من الحكم بالرأي تحرز عن القطع في حكم الله بالرأي بعيد فكل الاحكام القياسية الظنية معتبرة في الفقه ولا يجوز تركها لذا يجوز تركها من هذا القبيل لانه قد اشتهر عند اهل العلم انها ظنيات لا قطعيات وايضا المجتهد قاطع بان حكم الله في حقه ذلك وقال اذا وصف من اللحم موضعا معلوما لكونه توكرا وسميا لعدان عين من نحو الضان ورسته من نحو شاة ومن الفخذ او الكتف او الجنب ماته رطل وفي الحقائق والعيون الفتوى على قولهما وهذا على الاصح من ثبوت الخلاف بينهم وقد قيل لا خلاف فمنع ابو حنيفة فيما اذا اطلق السلم في اللحم وقولهما اذا بينا ما ذكرا وجب انه يتوزن في عادة الناس مضبوطا بما ذكرنا من الوصف وقوله ولهذا يضمن بالمثل الاستدلال على كونه موزونا وكذا على كونه مضمونا بالمثل جاز الاستقراض وما ذكرنا من العادة المستمرة فيه في سائر الاقطار قاطع فيه وما فيه من العظم غير مانع لانه اذا سمى موضعا ومعلوم ان فيه عظما كان مراعيا عن قطعه لما تضمنه من العظم ولانه ثابت باصل الخلقة كالنوى في التمر ولهذا جاز السلم في الالية مع انها لا تخلو من العظم والسلم فيها ثابت بالاجماع بخلاف لحم الطير لانه لا يمكن وصف موضع منه لان عضو الطير صغير وهذا اشارة الى منع مطلقا وحاصل الكلام فيه ان الاصناف من الطير لا يجوز السلم فيه ولا في لحمه وما صيد قيل هو على الخلاف عندهما يجوز وعنده لا يجوز وقيل يجوز عند الكل لان

قال ولا يجوز السلم الا مؤجلا وقال الشافعي يجوز حالا لاطلاق الحديث ورخص في السلم ولنا قوله عليه السلام الى اجل معلوم فيما رويناه ولانه شرع رخصة دفعا لحاجة المفاليس فلا بد من الاجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد المرخص فبقي على النافي قال ولا يجوز الا باجل معلوم لما رويناه ولان الجهالة فيه مفضية الى المنازعة كما في البيع

مافيه من العظم لا يتبعه الناس وهو الصحيح فيجب ان يكون محل ما في الكتاب من المنع مطلقا في مخلوع العظم فان القلة حينئذ تتبعهم يجيزانه اذا اسلم في مائة رطل من لحم الدجاج مثلا ان لم يعين الموضع لعدم كونه بعظم فان من الناس من لا يجب الصدر منها فيقول اوراكا او غير الصدر او نص على صدور ها واوراكها فان اطلق فقال من لحم الدجاج السمين يجب ان لا يجوز للمنازعة بسبب ما ذكرنا لاختلاف اغراض الناس ولابي حنيفة رحمه الله احدها انه يقع سلما في المجهول لتفاوت اللحم بقلة العظم وكثرته بخلاف لحم السمك فان مضمونه من العظم قليل معلوم اهداره بين الناس ولذا هو فرق بين لحم السمك وغيره وقولها اذا سمى موضعا كان تراضيا على قطع ما تضمنه العظم قلت المشاهد في بيع اللحم حالا بعظمه وجريان المماكسة بين البائع والمشتري حتى ان المشتري يستكثر وفاءه ينزع بعضه والجواز بهذا يكلف في الاجل المستأخر التسليم وعلى هذا الوجه يجوز السلم في مخلوع العظم وهو رواية الحسن عنه ثانيهما انه يختلف بحسب الفصول سمنا وهزالا فاذا سمى السمين قد يكون انتهاء الاجل في فصل الهزال وحاصل هذا الوجه انه سلم في المنقطع وعلى هذا لا يجوز في مخلوع العظم وهو رواية ابي شجاع عنه قال المصنف وهو الاصح لان الحكم المعلل بعلتين مستقلتين تثبت مع احدهما كما تثبت معهما وقولها يضمن بالمثل ممنوع ما ذكر في باب الاستحقاق في الجامع الكبير فيمن غصب لحما فشواه ثم استحقه رجل لا يسقط ضمان الغصب وللمغصوب منه ان يضمنه قيمة اللحم قيل ولا توجد رواية بانه من ذوات القيم الا هنا من الجامع الكبير لكن ذكر صاحب الفتاوى الصغرى انه رأى وسط غصب المنتقى ان ابا يوسف روى عن ابي حنيفة اذا استهلك لحما قال عليه قيمته وحل عبارة المصنف ان القبض اي قبض اللحم القرض يعاين فيعرف شغله به اي بالمقبوض اما السلم فليس فيه مقبوض معاين بل مجرد وصف فلا يكتفي به الى آخر ما ذكرنا وكذا الاستقراض وزنا ايضا ممنوع بل ذاك مذهبها وبعد التسليم اي تسليم ان ضمان اللحم بالمثل كما اختاره الاسبيجابي انه يضمن بالمثل الا ان ينقطع عن ايدي الناس وهو الوجه لان جبريان ربا الفضل فيه قاطع فانه مثلي فيفرق بين الضمان والسلم بان المعادلة في الضمان منصوص عليها وتمام المعادلة بالمثل انه مثل صورة ومعنى اما القيمة مثل معنى فقط لان الموجب الاصلي رد العين والمثل اقرب الى العين بخلاف القيمة وكذا بتقدير تسليم استقراضه فالفرق بين السلم والقرض ان القبض في القرض معاين محسوس فامكن اعتبار المقبوض ثانيا بالاول اما السلم فانه يقع على الموصوف في الذمة وبالوصف عند العقد لا تعرف مطابقته للوجود عند القبض لعدم معرفة مطابقته بعد رؤية المقبوض الموجب المثل وبهذا سقط قوله اما الوصف فلا يكتفي به اي لا يكتفي بالوصف في معرفة الموافقة بين الموصوف والمقبوض كما هو بين المقبوض اولا والمقبوض ثانيا ولما اهدر الشارع في باب الربا كون الجودة فارقا ثبت الربا بين لحمي نوع متفاضلا وان اختلف موضعها كلحم فخذ مع لحم ضلع قوله ولا يجوز السلم الا موجلا وهو مذهب لكل واحد وقال الشافعي يجوز السلم الحال بان يقول مثلا اسلمت هذه العشرة في كر حنطة صفتها كذا وكذا الى آخر الشروط وبه قال عطاء وابو ثور وابن المنذر لاطلاق النص وهو قوله ورخص في السلم والظاهر انهم لا يستدلون به لانهم اهل حديث وهذا لا يثبت الا من كلام الفقهاء وانما الوجه عندهم انه لا دليل في اشتراط الاجل فوجب نفيه وربما استدلوا على نفيه بانه لو شرط الاجل لكان لتحصيل القدرة على التسليم التي هي شرط جواز العقد وهي ثابتة والظاهر من حال العاقد انه لا يلتزم تسليم ما لا يقدر عليه والغرض وجود المسلم فيه فيقدر عليه ولو لم يكن قادرا حقيقة فقد ثبتت قدرته بما دخل في يده من رأس المال ولهذا اوجبنا تسليم رأس المال بخلاف الكتابة الحالة فان العبد يخرج بالكتابة من يد مولاه من غير ان يدخل في ملكه شيء فلا يصير قادرا على تسليم بدل الكتابة واما استدلالكم بقوله صلى الله عليه وسلم من اسلم منكم في شيء فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم فليس معناه الامر بالتأجيل

والاجل ادناه شهر وقيل ثلثة ايام وقيل اكثر من نصف اليوم والاول اصح ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه معناه لا يعرف مقداره لانه يتأخر فيه التسليم فربما يضيع فيؤدي الى المنازعة وقد مر من قبل ولا بد ان يكون المكيال مما لا ينضبط ولا ينبسط كالقصاع مثلا فان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء للتعامل فيه كذا روى عن ابي يوسف قال ولا في طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها لانه قد يعتريه آفة فلا يقدر على التسليم واليه اشار عليه السلام حيث قال ارايت لو ذهب الله تعالى الثمرة بم يستحل احدكم مال اخيه ولو كانت النسبة الى قرية لبيان الصفة لا بأس به على ما قالوا كما نختمر في بخارا واليساخي بقرغانة

في السلم فيمتنع الحال بل معناه من اسلم في كيل فليسلم في كيل معلوم او في موزون فليسلم في وزن معلوم او الى اجل معلوم فليكن الى اجل معلوم لانه لو لم يكن كذلك لكان ايضا امرا بان يكون السلم في كيل او موزون فلم يجز في المعدود والمذروع لان النص في الفصول الثلاثة واحد ونحن نقول لا شك ان اهل الاجماع قاطبة في اخراجه من ذلك الحكم العام للترخيص للمفاليس المحتاجين الى نفقة عاجلة قادرين على البدل بقدرة اجله فلا تحقق محل الرخصة الا مع ذكر الاجل فلا يجوز في غيره وكونه قادرا حال العقد لم تحقق المبيع في حقه ولما كان جوازه للحاجة وهي باطنة انيط بامر ظاهر كما هو المستمر في قواعد الشرع كالسفر للمشقة ونحوه وهو ذكر الاجل فلم يلتفت بعد ذلك الى كون المبيع معدوما عند المسلم اليه حقيقة او موجودا قادرا هو عليه فقول المصنف ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد المرخص سماه لو لم يذكر الاجل والله تعالى اعلم وقولهم الغرر في السلم الحال اقل منه في الموجل بعد ما ذكر لا يفيد شيئا اعني بعد ما بينا ان شرعيته لدفع حاجة المحتاج الى المال العاجز عن العوض في الحال فان الغرر قد يحمل فيه لتلك الحاجة وهي المنتفية في السلم الحال قوله والاجل ادناه شهر الخ في التحفة لا رواية عن اصحابنا رضوان الله عليهم وفي المبسوط في مقدار الاجل واختلف الروايات عنهم والاصح ما روي عن محمد رح انه مقدر بالشهر لانه ادنى الاجل واقصى العاجل وقال الصدر الشهيد الصحيح ما روي عن الكرخي انه مقدار ما يمكن تحصيل المسلم فيه وهو جيد ان لا يصح لانه لا ضابط محقق فيه وكذا ما عن الكرخي من رواية اخرى انه ينظر الى مقدار المسلم فيه والى عرف الناس في تاجيل مثله كل هذا يفتح فيه المنازعات بخلاف المقدار المعين من الزمان وفي الايضاح فان قدر النصف يوم جاز وبعض اصحابنا قدروا بثلاثة ايام استدلالا لمدة خيار الشرط وليس بصحيح لان التقدير ثمة بالثلاثة بيان اقصى المدة فاما ادناه فغير مقدار انتهى والتقدير بالثلاث مروي عن الشيخ ابي جعفر احمد بن ابي عمران استاذ الطحاوي صحح المص الاول لانه مروي عن محمد ولانه ماخوذ من مسئلة اليمين وهي ما اذا حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر بر في يمينه فكان ما دون الشهر في حكم العاجل فالشهر وما فوقه اجل قالوا وعليه الفتوى قوله ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه قال المص معناه اذا كان لا يعرف مقداره اما اذا عرف فيجوز لضبط المقدار لو تلف ذلك المكيال والذراع وانما لا يجوز لما ذكرنا من احتمال هلاك ما قدر به فيتعذر الايفاء قال وقدر من قبل يريد اول كتاب البيوع وهو قوله ويجوز البيع بانا بعينه لا يعرف مقداره ويوزن حجر بعينه الى ان قال بخلاف السلم الخ وقد روي عن ابي حنيفة انه لا يجوز ايضا في بيع العين بالعين لانه بيع ليس بمكايلة ولا مجازفة وبيع الحفنة انما يجوز على احدهما والصحيح الاول والحصر ممنوع وبتقدير التسليم فهذا بيع مجازفة ثم لا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع والحديد والخزف مثلا فان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والغرارة لا يجوز للمنازعة عند التسليم الا في قرب الماء فيما روي عن ابي يوسف للتعامل فيه فانه اجازه وهو ان يشتري من سقاء كذا كذا قربة من ماء النيل او غير ذلك مثلا بهذه القربة وعينها جاز البيع ومقتضى القاعدة المذكورة ان لا يجوز اذا عين هذه القربة ولكن بمقدارها والله اعلم والزنبيل بالفتح بلا تشديد بالكسر مشددة الباء حمال زنبيل قوله ولا في طعام قرية بعينها كحنطة بلدة المنيهين او النخلة ببلاد مصر او ثمرة نخلة بعينها او بستان بعينه لانه قد تعتريه آفة فتنتفي قدرة التسليم قال المص واليه اشار صلى الله عليه وسلم ارايت لو ذهب ثمرة هذا البستان ثم يستحل احدكم مال اخيه فان معنى هذا انه لا يستحق هذا البيع ثمنا ان لم يخرج ذلك البستان شيئا فكان في بيع ثمر هذا البستان غرر الانفساخ فلا يصح بخلاف ما اذا اسلم في حنطة صعيدية او شامية فان احتمال ان لا يثبت في الاقليم برمته شيء ضعيف فلا يبلغ الغرر المانع من الصحة فيجوز فهذا الحديث يفيد عدم صحة البيع سواء

قال ولا يصح السلم عند ابي حنيفة الا بسبع شرائط جنس معلوم كقولنا حنطة او شعير ونوع معلوم كقولنا سقية او حنينة وصفة معلومة كقولنا جيدا او ردي ومقدار معلوم كقولنا كذا كيلا بكيال معروف او كذا وزنا بوازن معلوم والاصل فيه ما روينا والفقه فيه ما بينا ومعرفة مقدار رأس المال اذا كان يتعلق العقد على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود ونسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل ومؤنة وقالا لا يحتاج الى تسمية رأس المال اذا كان معينا ولا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فيهما تان مسئلتان ولهما في الاولى ان المقصود يحصل بالاشارة فاشبه الثمن والاجرة وضارب الثوب ولابي حنيفة رحمه الله انه ربما يوجد بعضها نزرا وفاء لا يستدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يؤدي في كثير منه الى تعذر تحصيل المسلم فيه فيحتاج الى رد رأس المال

كان ورود في السلم او في البيع مطلقا والواقع ان معناه ورد في السلم وفي البيع مطلقا اما في السلم فما قدمناه من حديث ابي داود وابن ماجة في الذي اسلم في نخل الحديقة النخل فلم يطلع شيء فاراد المسلم اليه ان يعتاض الثمن الذي كان اخذه وقال انها النخل هذه السنة بيت فقال لرسول الله صلى الله عليه وسلم اخذ من نخلك شيئا قال لا قال بم تستحل ماله او ردد عليه ما اخذت منه الحديث واما ما في مسلم عن جابر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لو بعت من اخيك تمرا فاصابته جائحة فلا يحل لك ان تاخذ منه شيئا بم تاخذ مال اخيك بغير حق فيحمل على كل من السلم والبيع ويمكن ان يكون دليلا على ان هلاك المبيع يبطل البيع ويوجب رد الثمن فهو دليل هذه المسئلة ايضا وفي الصحيحين عن انس رضي الله عنه ان اسلم الى صلى الله عليه وسلم قال ان لم تثمر ها الله فبم تستحل احدكم مال اخيه هذا فلو كانت نسبة الثمرة الى قرية بعينها لتبين الصفقة التعيين الخارج من ارضها بعينه كالحنطة في بخارا واليساخي دهي قرية حنطتها جيدة لفرغانة لا يا من به ولانه لا يراد خصوص النبات هناك بل الاقليم ولا يتوهم انقطاع الحنطة هناك لانه اقليم وكذا اذا قال من حنطة هراة يريد هراة خراسان ولا يتوهم انقطاع طعام اقليم بكماله فالسلم فيه وفي طعام العراق والشام سواء وكذا في ديار مصر في فتح الصعيد والذي في الخلاصة وذكر بعضهم وفي المجتبى وفي غيره لو اسلم في حنطة بخارا او حنطة سمرقند او اسبيجاب لا يجوز لتوهم الانقطاع ولو اسلم في حنطة هراة لا يجوز او في ثوب هراة وذكر شرط السلم يجوز لان حنطتها يتوهم انقطاعها اذ الاضافة لتخصيص البقعة فيحصل السلم في معلوم الانقطاع بخلاف اضافة الثوب لانها للبيان الجنس والنوع لا لتخصيص المكان وكذا لو في السلم البيه في ثوب هروي ثوب نسيج في غير ولايته هراة من جنس الهروي يعني من حنطته ومؤنته يجبر رب السلم على قبوله فظهر ان المانع والمقتضى العرف فان تعورف كون النسبة لبيان الصفة فقط جاز والا فلا بينه في الخلاصة قال الوكان في ذكر النسبة للبيان لا لتعيين المكان كما يخشر اني فانه يذكر للبيان الجودة لا ليفسد السلم وان كان يتوهم انقطاع حنطة ذلك الموضع مثل الثوب جاز السلم والا لا اما السلم في الحنطة الصعيدية والعراقية والشامية فلا شك في جوازه وفي شرح الطحاوي لو اسلم في حنطة حديثة قبل جديدها فالسلم باطل لانها منقطعة في الحال وكونها موجودة في وقت العقد الى وقت المحل شرط الصحة السلم قوله ولا يصح السلم عند ابي حنيفة الا بسبع شرائط مذكرة في المقدوري اما عندهما فهي في الجنس الاول ولا شك ان السلم شروطا غيرها ولكن لا يشترط لصحة السلم ذكرها في العقد بل وجودها وشرائط جمع شريطة تقول بعضهم في بعض النسخ سبع وهو الاصح ليس كذلك بل سبعة على تقدير كون المعدود شرط وسبع على تقدير كونه شريطة وكل وارد على اعتبار خاص والمعروف من النسخ ليس الا المشهور سبع شرائط جنس معلوم كحنطة او شعير ونوع معلوم كسقية وهو ما يسقى سيحا او بحنية وهي ما تسقى بالمطر ونسبة الى البحر لانها منجوسة الحظ من المار بالنسبة الى السيح غالبا وصفة معلومة كجيد وردي او وسط ومقدار معلوم من الشعير وقدر معلوم كذا كيلا بكيال معلوم فهذه اربعة يشترط في كل من رأس المال والمسلم فيه يعني ثمانية بالتفصيل فان ما يجوز كونه مسلما فيه يجوز كونه رأس مال السلم ولا ينعكس فان ينقود يكون رأس مال ولا سلم فيه والخامس اجل معلوم والاصل اي في اشتراط هذه الخمسة ما روينا يعني قوله صلى الله عليه وسلم من اسلم فليسلم الحديث نص على شرط القدر المعلوم والاجل المعلوم وثبت باقي الخمسة بالدلالة بظهور ارادة الضبط المنافي للمنازعة وقوله والفقه فيه ما بينا يعني قوله ولان الجهالة مفضية الى المنازعة والساد من ذكر مقدار رأس المال اذا كان رأس المال بحيث يتعلق العقد على قدره يعني بتقسم اجزاء المسلم فيه على اجزائه وهو ان يكون الثمن من المكيلات او الموزونات او المعدودات المتقاربة وهذا شرط في المسلم فيه اتفاقا فصارت احد عشر شرطا والثاني عشر تسمية مكان الايفاء وهو بعض المسلم فيه والثالث عشر ان لا يشتمل لبدلين احدهما على الربا لان الفراد احدهما بحكم

والموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعية رفع المنافي بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوبا لان الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره ومن فروعه اذا اسلم في جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما او اسلم جنسين ولم يبين مقدار احدهما وليهما في الثانية ان مكان العقد يتعين لوجوب العقد الموجب للتسليم فيه ولانه لا يؤمن مكان آخر فيه فيصير نظير اول اوقات الامكان في الاداء وصار كالقرض والغصب لابي حنيفة رح ان التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين بخلاف القرض والغصب واذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان وصار كجهالة الصفة

النساء وان لا يكون فيه خيار شرط والرابع عشر ان تعين المسلم فيه بالتعيين فلا يصح السلم في الدراهم والدنانير لتقدم في التبر رابعا ان والخامس عشر انتفاء الثمن على قول ابي حنيفة كذا ذكر والسادس عشر اشتراطه لسبب اشتراطه لاجله الذي قدمناه والسابع عشر تسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان للمسلم فيه حمل ومؤنة اي اذا كان نقله يحتاج الى اجرة ونحوه لنقله وقالا لا يحتاج الى تسمية راس المال اذا كان معينا يقبضه دفعة ولا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد وهما مسئلتان خلافيتان بينه وبينهما لهما في الاولى ولقولهما قال مالك واحمد والشافعي في قول ان المقصود في اعلام قدر راس المال وهو التسليم بلا منازعة يحصل بالاشارة الى العين والثمن المعجل فاغنى عن اعلام قدره وصار كثمن المبيع المعجل والاجرة الموجلة في الاجارة والمضاربة اذا وقت الى آخر دراهم معينة غير معلومة المقدار مضاربة بالنصف فانه جائز وكراس المال الذي لا يتسلم المسلم فيه عليه كالثوب والعبد فانه لا يشترط فيه اعلام كميته وذرعانه بالاتفاق وله ما روي عن ابن عمر رض انه قال به وقول الفقيه من الصحابة رض مقدم على القياس والقياس على المسلم فيه بجامع انه عوض تناوله عقد السلم ولان جهالة قدر المسلم فيه مانع اتفاقا وجهالة راس المال مودية اليه ولا يودي الى الممنوع شرعا ممنوع شرعا بيان تادية اليه انه ربما ينفق راس المال كما ينفقه المحتاجون فربما يظهر فيه زيوف فيختار الاستبدال به وورده وقيل يكون اكثر راس المال زيفا فانه اذا رده واستبدل بها في المجلس يفسد السلم عند ابي حنيفة لانه لا يجوز الاستبدال في اكثر من النصف خلافا لهما وقد لا ينفق الاستبدال بها في مجلس الرد فينفسخ العقد في مقدار ذلك فاذا لم يكن قدر الكيل معلوما لم يدر في كم انفض وفي كم بقي فيصير المسلم فيه مجهول المقدار وكذا لو استحق بعضه يلزم هذا ايضا وهذا وان كان موهوما فالموهوم في هذا العقد له حكم المعلوم لشرعية رفع المنافي وهو كون المبيع معدوما فان ما يشرع لذلك يكون ضعيفا في الشرعية فيوثر فيه توهم العذر المذكور وهو في الحقيقة تعليل قوله صلى الله عليه وسلم ارايت ان ذهب الله تمرة باي الحائط بما يستحل احدكم مال اخيه بخلاف ما اذا كان راس المال ثوبا لان الذرع وصف فيه وكذا لو اشتراه على انه عشرة فاذا هو خمسة عشر كان كله له والمبيع لا يقابل الاوصاف فلا يتعلق العقد على قدره ولهذا لو ظهر الثوب او الحيوان المجعول راس مال مخرقا او سمي عدوا من الذرعان فيه فوجده المسلم اليه انقص او بعض اعضاء الحيوان تالفا لا ينتقض من المسلم فيه شيء بل المسلم فيه بالخيار ان شاء رضي به بكل المسلم فيه وان شاء فسخ لفوات الوصف المرغوب فيه واستشكل بان هذا اعتبار بشبهة الشبهة او انزل منها فان في وجود الزيف احتمالا ثم اختيار الرد لذلك ثم عدم الاستبدال به في مجلس الرد فيه ايضا ذلك والمعتبر الشبهة لا النازل كما افاده الحديث فان المعتبر فيه الشبهة لا غير وهو احتمال ان لا يخرج الثمرة اجيب تارة انها بشبهة واحدة فان الكل مبني على وجود الزيف وتارة بان السوال فاسد لان الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت كالتقديم النيئة وليس هذا كذلك وانما اعتبر الموهوم بالنص المذكور على ان طريق ما انحصر في وجود الزيف بل ظهور استحقاق راس المال كما ذكرنا انه طريق ومما يدل على صحة اعتبار الموهوم في هذا العقد اجماعنا على انه لا يصح السلم لبطلان العقد في حصة ما لم يعلم قدره فيبطل في الآخر ايضا لاتحاد الصفقة او لجهالة صحة الآخر من المسلم فيه فيكون المسلم فيه مجهولا ولهما في المسئلة الثانية وهي اشتراط مكان التسليم فيما له مؤنة ان مكان العقد يتعين للايفاء لوجود العقد لما صح اشتراط غيره فان تغيير مقتضى العقد مردود او هو مفسد على ما هو رواية عن احمد رح وصار كالصرف الى غالب نقد البلد ما لم يسم نقدا غيره فينصرف اليه ويلحق بالثمن فان العقد يقتضيهما معا فلما اقتضى وجوب تسليم الثمن في مكان العقد وجب في الآخر ذلك وصار المكان كالزمان الذي هو اول اوقات الامكان حيث يتعين للوجوب لعدم المزاحم اولا دار على قول الكرخي في الامر

وعن هذا قال من قال المشائخ ان الاختلاف فيه عند ويجب التحالف كما في الصفقة وقيل على عكسه كان تعيين المكان قضية
التقد عندهما وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورتها اذا اقتسما دارا وجعلا صرف نصيب احدهما شيئا الى حمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك
في الثمن والصحيح انه يشترط اذا كان مؤجلا وهو مختار شمس الائمة السرخسي رح وعندهما يتعين مكان الزاد ومكان تسليم الدابة للركوب

المطلق وتقرير دان التسليم يحتاج الى مكان وهذا المكان لا يزاحم فيه غيره فيتعين كاول اوقات الامكان والحاقا ايضا بالقرض والغصب والاستهلاك
حيث يجب التسليم في مكان الغصب والقرض والاستهلاك ويرد ان يكون تعيين غير مكان العقد غير مفسد بعقد ما اذا اشترى كرا وشرط على البائع حمله الى منزله فحمله سوار اشتراه في المصر
او خارجه اجيب بالفرق بان المشترى يملك العين بجميع اجزائها فاذا شرط حملها فقد شرط عملا في ملكه بيع الشعير ثم سمى الثمن في مقابلة ذلك
كله فصار بائعا آجرا ومشتريا مستاجرا معا فهو صفقة في صفقة فيفسد اما عقد السلم فلا يملك المشترى به العين لان المعقود عليه دين لا عين
فانما يملك العين بالقبض بالنقل من مكان الى آخر عمل من البائع في ملك نفسه فلا يكون بائعا واجرا واورد ايضا في الفوائد الظهيرية عن محمد رح
ما يدل على عدم تعيينه فانه قال في رجل باع طعاما والطعام في السواد ان كان المشترى يعلم مكانه فلا خيار له وان لم يعلم فله الخيار ولم يتعين
زمان البيع مكانا للتسليم لم يكن له خيار ثم قيل انما يجوز البيع اذا كانت حوائج الحنطة في بيت واحد فان كانت في مصر وسواد فالبيع فاسد
لافضائه الى المنازعة لان المشترى يطالبه بالتسليم في اقرب الاماكن والبائع يسلمه اليه في الابعد وهذا كله دليل ان مكان البيع لا يتعين
اجاب بانه انما يتعين اذا كان المبيع حاضرا والمبيع في السلم حاضر لانه في ذمة البائع وهو حاضر في مكان العقد فالمبيع حاضر بحضوره وفي
بيع العين اذا كان ولابي حنيفة ان التسليم في السلم غير واجب في الحال فلا يتعين مكان العقد بخلاف القرض والغصب فان التسليم
فيهما واجب في الحال فيتعين مكان سبب الوجوب في الحال وكذا اندفع قياسه على رأس مال السلم فانه يجب تسليمه في الحال وتضمن بمنع ما قالوا
من ان وجود العقد الموجب للتسليم يجب تعيين مكانه بل العقد يوجب التسليم فقط الا ان اقتضى امرا آخر تعيين مكانه فاذا لم يتعين فالجهالة لا تفضي
الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف الاماكن فلا بد من البيان دفعا للمنازعة لان المسلم اليه يطالبه بالتسليم في مكان ليسقط عنه فيه
مؤنة الحمل وترفع قيمته والمسلم اليه على عكسه وبخلاف راس المال لان تسليمه واجب للحال فقرفا والحاقه بالامرين فتعيين اول الاوقات بلا حاجة
لكن لا يخفى ان قوله التسليم غير واجب للحال فلا تعيين مكان العقد مما يرد عليه المنع اذ لا ملازمة تظهر وما المانع من تعيينه مع تاخر التسليم حتى
اذا حل الاجل وجب تسليمه في ذلك المكان فالاولى ان يقتصر على منع تعيين العقد المكان والحاقهما بالاستهلاك والقرض ظهر الفارق
بينهما وبين السلم وبالثمن في العين محل النزاع لان ابا حنيفة في الصحيح عنه يرى انه لا يتعين ايضا اذا كان موجلا وانه يجب تعيينه ايضا
كما سيذكر المصنف وبراس مال السلم يمنع فيه حكم الاصل فانا لا نعين مكان العقد لتسليم راس مال السلم بل ان يقبضه قبل الافتراق لنفي بيع الكالي
بالكالي فلو عقد السلم وشيا فرسخا ثم سلمه اليه قبل ان يفارقه جاز وقولهم الموجب للتسليم وجد فيه قلنا نعم لا يستلزم وجود الموجب في مكان ان
يوجب مقتضاه في ذلك المكان فانه لا ملازمة عقلية في ذلك اذ يجوز ان يوجد في مكان آخر مؤثره الايجاب مطلقا فلا ثبت هذا الملازمة الا سمعا

قوله وعن هذا الخ وعن كون المكان يوجب اختلاف القيمة قال من قال من المشائخ ان الاختلاف فيه يوجب التحالف عنده كما لو اختلفا
في صفة الثمن او المثمن فان اختلاف الصفة يوجب اختلاف القيمة فهو كما اذا اختلفا في جودته ورداءته وقيل على عكسه اي لا يوجب التحالف
عنده بل القول قول المسلم اليه لان تعيين المكان ليس مقتضى العقد عنده وعندهما يتحالفان بان تعيين المكان لما ثبت بمجرد وجود العقد فيه كان
من مقتضيات العقد والاختلاف فيها يوجب التحالف بالاجماع فكذا هنا قال وعلى هذا الاختلاف الثمن في البيع الناجز اذا
كان له مؤنة حمل وهو موجل في بيع العين والاجرة بان استاجر دارا شهرا بالة مؤنة حمل وهو موجل عنده يشترط بيان مكان تسليمها وعندهما لا والصحيح قولهما

قال ومالم يكن له حمل ومؤنة لايحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء لاجماع لانه لايختلف قيمته ويوفيه في المكان الذي اسلم فيه قال رضي الله عنه وهذه رواية الجامع الصغير والبيوع وذكر في الاجارات انه يوفيه في اي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء ولاوجوب في الحال ولو عينا مكانا قيل لايتعين لانه لاتقييد وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق ولو عين المصر فيما لاحمل ومؤنة يكتفي به لانه مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا **قال** لايصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل ان يفارقه فيه اما اذا كان من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي عليه السلام عن الكالئ بالكالئ وان كان عينا فلان السلم اخذ عاجل باجل اذ الاسلام والاسلاف يبينان عن التعجيل فلابد من قبض احد العوضين ليتحقق معنى الاسم ولانه لابد من تسليم راس المال ليتقلب المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم وانما قلنا لايصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وكذا لايثبت فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد تجارة وخيار العيب لانه لايمنع تمام القبض

اذا اقتسما دارا وجعل مع نصيب احدهما شيأ له حمل ومؤنة وقيل لايشترط ذلك في الثمن بالاجماع والصحيح انه يشترط عندهما اذا كان موجلا وهو جيد شمس الائمة السرخسي وعندهما يتعين مكان الدار في القسمة ومكان تسليم الدابة في الاجارة **قوله** ومالم يكن له حمل ومؤنة كالمسك والكافور والزعفران وصغار اللؤلؤ يعني القليل منه والاحتراز عن المسلم في اسنان من الزعفران كثيرة تبلغ احمالا وكذا المسك وصغار اللؤلؤ **قوله** لايشترط فيه بيان مكان الايفاء عندهم وهو الاصح من قول الشافعي ويوفيه في المكان الذي اسلم فيه وكلما قلنا يتعين مكان العقد سعناه اذا كان عما يتأتى التسليم فيه ومالا بان اسلم اليه وهما في مركب في البحر او في جبل فانه يجب في اقرب الاماكن التي يمكن فيها منه قال المصنف وهذا رواية الجامع الصغير والبيوع يعني من اصل المبسوط وذكر في الاجارات من اصل المبسوط يوفيه في اي مكان شاء وهو الاصح والاصح من قول الشافعي ايضا لان الاماكن كلها سواء اذ المالية لاتختلف باختلاف الاماكن فيما لاحمل له ولامؤنة بل بغزارة الوجود وقلته وكثرة رغبات الناس وقلتها بخلاف ماله مؤنة فان الحنطة والحطب يوجد في المصر والسواد ثم يشتري في المصر باكثر مما يشتري في السواد ولو عين مكانا قيل لايتعين لانه لايفيده والشرط الذي لايفيد لايجوز وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق وهو الاصح وبه قال الشافعي واحمد ذكره في التحفة ثم لو عينا المصر في ماله حمل ومؤنة يكتفي به لانه مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا يعني القيمة لاتختلف باختلاف المصر الواحد عادة قبل هذا اذا لم يكن المصر عظيما فلو كان بين جوانبه نحو فرسخ لايجوز الا ان يبين لانه يفضي الى المنازعة ذكره في المحيط ولو شرط ان يوفيه في مكان ثم يحمله الى منزله لاخير فيه ولو شرط الحمل الى منزله ابتداء قيل يجوز استحسانا وروى البلخي عن اصحابنا انه لايجوز السلم وقيل انما لايجوز قياسا اذا شرط الايفاء في موضع ثم يحمل الى منزله اما لو شرط الايفاء في منزله فيجوز قياسا واستحسانا وفي بيع العين لو شرط على البائع في المصر ان يوفيه الى منزله والعقد في مصر جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف استحسانا وعند محمد لايجوز بهذا اذا لم يكن بين جوانب المصر مسافة بعيدة فان كان لايجوز البيع ولو اشترى طعاما ليطعام من جشه وشرط احدهما التوفية الى منزله لم يجز بالاجماع كيفما كان ولو شرط ان يوفيه الى مكان كذا فسلمه في غيره وذكر الكرار الى الموضع المشروط صار قابضا ولايجوز اخذ الكرار وان شاء رده اليه ليسلمه في المكان المشروط لانه حقه **قوله** ولاتصح السلم حتى يقبض راس المال قبل ان يفارقه وهذا تحقيقه ان قبض راس المال قبل الافتراق شرط صحة العقد على الصحة اما اذا كان راس المال من النقود فلانه لو لم يقبض افترقا عن دين بدين لانها لاتتعين فلا يقع العقد الا على دين في الذمة فلم يقع بدفع العين المقاصة عنه وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الكالئ بالكالئ اي النسيئة بالنسيئة الا ان مالكا يجوز التاخير ويقول انما شرط الاجل لاخراجه الى الدين عاد بقولنا قال الشافعي واحمد وان كان عينا فهي القياس لايشترط تعجيله لان عدم تسليمه لايودي الى بيع دين بدين بل بيع عين بدين وفي الاستحسان يشترط اعمالا لمقتضى الاسم الشرعي لان الاسلام والاسلاف في كذا ينبئ عن تعجيل المسلم دون الآخر لان وضعهما في الاصل لاخذ عاجل باجل فالشارح قرره كذلك فيجب ان يثبت على اعتبار المعنى الذي اعتبر فيها ولو فرضنا فرضنا انها صارت اعلاما فاصل الوضع كان باعتبارها اعتبر في معناها من الاحكام فلزم التعجيل ولانه لابد من تسليمه ليتقلب فيه المسلم اليه اذ الغرض افلاسه وحاجته فيتقلب فيه ليقدر على تحصيل المسلم فيه الى الاجل ولهذا اي لاشتراط التسليم قلنا لايصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم الذي هو الملك وهذا على قول ابي حنيفة ظاهر فانه وان خرج البدل من ملك من لم يكن له حق خيار لم يدخل في ملك الآخر وعلى قولهما هو كذلك مترددا فانه لعزضيته ان يفسخ من له الخيار فلا يتم القبض لان تمام الملك في المقبوض مبني على تمام الملك في العوض وهذا بخلاف الاستحقاق فان راس المال اذا ظهر مستحقا لم يمنع استحقاقه من تمام قبضه بجواز اجازة المالك حتى لو اجاز قبضه صح العقد وان كان الاستحقاق يمنع الملك لان منعه الملك ليس لقبضيته السبب بل لاسباب

ولو اسقط خيار الشرط قبل الافتراق وراس المال قائم جاز خلافا لزفر وهو نظيره وجملة الشروط جمعوها في قولهم اعلام راس المال وتجيله واعلام المسلم فيه وتاجيله وبيان مكان الايفاء والقدرة على تحصيله فان اسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين على المسلم اليه ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل لفوات القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لان الفساد طارء اذا السلم وقع صحيحا وهذا لو نقد راس المال قبل الافتراق صح الا انه يبطل بالافتراق لما بيناه وهذا لان الدين لا يتعين في البيع الا ترى انهما لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع فينعقد صحيحا

وجد مطلقا لانه لم يتعلق به سوى تعلق حق الغير وجاز ان يجيز ذلك الغير فاذا اجاز التحقت الاجازة بحالة العقد بخلاف خيار الشرط فان عدم الملك قضية السبب نفسه وجعله في حق الحكم كالمتعلق بشرط سقوط الخيار وكان تاثيره اكثر من تاثير عدم القبض فكان اولى بالابطال من عدم القبض وهذا لان المعلق بالشرط معدوم قبله فلا حكم اصلا وهو الملك فلا قبض ولذا قلنا ان اعتاق المشتري لا يصح ولا يتوقف اذا كان في البيع خيار للبائع واعتاق المشتري من الفضولي يتوقف ولذا لا يثبت فيه اي في السلم خيار رؤية بالاجماع لانه غير مفيد اذ فائدة خيار الرؤية رد المبيع والمسلم فيه دين في الذمة فاذا رد المقبوض عاد دينا كما كان لانه لم يرد عين ما تناوله العقد فلا ينفسخ العقد برده بل يعود حقه في مثله ولان اعلام الدين ليس الا بذكر الصفة مقام ذكر العين فلا يتصور خيار رؤية ذكره في الكافي ولا يشكل بالاستصناع فانه دين في ذمة الصانع ويجري فيه خيار الرؤية يعني اذا رد ما يأتي به ينفسخ لانا لا نسلم ان المبيع فيه الدين في ذمة الصانع بل العين كما سيأتي واما خيار الرؤية في راس المال فصحيح لانه لا يمنع ثبوت الملك بذكره في التحفة وهذا اذا كان عينا مثليا او قيميا بخلاف خيار العيب في المسلم فيه فانه يصح لانه لا يمنع تمام القبض لان تمامه بتمام الصفة وتمامها بتمام الاجل وهو تمام وقت العقد قوله ولو اسقط خيار الشرط قبل الافتراق وراس مال السلم قائم جاز السلم خلافا لزفر وانما قيد بقيام راس المال لانهما لو اسقطاه بعد اتفاقه او استهلاكه لا يعود صحيحا اتفاقا لانه بالهلاك صار دينا في ذمة المسلم اليه ولو صح كان براس مال هو دين وذلك لا يجوز كما لا يجوز في ابتداء العقد ولانه الان في معنى الابتداء اذ قبل الاسقاط لم يكن للعقد وجود اشرعا وقول الشافعي ومالك كقول زفر وقد مر نظيره في باب البيع الفاسد وهو ما اذا باع الى اجل مجهول ثم اسقط الاجل قبل حلوله ينقلب جائزا عندنا خلافا لهم قال المصنف وجملة الشروط جمعوها الى آخره فاعلام راس المال يشتمل على بيان جنسه وصفته ونوعه وقدره وتعجيله ان كان حالا وتاجيله ان كان مؤجلا وبيان مكان الايفاء ان كان لهما حمل ومؤنة وان لم يكن لهما حمل ومؤنة لا يذكر مكان الايفاء لان المسلم فيه يتبع راس المال في المكان الذي وقع العقد فيه ويشتمل على بيان جنسه وصفته ونوعه وقدره وتعجيله ان كان حالا وتاجيله ان كان مؤجلا وبيان مكان الايفاء ان كان لهما حمل ومؤنة وان لم يكن لهما حمل ومؤنة لا يذكر مكان الايفاء لان المسلم فيه يتبع راس المال في المكان الذي وقع العقد فيه ويشتمل على بيان جنسه وصفته ونوعه وقدره وتعجيله ان كان حالا وتاجيله ان كان مؤجلا وبيان مكان الايفاء ان كان لهما حمل ومؤنة وان لم يكن لهما حمل ومؤنة لا يذكر مكان الايفاء لان المسلم فيه يتبع راس المال في المكان الذي وقع العقد فيه ويشتمل على بيان جنسه وصفته ونوعه وقدره وتعجيله ان كان حالا وتاجيله ان كان مؤجلا وبيان مكان الايفاء ان كان لهما حمل ومؤنة وان لم يكن لهما حمل ومؤنة لا يذكر مكان الايفاء لان المسلم فيه يتبع راس المال في المكان الذي وقع العقد فيه

قوله وذكر الصفة مقام ذكر العين

قوله وقد مر نظيره في باب البيع الفاسد

قوله وجملة الشروط جمعوها الى آخره

قوله ويشتمل على بيان جنسه وصفته ونوعه وقدره وتعجيله ان كان حالا وتاجيله ان كان مؤجلا وبيان مكان الايفاء ان كان لهما حمل ومؤنة وان لم يكن لهما حمل ومؤنة لا يذكر مكان الايفاء لان المسلم فيه يتبع راس المال في المكان الذي وقع العقد فيه

قال ولا يجوز التصرف في رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض اما الاول فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد واما الثاني فلان المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا يجوز الشركة والتولية في المسلم فيه لانه تصرف فيه فان تقايلا السلم لم يكن له ان يشتري من المسلم اليه برأس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله عليه السلام لا تأخذ الا سلمك او رأس مالك اى عند الفسخ ولانه اخذ شبيها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه وهذا لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل رأس المال مبيعا لانه دين مثله لانه لا يجب قبضه في المجلس لانه ليس في حكم الابتداء حتى لو فارقه وهو كفيل بقيته خلافا لزفر وهي مسألة عكسية ما ذكرناه

كانت المائة على ثالث فانه يشيع بالفساد ولذا قيد المصنف كون المائة دينا على المسلم اليه لان المائة على الاجنبي ليست مالا في حقهما وحين لم تتقيد بالدين لم تحقق الفساد بمجرد ذكر ذلك بل بالافتراق بلا قبض تلك المائة ولهذا لو تقبل المائة قبل الافتراق صح السلم ح لم يلزم قوله جعل القبول في الفاسد شرطا الى آخره اذ لم يلزم الفساد بالاضافة نفطا الى الدين وكان الفساد طاريا بالاشاعة وقال في المنظومة ان كان راس المال نوعين نقد هذا او دين ذاك فالكل فسد ان لم يبين قسطا وقسط اذا كان لدى الشيوع والزيت كذا فاستكمل على مسئلة الكتاب نقيل انما قيد بالنوعين لانه اذا كان من جنس واحد لا يتعدى الفساد كما ذكر في الهداية واستشكله صاحب الحواشي على قول ابي حنيفة رض لان عنده اذا ورد العقد على شيئين وفسد في احدهما يفسد في الآخر لانه يصير قبول الفاسد شرطا انتهى وقال الا ان هذا في الفساد المقارن الذي يكون في صلب العقد لا في الطاري وههنا طار لان قبض راس المال شرط لبقاء العقد على الصحة اما العقد في نفسه فصحيح واستشكله الشيخ حافظ الدين في المصفى بان هذا لا يقتضي ان لا يفسد في حصة النقد اذا كان راس المال نوعين ايضا ثم قال يحتمل ان الفساد باعتبار ان معرفة راس المال شرط عنده ولم يبين حصة كل نصف من المسلم فيه فهي المسألة التي قدمها المصنف تفريعا على اشتراطه معرفة مقدار راس المال اذا كان مما يتعلق العقد على قدره فاذا قوبله شيئين كان الانقسام بطريق القيمة وذلك يعرف بالحزر والظن وهو مجهول انتهى وهو جيد بناء على اشتراطه معرفة مقدار راس المال الا ان على هذا الاحاجة الى تقييد المنظومة بكون احدهما دينا فانه لو كان عينين فقسد فيهما كذلك ايضا قوله لا يجوز التصرف في راس المال لا المسلم فيه قبل القبض اما الاول وهو راس المال فان ما لا يجوز للمسلم اليه التصرف قبل قبضه لما ذلك من تفويت حق الشرع وهو القبض المستحق شرعا قبل الافتراق واما الثاني وهو المسلم فيه فانه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز لما تقدم من الدليل فلا تجوز هبته ولا الاستبدال به اما لو دفع المسلم اليه ما هو راس المشروط فقبله رب السلم او اجره فانه يجوز ولا يكون له حكم الاستبدال فانه جنس حقه فهو كترك بعض حقه واسقاطه في حق رب السلم ومن احسن التقاضي في حق المسلم اليه وقول القدوري بعد ذلك ولا يجوز الشركة ولا التولية مع دخولها في عموم التصرف في المسلم فيه لقرب وقوعها في المسلم فيه بخلاف المرابحة والوضيعة فانه غير معتاد ولانه دين وفي الوضيعة اضرار برب السلم فيبعد وجودها بخلاف اخذه مثل ما اشتراه به فانه قريب والشركة هي بمعنى اخذ البعض بمثل ما اشتراه به وقيل هو احتراز عن قول البعض ان التولية تجوز عنده في بيع العين والسلم قوله فان تقايلا السلم لم يكن لرب السلم ان يشتري من المسلم اليه برأس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذ الا سلمك او راس مالك اخرج ابو داود وابن ماجة معناه عن عطية العوفي عن ابي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اسلم في شيء فلا يصرفه الى غيره وهذا يقتضي ان لا يأخذ الا هو ورواه الترمذي وحسنه وقال لا اعرفه مرفوعا الا من هذا الوجه واخرجه الدارقطني عن سعيد الجوهري وعلي بن الحسين الدرهمي باللفظ المذكور وقال اللفظ للدرهمي وقال ابراهيم بن سعيد فلا يأخذ الا اسلمه فيه او راس ماله وهذا هو حديث المصنف وعطية العوفي ضعفه احمد وغيره والترمذي عن جدته فهو مختلف فيه حديث حسن ورواه عبد الرزاق موقوفا على ابن عمر رض اخبرنا معمر عن قتادة عن ابن عمر قال اذا اسلمت في شيء فلا تأخذ الا راس مالك او الذي اسلفت فيه واسنده عن ابي الشعثاء نحوه من قوله فقوله لا تأخذ الا سلمك يعني حال قيام العقد او راس مالك اي عند الفسخ فاستنبط منه انه اعتبر كالمبيع فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه وهذا اي كونه اشبه شيئا بالمبيع بسبب ان الاقالة بيع جديد في حق ثالث عند المتقدمين والشرع

قال ومن اسلم في كر حنطة فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه قضاء له لم يكن قضاء وان امره ان يقبضه لنفسه ثم يقبضه لنفسه فاكتاله ثم اكتاله لنفسه بحضرته جاز بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي عليه السلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث على ما مر والسلم وان كان سابقا لكن قبض المسلم فيه لا حق وانه بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشرى وان لم يكن شراء وكان قرضا فامره بقبض الكر جائز لان القرض اعارة وهذا ينعقد بلفظ الاعارة فكان المردود عين الماخوذ مطلقا حكما فلا يجتمع الصفقتان

ثالث وعرف ان صحتها يتوقف على قيام المبيع الى القبض الاترى انه لو هلك المبيع بعد اقالة البيع قبل القبض تبطل الاقالة وذلك غير ممكن ههنا لان بالاقالة يسقط البيع لانه دين لا عين فيتلاشى فلا يعود ولكنها قد صحت فيستلزم انه ان اعتبر راس المال بمنزلة المبيع ضرورة لانه دين مثل المسلم فيه وجعل الدين مبيعا ليس محالا اورد عليه لو كانت بيعا جديدا لكانت بيع مسلم لانها اقالة بيع مسلم فكان يلزم قبض راس المال عند الاقالة في المجلس ولم يلزم بالاجماع فاجاب عنه المصنف بانه يبنى عقد الاقالة ليس في حكم الابتداء من كل وجه واجاب غيره بان لزوم قبضه قبل الافتراق لكلا يفترق عن دين بدين وذلك انما يكون اذا كان المسلم فيه مما يجب تسليمه ولم يجب ذلك بعد الفسخ بالاقالة يمكن حمل جواب المصنف عليه بتكليف يسير وحاصل جواب صاحب الايضاح ان راس المال جعل كالمسلم فيه والقبض ليس شرطا فيه فليس شرطا وفيه خلاف زفر اى في منع الاستبدال براس مال السلم من المسلم اليه بعد اقالة السلم فعنده يجوز اى يشترى به ما شاء وهو القياس لانه بالاقالة بطل السلم وصار راس المال دينا عند المسلم اليه فيستبدل به كسائر الديون قال والحجة عليه ما ذكرنا من الاثر والمعنى فهو استحسان بالاثر مقدم على القياس قوله من اسلم في كر هو ستون قفيزا او اربعون على خلاف فيه والقفيز ثمانية مكاكيل والمكوك صاع ونصف فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم ان يقبضه قضاء عن المسلم فيه فاقتضاه رب السلم بحقه بان اكتاله من حيث جازه اليه لم يكن مقتضيا حقه حتى لو هلك بعد ذلك يهلك في مال المسلم اليه ويطالبه رب السلم بحقه وان امره ان يقبضه له ثم للمسلم اليه ثم يقبضه لنفسه فاكتاله اى لرب السلم ثم اكتاله مرة اخرى لنفسه صار مقتضيا مستوفيا حقه وهذا لانه اجتمعت صفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري هذا محمل الحديث على ما مر في الفصل الذي يلي باب المرابحة حيث قال المصنف ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين والفقه فيه ان المستحق بالعقد يسمى فيه وهو الكر وهو انما يتحقق بالكيل فكان الكيل معينا للمستحق بالعقد وهذا ان عقد ان مشتريان فلا بد من توفير مقتضى كل عقد عليه الا ترى ان الثاني لو كاله فزاد طلب له الزيادة وجب رده حتى لو كان المشتري كاله بحضرة المشتري الثاني فقبضه الثاني لا بد من ان يكيله اقامة لحق العقد الثاني والصفقتان شراء المسلم اليه من بائعه الكر والصفقة التقديرية التي اعتبرت بين المسلم اليه ورب السلم عند قبضه لان المسلم اليه يصير بائعا من رب السلم ما اشتراه لان الماخوذ ليس عين حقه فانه دين وهذا عين قاصده وقد اخذ وافى صحة الامر ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه وعندي هذا ليس بشرط بل الشرط ان يكيله مرتين حتى لو قال له اقبض الكر الذي اشتريته من فلان عن حقك فذهب فاكتاله ثم اعاد كيله صار قابضا لان الغرض انه لا يصير قابضا لنفسه بالكيل الاول بل الثاني فلما قال له اقبضه عن حقك والمخاطب يعلم ان طريق صيرورة قابضا لنفسه ان يكيله مرة للقبض عن الامر وثانيا ليصير هو قابضا لنفسه فعل ذلك صار قابضا حقه كانه قال له اذهب فافعل ما تصير به قابضا ولفظ الجامع للقيد الذي قلنا انه لم يزد فيه على قوله فاكتاله ثم اكتاله لنفسه جاز قوله والمسلم وان كان سابقا الخ جواب سؤال مقدر وهو ان يقال بيع رب السلم مع المسلم اليه كان سابقا على شرى المسلم اليه من بائعه فلا يكون المسلم اليه بائعا بعد الشراء وما اشتراه فلم يجتمع الصفقتان فلا يدخل تحت النهي فاجاب بقوله المسلم وان كان سابقا على شراء المسلم اليه من بائعه لكن قبض رب السلم المسلم فيه الاحق لمشتريه من بائعه وانه اى قبض المسلم فيه بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة واعتبار عينيته في حق حكم خاص وهو صحة قبضه من المسلم فيه كيلا يلزم الاستبدال به قبل قبضه لا يستلزم اعتباره اياه مطلقا فاخذ العين عنه في حكم عقد جديد فتحقق بيع المسلم اليه بعد شرائه من بائعه والدليل على هذا الاعتبار ما قال في الزيادات لو اسلم ماءة في كر ثم اشترى المسلم اليه من رب السلم خمسة بمائتي درهم الى سنة فقبضه فلما حل السلم اعطاه ذلك الكر لم يجز لانه اشترى ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن يريد ان رب السلم اشترى ما باعه وهو الكر قبل نقد الثمن بأقل مما باعه وانما يلزم ذلك اذا جعلا عنه القبض كانهما جددا عقدا ومثل هذا فيما لو اسلم في موزون معين واشترى المسلم اليه موزونا كذلك الخ

قال فمن استقرض دراهم رب السلم اليه غرائر دنانير لم يكن قضاء لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الامر لان حق الدين دون العين فصار المسلم اليه مستقرضا الغرائر منه وقد خلط ملكه بملكها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا لينزعها من بين الدين لم يصر قابضا وكذا لو كانت الحنطة مشتراة والمسئلة بحالها صار قابضا لان الامر قد صح حيث صادف ملكه لانه ملك العين بالقبض الا ترى انه لو امر بالطحن حتى طحن المسلم اليه وفي الشرى للمشتري للصحة الامر وكذا اذا امره ان يكيله في بعض حقه في السلم كهاشم من مال المسلم اليه وفي الشرى من مال البائع ويقع الثمن عليه قال وهذا يكتفي بذلك الكيل في الشرى في الصحيح لانه نائب عنه في الكيل والقبض بالوقوع في غرائر المشتري ولو امره في الشرى ان يكيله في غرائر البائع فكال لم يصر قابضا لانه استعار غرائره ولم يقبضها ولا يصير الغرائر في يده فكذا اما لم تقع فيها وصار كما لو امره ان يكيله في بيت البائع لان البيت بناحيته شيء بين فلم يصر المشتري قابضا والغرائر للمشتري ان بدا بالعين صار قابضا اما العين فلصحة الامر فيها اما الدين فلا لصالة ملكه وبمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة وامره ان يزرعها في ارضه كمن دفع الى صانع خاتما وامره ان يزيد من عنده نصف دنانير ان بدا بالدين لم يصر قابضا اما الدين فلعدم صحة الامر واما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عند ابي حنيفة رح فينقلب البيع وهذا خلاف على ما بيد من جهله ويحتمل ان يكون مراده ان له بالخيار ان شاء نقض البيع وان شاء شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك في حقهما

لا يجوز قبض رب السلم بخلاف ما لو اشترى المسلم اليه حنطة مجازفة او ملكها بارث او وصية او وفاء ورب السلم فكاله مرة ويجوز به يكتفي بكيل واحد لانه لم يوجد الا عقد واحد يشترط الكيل وهو السلم ولو اشترى المعدود وعده المسلم في معدود وفعلي الزوجين في وجوب اعادة العد في بيع المعدود بعد اخذه اقول لم يكن سلما ولكن اقرضه فامر بقبض الكر ولم يقل اقبضه لي ثم اقبضه لنفسك فقبضه بان اكتاله مرة جاز لان القرض اعارة ولهذا تنعقد بلفظ الاعارة وكان المردود عين الماخوذ مطلقا فلم تجمع الصفقتان فلم يجب الكيل لان هذا الاعتبار في القرض لو لم يكن ثابتا لزم تملك الشيء بجنسه نسيئة او التفرق بلا قبض فيه وهو ربوا ولهذا لا يلزم التاجيل في القرض لانه بيع بجنسه نسيئة وكذا لو كان الدين الاول سلما فلما حل اقترض المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه من المقرض لفعل جاز لما ذكرنا وهذا لان عقد القرض عقد مسامحة فلا يوجب الكيل بخلاف البيع بكيل او موازنة ولهذا لو استقرض من آخر حنطة على انها عشرة اقفزة جاز له ان يتصرف فيها قبل الكيل **قوله** ومن اسلم في كر فامر رب السلم المسلم اليه ان يكيله له في غرائر رب السلم والموضع موضع الاضمار فيها لكنه اظهر ولدفع الالتباس فعل وهو امين رب السلم غائب لم يكن قضاء حتى لو هلك هلك من مال المسلم اليه والتقييد بغيبته لانه لو كان فيها رب السلم حاضرا يصير قابضا بالاتفاق سواء كانت الغرائر له او للبائع لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الآمر لان حقه في الدين لا العين فصار المسلم اليه مستعيرا الغرائر منه جاعلا ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم فدفع الدائن اليه كيسا لينزعها المديون فيه لم يصر قابضا بهذا اذا لم يكن في غرائر رب السلم طعام بلا تردد فان كان قيل لا يصير قابضا لما قررنا ان امره غير معتبر في ملك الغير قال في المبسوط والاصح عندي انه يصير قابضا لان امره بخلط طعام السلم بالطعام على وجه لا تمييز معتبر فيصير به قابضا وهو نظير ما سيذكر في كتاب الصرف قيمين دفع نصف درهم الى صائغ وقال زد من عندك نصف درهم وضع لي بهما خاتما فعمل جاز وصار بالخلط قابضا ولو كانت مشتراة غير مسلم فيها والمسئلة بحالها اي دفع المشتري غرائره للبائع وامره ان يكيل فيها فعمل بغيبته صار قابضا لان الامر صح ههنا لانه ملك عين الحنطة بمجرد البيع فصادف امره ملكه ونظيره ما لو امر بطحن الحنطة المسلم فيها فطحنها المسلم اليه كان الدقيق للمسلم اليه فلو اخذ رب السلم الدقيق كان حراما لانه استبدل بالمسلم فيه قبل قبضه ولو كانت مشتراة فامر المشتري البائع ان يطحنها فطحنها كانت للمشتري فلو هلك الدقيق في الاول هلك من مال المسلم اليه يعود دين رب السلم عليه كما كان ولو هلك الدقيق في الثاني هلك من ملك المشتري وتقرر الثمن عليه ومثله اذا امر رب السلم المسلم اليه ان يصبغه في البحر فعمل كان من مال المسلم اليه ولو امر المشتري البائع به كان قابضا فهلك من مال المشتري لما قلنا ولهذا لا يكتفي بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لانه نائب عنه في الكيل والوقوع في غرائر المشتري وقوله في الصحيح احتراز عما قيل لا يكتفي الا بكيلين على ما مر قبل باب الربوا ولو كان في البيع امر المشتري البائع ان يكيله في غرائر البائع فعمل بغيبته لم يصر قابضا لانه استعار غرائره ولم يقبضه فلم تتم الاعارة لانها لما كانت عقد تبرع لم تتم الا بالقبض فلم تصر الغرائر في يده فكذا ما يقع فيه على تاويل الظرف ونحوه وصار كما لو امر المشتري البائع ان يكيله ويفرغه في مكان في بيت البائع فعمل بغيبته لم يصر قابضا ولو اجتمع العين والدين بان اشترى رب السلم من المسلم اليه كرا عينا بعد حلول السلم فامر ان يكيل في غرائر المشتري كليهما فعل بغيبته اذ ابدا بالكر العين ثم بالمسلم فيه صار المشتري قابضا لهما اما العين فلصحة الامر فيه لانه لا في ملكه واما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة ولم يقبضها ثم امر المقرض ان يزرعها في ارض المستقرض وكمن دفع الى صائغ خاتما وامره ان يزيد من عنده نصفا دينا فعمل بغيبته لزمته الزيادة وتقرر به لما عليه لاتصال ملكه فيهما وان بدا من الدين فكاله بالغرائر لم يصر قابضا اما في الدين فلعدم صحة الامر لما قلنا واما في العين فلانه يخلطه مال المشتري بجنسه من مال نفسه فيصير مستهلكا له في

قال ومن سلم جارية في حنطة فقبضها المسلم اليه ثم تقايلا فماتت في يد المشتري فعليه قيمتها يوم قبضها ولو تقايلا بعد هلاكها لا قالة ولو تقايلا بعد موتها لا قالة لان المعقود عليه في الابتداء هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الاقالة ابتداء فلا يبقى انتهاء لان ما لم تجز ابتداء لم تجز انتهاء وهذا بخلاف ما اذا تقايلا بعد موتها حيث تصح الاقالة ويجب هلاك احد البدلين من كل واحد منهما بمثله فيه قال ومن اسلم الى رجل دراهم في كر حنطة فقال المسلم اليه قد هلك رأس مالك او قال قد ضاع او قال استهلكته او قال قد انفقته فقال المسلم اليه صدقت فالسلم على حاله قال ابو حنيفة رحمه الله ان قال المسلم اليه ذلك قبل ان يكيل الطعام فالقول قول رب السلم وان قاله بعد ما كال الطعام فالقول قول المسلم اليه وقالا القول قول رب السلم في الوجهين جميعا وهو القياس في الاقالة والصلح عن السلم وفي الحوالة به وهو قول الشافعي رحمه الله لان المسلم فيه دين له عليه فيصدق في الاقرار بقبضه كما لو كان قرضا وله ان المسلم فيه مبيع قبل القبض من وجه لان فيه شبه الثمنية لانه لا يتعين في العقد ولهذا يصح السلم في المكيل والموزون عددا ويصح الاستبدال به قبل القبض وشبه المبيع يمنع كمال القبض فيمنع صحة الاقرار به كما في الصرف وبه فارق القرض لان فيه شبه الثمن من كل وجه فيكمل القبض بالتخلية ولهذا لا يصح الاستبدال به قبل القبض وهذا لان الاقرار بالقبض اخبار عن امر ماض فيعتبر بالقبض الذي يملك به التصرف وهو القبض الكامل وهذا لان الاقرار بالقبض يلاقي العقد من حيث انه يسقط حق المطالبة بالثمن كما يسقطه القبض الحقيقي فيعتبر به في حق ما يسقط به وهو القبض الكامل بخلاف الاقالة والصلح عن السلم والحوالة به لان هذه تصرفات في الدين فيعتبر فيها القبض الذي يملك به التصرف وهو القبض الناقص ولهذا يصح الاستبدال به قبل القبض وبخلاف الصرف لان القبض الكامل فيه شرط لبقاء العقد صحيحا فيشترط في الاقرار به ليسقط حق الفسخ وبخلاف الشفعة لان الاقرار بالقبض لا يسقط حق الشفيع في الاخذ بالشفعة لانه يثبت له حق الفسخ بعد القبض فكذا بعد الاقرار به قال وان اسلم الى رجل دراهم في كر حنطة فقال المسلم اليه قد هلك رأس مالك او قال قد ضاع او قال استهلكته او قال قد انفقته فقال المسلم اليه صدقت فالسلم على حاله قال ابو حنيفة رحمه الله ان قال المسلم اليه ذلك قبل ان يكيل الطعام فالقول قول رب السلم وان قاله بعد ما كال الطعام فالقول قول المسلم اليه وقالا القول قول رب السلم في الوجهين جميعا وهو القياس في الاقالة والصلح عن السلم وفي الحوالة به وهو قول الشافعي رحمه الله لان المسلم فيه دين له عليه فيصدق في الاقرار بقبضه كما لو كان قرضا وله ان المسلم فيه مبيع قبل القبض من وجه لان فيه شبه الثمنية لانه لا يتعين في العقد ولهذا يصح السلم في المكيل والموزون عددا ويصح الاستبدال به قبل القبض وشبه المبيع يمنع كمال القبض فيمنع صحة الاقرار به كما في الصرف وبه فارق القرض لان فيه شبه الثمن من كل وجه فيكمل القبض بالتخلية ولهذا لا يصح الاستبدال به قبل القبض وبخلاف الشفعة لان الاقرار بالقبض لا يسقط حق الشفيع في الاخذ بالشفعة لانه يثبت له حق الفسخ بعد القبض فكذا بعد الاقرار به قال وان اسلم الى رجل دراهم في كر حنطة فقال المسلم اليه قد هلك رأس مالك او قال قد ضاع او قال استهلكته او قال قد انفقته فقال المسلم اليه صدقت فالسلم على حاله قال ابو حنيفة رحمه الله ان قال المسلم اليه ذلك قبل ان يكيل الطعام فالقول قول رب السلم وان قاله بعد ما كال الطعام فالقول قول المسلم اليه وقالا القول قول رب السلم في الوجهين جميعا وهو القياس في الاقالة والصلح عن السلم وفي الحوالة به وهو قول الشافعي رحمه الله لان المسلم فيه دين له عليه فيصدق في الاقرار بقبضه كما لو كان قرضا وله ان المسلم فيه مبيع قبل القبض من وجه لان فيه شبه الثمنية لانه لا يتعين في العقد ولهذا يصح السلم في المكيل والموزون عددا ويصح الاستبدال به قبل القبض وشبه المبيع يمنع كمال القبض فيمنع صحة الاقرار به كما في الصرف وبه فارق القرض لان فيه شبه الثمن من كل وجه فيكمل القبض بالتخلية ولهذا لا يصح الاستبدال به قبل القبض وبخلاف الشفعة لان الاقرار بالقبض لا يسقط حق الشفيع في الاخذ بالشفعة لانه يثبت له حق الفسخ بعد القبض فكذا بعد الاقرار به

عند ابي حنيفة فينتقض البيع لهلاك المبيع قبل القبض لان هذا الخلط ليس بتعيب لكونه مستهلكا لانه بامره واجاب المصنف اذ له فيه على هذا الوجه جواز كون مراده ان يفعل ذلك على وجه يصح وهو ان يبدأ بالعين وعندهما لما لم يكن استهلاكا يصير المشتري بالخيار ان شاء نقض البيع بعيب الشركة وان شاء شاركه في المخلوط اورد ان صبغ الصباغ متصل بالثوب ولا يصير مالكه قابضا اجيب بان المعقود عليه ثمة الفعل لا العين والفعل لا يجاور الفاعل لانه عرض لا يقبل الانتقال قوله ومن اسلم جارية في كر حنطة حاصل هذه والتي بعدها الفرق من الاقالة في السلم والبيع بالثمن وبيع المقايضة ففي السلم تجوز الاقالة قبل هلاك الجارية وبعده ولان صحة الاقالة تعتمد قيام العقد وهو بقيام ما في ذمة المسلم اليه الى ان يقبض فبقي السلم البيع مقصودا هو السلم فيه فهلاك الجارية وعدمها لا يعدم الدين السلم فيه فجازت الاقالة اذا ماتت قبل الاقالة او بعدها قبل القبض لقيام المعقود عليه وهو السلم فيه واذا جازت الفسخ في الجارية بتعاقب رد ها وقد عجز فردها يوم القبض لان السبب الموجب للضمان كان فيه غصبا كالغصب ونحن اذا اشتري جارية بالف درهم مثلا لا تجوز الاقالة بعد موتها وتبطل لو ماتت بعد الاقالة قبل القبض لان الجارية تهلك المعقود عليه في البيع فلا تصح الاقالة بعد موتها ولا تبقى على الصحة او هلكت بعدها ولو كان البيع مقايضة بان دفع الجارية في ثوب تبقى الاقالة بعد هلاكها اذا كان العوض آلة رابحا قيالان كلا منهما بيع من وجه قوله ومن اسلم

الى رجل الخ الاصل في هذه المسائل انها اذا اختلفا في الصحة فان خرج كلام احدهما مخرج الهتك وهو ان ينكر ما ينفعه كان باطلا اتفاقا والقول قول من يدعي الصحة وان خرج مخرج الحقيقة وهو ان ينكر ما يضره قال ابو حنيفة القول قول من يدعي الصحة ايضا اذا اتفق على عقد واحد واختلفا في خصمه هو المنكر وقال القول قول المنكر ولو انكر الصحة اذا عرف هذا فقد جئنا الى المسائل اسلم الى رجل في كر فقال المسلم اليه شرطت لك ربا وقال رب السلم لم يشترط شيئا فالقول قول المسلم اليه بالاتفاق وهو قول للشافعي لان رب السلم هتك لانه بانكار الصحة منكر ما ينفعه وهو المسلم فيه لانه على كل حال يربو على رأس المال في نقد او المسلم فيه نسيئة لان العقلاء قاطبة على اعطاء هذا العاجل بذاك الاجل ولولا انه يربو عليه وانكان اجلا لم يطبق ارائهم عليه وكلام المتن مردود فبقي قول الآخر بلا معارض واما توجيه بان اللفظ صحيح فيخص ابا حنيفة بنيته في غير هذا المحل والمراد ههنا توجيه الاتفاق على ان القول للآخذ وهما لا يقولان ان القول لمدعي الصحة وانما يعلل هنا بظهورها في مباشرة العاقل وفي عكسه بان ادعى رب السلم شرطا الربوي وانكر المسلم اليه الشرط اصلا لم يذكره محمد في الكتاب وقالوا اي المشائخ ما يجب ان يكون القول لرب السلم عند ابي حنيفة رد وهو قول الشافعي لانه يدعي الصحة وانكان صاحبه منكرا وكلامه خصومة وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر وان انكر الصحة ويقرر المصنف وجه في تلك المسئلة التي تلي هذه ولو قال المسلم اليه لم يكن فيه اجل وقال رب السلم فيه اجل فالقول قول رب السلم اي بالاتفاق وكذا في مقداره وهو قول الشافعي لان كلام المسلم اليه ههنا هتك لانه ينكر ما ينفعه وما هو حقه وهو الاجل لان الاجل لا شرفيه المسلم اليه وهذا استحسان واورد عليه ينبغي ان يكون القول لمن يدعي الفساد لان السلم فيه لما كان في العاد تربو على رأس المال كان انكار المسلم اليه الصحة خصوصة فلا يكون هتكا وهذا الايراد هو وجه القياس واجاب عنه المصنف بقوله والفساد بعدم الاجل ليس بيقيني حتى يكون انكاره انكارا للصحة لجواز زيادة المسلم فيه لان السلم الحال جائز عند بعض المجتهدين فلا يتعين النفع في رد رأس المال لانه ليس بلازم قطعا بخلاف عدم الوصف كالرداءة ونحوها على ما تقدم فانه لازم قطعا للفساد وفي عكسه وهو ان يدعي المسلم اليه الاجل ورب السلم ينكره والقول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه وهو زيادة الربح الكائن في قيمة المسلم فيه على ما دخل عليه من رأس المال فصار كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب بل شرطت لي نصف الربح وان القول لرب المال لانه ينكر استحقاق الربح وان انكر الصحة

وعند ابي حنيفة رح القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا فاختلاف مسئلة المضاربة ولانه ليس بلازم فلا يعتبر الاختلاف فيه فبقي مجرد دعوى استحقاق الربح اما المسلم فلازم فصار الاصل ان من حرم كلامه تعتبر قوله لصاحبه بالاتفاق ان حرم خصومة ودفعا لاتفاق على عقد فالقول لمدعي الصحة عندهما وعندهما للمكوان انكر الصحة

زيادة الربح وان تضمن ذلك انكار الصحة ووقع في بعض النسخ نصف الربح وزيادة عشرة وهي غلط لان على هذا العقد يكون القول للمضارب ولان انكاره الزيادة على ذلك التقدير لا على هذا وعند ابي حنيفة القول للمسلم اليه وهو قول الشافعي لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا واذا ظاهر من حال المسلم الامتناع عن العقد الفاسد ولانه هو المفيد لتمام الغرض المقصود من مباشرته وهو ثبوت الملك على وجه لا يجب نقضه ورفعه شرعا ولان شرط الشيء تبع له فالاتفاق على صدر هذا العقد اتفاق على صدر رشده فانكار الاجل انكار بعد الاقرار ظاهرا فلا يقبل وصار كما لو اختلف الزوجان في التزويج بشهود وابطل الشهود فالقول لمن يدعيه بشهود بخلاف المضاربة لانه اذا عقد المضاربة ليس بلازم ولهذا يمكن رب المال من عزله قبل شراء راس المال وكذا المضارب له فسخه واذا كان غير لازم ارتفع باختلافهما واذا ارتفع بقي دعوى المضارب في استحقاق الربح ورب المال ينكر فالقول له واما المسلم فعقد لازم فلا يرتفع بالاختلاف فكان مدعي الفساد ومتنا قضا ظاهرا كما ذكرنا ولان عقد المضاربة اذا صح كان شركة واذا فسد صار اجارة فلم يتفقا على عقد واحد فانه مدعي الفساد ويدعي اجارة وهو مدعي الصحة يدعي الشركة فكان اختلافهما في نوع العقد بخلاف المسلم الحال وهو ما يدعيه منكر الاجل المسلم فاسد لا عقد آخر ولهذا حنث به في يمينه لا المسلم في شيء فقد اتفقا على عقد واحد واختلفا في صحته وفساده فالقول لمدعي الصحة واستشكل بما لو قال في المضاربة رب المال شرطت نصف الربح وزيادة عشر فان القول للمضارب ولم يقبل اختلفا في نوع العقد اجيب بان المضارب ادعى الصحة والشركة ورب المال اقر له بذلك بقوله شرطت لك نصف الربح ثم بقوله وزيادة عشرة عطفا عليه يدعي الفساد لان اول الكلام لا يتوقف على آخره بخلاف قوله الا عشرة بالاستثناء فانه يتوقف او صدر الكلام مع الاستثناء كلام واحد قيل فيه نظر لان في الاصول فيما اذا زوجه الفضولي اخته في عقدين فقال اجزت نكاح هذه دون هذه يفسد لانه توقف اوله على آخره بوجود الناقل في آخره وان كان بحرف العطف واورد ايضا ما اذا قال تزوجتك وانا صغير وقال بل بعد بلوغك فالقول للزوج مع انه يدعي فساد العقد اجيب بانه باقرارا صل العقد بل انكر حيث اسند الى حال عدم الاهلية اعلم ان انكار الاجل على ثلاثة اوجه احدها في اصل الاجل وهي مسئلة الكتاب والثاني في مقدار الاجل والقول قول من يدعي الاقل مع يمينه فان قامت بينة فالبينة بينة لمدعي الاكثر قضاء بها وان قامت لكل منهما فالبينة بينة مثبتة الزيادة والثالث في مضي الاجل اذا قال رب السلم مضى الاجل الذي سميت وقال المسلم اليه لا فالقول قول المسلم اليه مع يمينه لانه ينكر توجه المطالبة عليه ومن اقام بينة يقضى له فان كان اقاما بينة فالبينة بينة المطلوب لانها تثبت زيادة الاجل هذا والاختلاف في مقدار الاجل لا يوجب التحالف عندنا خلافا لزفر لان ليس في المعقود عليه ولا في بدله بخلاف الاختلاف في الصحة يعني انه ما هو فانهما تحالفا لان الوصف جار مجرى الاجل وفي الخانية اذا شرط في السلم الثوب الجيد فجاء بثوب وادعى انه جيد وانكر الطالب فالقاضي يريهما اثنين من اهل تلك الصفة وهذا احوط والواحد يكفي فان قالا جيد اجبر على القبول واذا اختلفا في السلم تحالفا فان استحسنا يبدأ بيمين المطلوب عند ابي يوسف ثم رجع وقال بيمين الطالب وهو قول محمد وان قامت لاحدهما بينة تقضى بها وان قامت لهما بينة تقضى بينة رب السلم واحد عند ابي يوسف والمسئلة على ثلثة اوجه لانه اما ان اختلفا في راس المال او في المسلم فيه او في القبض واختلفا في راس المال فقال احدهما هذا الثوب في خريطة وقال الآخر هذا العبد واتفقا في المسلم فيه انه الخيط فقال احدهما هذا الثوب في خريطة

قال ويجوز السلم في الثياب اذا بين طولا وعرضا وكل قطعة لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا وان كان ثوب حرير لا بد من بيان وزنه ايضا لانه مقصود فيه ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الحرز لان احادها تتفاوت تفاوتا فاحشا وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر اذا سمى ملبنا معلوما لانه عددي متقارب لا سيما اذا سمى الملبن قال وكل ما امكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه لانه لا يفضي الى المنازعة لا سيما اذا سمى الملبن وما لا يمكن ضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه لانه دين وبدون الوصف يبقى مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة ولا بأس بالسلم في طست او قمقمة او خفين او نحو ذلك اذا كان يعرف لاجتماع شرائط السلم وان كان لا يعرف فلا خير فيه لانه دين مجهول

وقال الآخر هما ثوب نبي كرشير واقاما البينة قضى بالسلمين فمحمد مر على اصله وابو يوسف يقول كل مدعي عقد غير يد عينه الآخر وان كان رأس المال دراهم او دنانير ان التقى في رأس المال وخمسانا في السلم فيه واقاما البينة فالبينة لرب السلم ويقضى بسلم واحد عند ابي يوسف خلافا لمحمد وان كان الاختلاف على العكس فعلى هذا الخلاف ولو اختلفا فيهما فقال احدهما عشرة دراهم في كر حنطة وقال الآخر خمسة عشر في كر وقاما فعند ابي يوسف تثبت الزيادة فيجب خمسة عشر في كرين ولا يقضى بسلمين وعند محمد يقضى بسلمين عقد بخمسة عشر في كر وعقد بعشرة في كرين فلو ادعى احدهما ان رأس المال دراهم والآخر دنانير لم يذكر هذا وينبغي ان يقضى بسلمين كما في الثوبين وفيهما السلم في ثوب وشرط الوسط فجاء بجيد ورديء وقال خذ هذا او ردي درهما فعلى وجوه اما ان كان كيليا او وزنيا او ذرعيا ففي الكيلي فان اسلم في عشرة اقفزة فجاء باحد عشر فقال رد علي درهما جاز لانه باع قفيزا بثمن معلوم ولو جاء بتسعة وقال خذ وارد عليك درهما فقيل جاز ايضا فانه اقاله في البعض فيجوز كما يجوز في الكيلي ولو جاء بخنطة اجود وارد فاعطى درهما لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجوز وقدمنا انه في الارداء والاجود انه يجوز بالاجماع اذا لم يكن معه شيء آخر وفي الثوب ان جاء بزيد بذراع فقال رد علي درهما جاز وهو بيع ذراع بدرهم يمكن تسليمه بخلاف بيعه مفردا وكذا اذا اتى بالزيادة من حيث الوصف فانه يجوز عندهم وان جاء بالنقص فرد عليه درهما لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد لانه اقاله فيما لا يعلم حصته لان الذرع وصف وحصة المجهول هذا اذا لم يبين لكل ذراع حصة فان بين جاز بلا خلاف وكذا لو جاء بالنقص وصفا لا يجوز ولو بازيد وصف جاز الكل في الاصل **قوله** ويجوز السلم في الثياب اذا بين طولا وعرضا وركبة لان السلم في معلوم والركبة يراد بها قدر ولا خلاف في هذا بل في اشتراط وزنه اذا كان حريرا فان عند باقي الائمة الثلاثة لا يشترطونه والوجه بها ظاهر وكذا يجوز في البسط والاكسية والسروج والجوالق والبواري اذا بين الطول والعرض والصفة وكل ما اختلفت قيمته بالثقل وخفته من الثياب عرفا كالوادي اشترط بيان وزنه ولو كان البيع ناجزا في المنتقى اذا باع ثوبي حرير يدا بيد لا يجوز الا وزنا بوزن وهذا هو الصحيح في السلم بخلاف البيع لان الاشارة يكتفى بها في البيع غاية الامر عدم معرفة ثقله وهو كعدم معرفة عدده وقفيزان الصبرة وهو غير مانع في الطول يذكر عدد الذرعان ويجب ان يتوسط عند الذرع بين ارخاء الثوب ومده وان كانت الذرع مختلف الطول فلا بد من تعيينه الا ان يكون احدها هو المتعارف واذا دخل ثياب الحرير الوزن لزم ان لا يجوز وبيعها بجنسها جزافا فكذا اذكر القدوري ان بيع ثوب خز بثوب خز يدا بيد لا يجوز الا وزنا كذا في الصغير **قوله** ولا يجوز السلم في الجواهر بلا خلاف الا المالكي وفي الخرز لان آحادها تتفاوت تفاوتا فاحشا في المالية فان جوهرتين قد تتحدان وزنا تختلفان في قيمتها باعتبار حسن الهيئة اللهم الا في الصغار التي تدق للكحل والتداوي فيجوز وزنا ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر اذا سمى ملبنا معلوما لانه عددي متقارب اذا سمى الملبن وقوله لا سيما اذا سمى الخ يعطي انه متقارب فلا تشترط تسمية الملبن بل اذا سمى يكون احسن وليس كذلك بل يتفاوت تفاوتا فاحشا وذكر بعضهم انه لا يجوز بيع مائة آجرة من اتون وفي عرف بلادنا يسمونه تمييزا وهو الذي مبني للشيوي فيه الآجر والجاري على حبر الا انه يتفاوت في النضج تفاوتا فاحشا فلا يجوز بيعه واتخاذه في السلم لتفاوت المتقارب **قوله** وكل ما امكن ضبط صفته الخ لاخلاف فيه كالقطن والكتان والابريسم والنحاس والتبر والحديد والرصاص والصفر والخشب والحنطة والشعير والباقلا والجوز اذا بين طولا وعرضا غلظا واقصب الصوف الاخشاب ويجوز السلم في التبن كيلا بالغرائر وقيل هو موزون وقيل يعتبر المتعارف وفي عرفنا كيله في شباك اللبيف يسمونه اهل العرف شنيفا **قوله** ولا بأس بالسلم في طست او قمقمة وخفين او نحو ذلك كالكوز والاناء من النحاس والزجاج والحديد والقلنسوة والطواحين اذا ضبط واستقصى في صفته من الغلظ

قال ان استصنع شيئا من ذلك بغير اجل جاز استحسانا للاجماع الثابت بالتعامل وفي القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم والصحيح انه يجوز بيعا لا عدة وبعد وجوده قد يتغير مرجوعا حكما والمعقود عليه العين دون العمل حتى لو جاء به مفرغا عنه لا من صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه جاز وتسكين الا بالاختيار حتى لو باعه الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز وهذا اكده هو الصحيح قال وهو بالخيار اذا جاء الصانع بخلاف ما شرط لانه اشترى شيئا لم يره ولا خيار للصانع لكن ذكره في المبسوط وهو الاصح لانه باع ما لم يره وعن ابي حنيفة رح ان له الخيار ايضا لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم غيره وعن ابي يوسف رح انه لا خيار لهما اما الصانع فلما ذكرنا واما المستصنع فلان في اثبات الخيار له اضرارا بالصانع لانه لا يشتريه غيره بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل فيه للناس كالثياب لعدم المجوز وفيما فيه تعامل انما يجوز اذا امكن اعلامه بالوصف ليمكن التسليم وانما قال بغير اجل لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير سلما عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وتصير فيما لا تعامل فيه بعيرا سلما بالاتفاق لهما ان اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على خصوصه وعمل الاجل عند التعجيل عبث ولا تعامل فيه لان ذلك استصناع فاسد فيحمل عند السلم الصحيح ولابي حنيفة رح ان تخييل السلم وجواز السلم بالاجل متهمة فيه وقد ظهر استصناع فلا يحمل على السلم

مسائل منثورة

قال ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء وعن ابي يوسف رح انه لا يجوز بيع الكلب العقور لانه غير منتفع به

السقف ضيق بحيث ينحصر فلا يتفاوت الا يسيرا قوله وان استصنع شيئا من ذلك بغير اجل جاز استحسانا الاستصناع طلب الصنعة وهو ان يقول لصانع خف او كعب او اوانى الصفر اصنع لى خفا طوله كذا واوسعته كذا واوسقا اى برمته تسع كذا وزنها كذا على هيئة كذا بكذا ويعطى الثمن اما يعطى شيئا فيعقد الآخر معه جاز استحسانا بيعا للتعامل والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي اذ لا يمكن اجارة لان العمل في ملك الآخر وذلك لا يجوز كما لو قال احمل طعامك من هذا المكان الى مكان كذا بكذا واصبغ ثوبك احمر بكذا لا يصح ولا بيعا لانه بيع معدوم ولو كان موجودا مملوكا لغير العاقد لم يجز فاذا كان معدوما فهو اولى بعدم الجواز ولكنا جوزناه استحسانا للتعامل الراجح الى الاجماع العملي من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليوم بلا نكير والتعامل بهذه الصفة اصل مندرج في قوله صلى الله عليه وسلم لا تجتمع امتى على ضلالة وقد استصنع رسول الله صلى الله عليه وسلم خاتما واحتجم صلى الله عليه وسلم واعطى الحجام مع ان مقدار عمل الحجامة وعدد كرات وضع المحاجم ومصها غير لازم عند احد ومثله شرب الماء من سبع صلى الله عليه وسلم بوجود الحمام فاجازه بسؤر سلمى له شرطا وتعامل الناس فيه بدخوله من لدن الصحابة رض والتابعين على هذا الوجه الى الآن وهو ان لا يذكر عددا يصبه من على الطاسة ونحوها فقصرنا وعلى ما فيه تعامل الناس وفيما لا تعامل فيه رجعنا فيه الى القياس كان يستصنع حائكا او خياطا لينسج له او يخيط قميصا بغزل نفسه ثم اختلف انه مواعدة او معاقدة فالحاكم الشهيد والصفار ومحمد بن سلمة رح صاحب المنتقى يقولون انما ينعقد عند الفراغ بالتعاطى ولهذا كان للصانع ان لا يعمل ولا يجبر عليه بخلاف السلم وللمستصنع ان لا يقبل ما ياتى به ويرجع عنه ولا تلزم المعاملة وكذا المزارعة على قول ابي حنيفة رح لفسادها مع التعامل لثبوت الخلاف فيها في الصدر الاول وهذا كان على الاتفاق والصحيح من المذهب جوازه بيعا لان محمدا ذكر فيه القياس والاستحسان وهما لا يجريان في المواعدة ولانه جوزه فيما فيه تعامل دون ما ليس فيه ولو كان مواعدة جاز في الكل وسماه شراء فقال اذا راه المستصنع فهو بالخيار لانه اشترى ما لم يره ولان الصانع يملك الدراهم بقبضها ولو كانت مواعدة لم يملكها واثبات ابي يوسف رح الخيار لكل منهما لا يدل على انه غير بيع الا ترى ان في بيع المقايضة لو لم يكن كل منهما عين الآخر كان لكل منهما الخيار وحين جزم جوازه علمنا ان الشارع اعتبر فيها المعدوم موجودا وهو في الشرع كثير كذلك مبارزة المستحاضة وتسمية الذابح اذا سمى هو الرمز بالدين الموعود وقراءة المأموم وقوله والمعقود عليه العين دون العمل نفى لقول ابي سعيد البردعي المعقود عليه العمل لان الاستصناع نهى عنه كما قلنا والاديم والصرم بمنزلة الصبغ والدليل عليه ما ذكرناه من قول محمد لانه اشترى ما لم يره وكذا لو جاء به مفرغا لا من صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه جاز وانما يبطله موت الصانع بشبهه بالاجارة وفي الذخيرة هو اجارة ابتداء لا انتهاء لكن قبل التسليم لا عند التسليم بدليل انهم قالوا اذا مات الصانع يبطل ولا يتوفى المصنوع من تركته ذكره محمد في كتاب البيوع فان قيل لو انعقد اجارة اجبر الصانع على العمل والمستصنع على اعطاء المسمى اجيب بانه انما لم يجبر الصانع لانه لا يمكن الا باتلاف عين له من قطع الاديم ونحوه والاجارة تفسخ بهذا القدر الا ترى ان المزارع لا يجبر على العمل اذا كان البذر من جهته وكذا رب الارض لانه لا يمكنه المضي بهذه الاجارة الا بذلك والمستصنع لو شرط التعجيل لان هذه الاجارة في الآخرة شراء ما لم يره ولان جواز الاستصناع للحاجة وهي في الجواز لا للزوم ولذا قلنا للصانع ان يبيع المصنوع قبل ان يراه المستصنع لان العقد غير لازم ما لم يعد ما رآه فالاصح انه لا خيار للصانع بل اذا قبله المستصنع اجبر على دفعه لانه بالاجارة باع مسائل منثورة فيما يجوز بيعه من السباع وما لا يجوز المسائل التي تقدم عن الابواب المتقدمة لم تذكر فيها اذا استدركت سميت مسائل منثورة اى عن ابوابها

قوله ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء هكذا اطلق في الاصل فمشى بعضهم على اطلاقه كالقدوري وفي نوادر هشام عن محمد نص على

وقال الشافعي رح لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه السلام ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب لانه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع يشعر باعزازه فكان منتفيا ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية

بيع الكلب العقور وضمن من قتله قيمته وروى الفضل بن غانم عن ابي يوسف نصه على منع بيع العقور وعلى هذا مشى في المبسوط فقال يجوز بيع الكلب اذا كان بحال يقبل التعليم ونقل عن النوادر انه يجوز بيع الجرو لانه يقبل التعليم وانما لا يجوز بيع الكلب العقور الذي لا يقبل التعليم وقال هذا هو الصحيح من المذهب قال هكذا نقول في الاسد اذا كان يقبل التعليم ويصطاد به يجوز بيعه اذا كان لا يقبل التعليم والاصطياد به لا يجوز قال والفهد والبازي يقبلان التعليم فيجوز بيعهما على كل حال انتهى فعلى هذا ينبغي ان لا يجوز بيع النمر بحال لانه لا يقبل تعليما وفي بيع العقور روايتان عن ابي حنيفة وروايته الحسن الجواز وروايته ابي يوسف بالمنع وقال ابو يوسف اكره بيعه لانه لا منفعة له انما هو للهو وهذه جهة محرمة ووجه رواية الجواز انه يمكن الانتفاع بجلده وهذا هو وجه رواية الجواز انه يمكن الانتفاع بجلده وهذا هو وجه رواية اطلاق بيع الكلب والسباع فانه مبني على ان كل ما يمكن الانتفاع بجلده او عظمه يجوز بيعه ويجوز بيع الهرة لانها تصطاد الفار والهوام المؤذية فهي منتفع بها ولا يجوز بيع هوام الارض كالحيات والعقارب والفارة والوزغ والقنافذ والضب ولا هوام البحر كالضفدع والسرطان وذكر ابو الليث انه يجوز بيع الحيات اذا كان ينتفع بها وان لم ينتفع فلا يجوز ويجوز بيع الدود النجس لانه ينتفع به للاستصباح فهو كالسرقين واما العذرة فلا ينتفع بها وان لم ينتفع بها الا اذا اختلطت بالتراب فلا يجوز بيعها الا تبعا بالتراب المخلوط بخلاف الدم المسفوح فان بيعه ممتنع مطلقا وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب مطلقا سواء كان للصيد او لم يكن واما اقتناء للصيد وحراسة الماشية والبيوت والزرع فيجوز بالاجماع لكن لا ينبغي ان يتخذه في داره الا ان خاف لصوصا او اعداء للحديث الصحيح من اقتنى كلبا الا كلب صيد او ماشية نقص من اجره كل يوم قيراطان ووجه قوله ما روى ابن حبان في صحيحه عن حماد بن سلمة عن قيس بن سعيد عن عطاء بن ابي رباح عن ابي هريرة رض ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ان مهر البغي وثمن الكلب وكسب الحجام من السحت اخرجه الدارقطني بسندين فيهما ضعف وفي الصحيحين عن ابن مسعود رض والانصاري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن وفي صحيح مسلم عن جابر رض ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب لانه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل والبيع برغبة فلا يجتمعان وعارضه المصرح بجهتين احديهما انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية وهو غريب بهذا اللفظ نعم اخرج الترمذي عن ابي هريرة رض قال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب الا كلب صيد وضعفه الترمذي قال وقد روي الرخصة عن جابر رض مرفوعا ولا يصح اسناده والاحاديث الصحيحة ليس فيها هذا الاستثناء لكن يروى ابو حنيفة رض في مسنده عن الهيثم عن عكرمة عن ابن عباس رض قال رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثمن كلب الصيد وهذا سند جيد فان الهيثم ذكره ابن حبان في الثقات من اثبات التابعين فهذا الحديث على رأيهم يصلح مخصصا والمخصص بالرأي للرأي للعام فيجوز وان كان دونه في القوة عندهم حتى اجاز والتخصيص العام القاطع بخبر الواحد ابتداء فبطل مدعاهم من عموم منع البيع ثم دليل التخصيص مما يعلل فنخرج من العام مرة اخرى وتعليل اخراج كلب الصيد بسبب كونه منتفعا به وخصوص الاصطياد ملغى اذ لا يظهر موجب لذلك فصار كل كلب منتفع به خارجا سواء انتفع به في صيد او حراسة ماشية وخرج العقور ومن مشى من اهل المذهب ليس دليلا على المذهب بل ذكره ينفي مذهب الخصم اعني شمول المنع فيحتاج بعده الى دليل المذهب على التعميم في جواز بيع الكلب لقول كل كلب تقاتي منه الحراسة فيجوز بيع الكل ويرد عليه ان رخص لموجب العام بالتعليل والنسخ القياس قالوا وجه ان يعلل دليل التخصيص بنفع لا تربو عليه مفسدة ويدعى في العقور ان مفسدته تربو على منفعة حراسة لان منفعة خاصة يقترن بها ضرر عام للناس فيخرج ما سواه وتصريح بعض الشارحين نظره على الحديث فحكم بانه ليس الا الوجه الثاني وعلى تقريرنا تم الاول ايضا وقد استدل في الاسرار وغيره من الشروح على عموم بيع الكلب بان عبد الله بن عمر رض بن العاص روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن

ولانه ينتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوام الموذية لانه لا ينتفع بها والحديث محمول على الابتداء قلنا عن الاقتناء فلا نسلم نجاسة العين وسلم فيحرم التناول دون البيع **قال** ولا يجوز بيع الخمر والخنزير لقوله عليه السلام فيه ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها ولانه ليس بمال في حقنا وقد ذكرناه

في كلب بازين درهما ولم يخصص نوعا من انواع الكلاب وهذا الحديث اولا لا يعرف الا موقوفا حدث به الطحاوي عن يونس وهو ابن عبد الاعلى عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده وعبد الله بن عمرو انه قضى في كلب صيد قتله رجل بازين درهما وقضى في كل كلب ماشية بكبش وثانيا هو واقعة حال لا توجب العموم في انواع الكلاب ومجملها ودليلا على العموم خطأ ظاهر ثانيها هو قول فانه ينتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا يغير مالا مملوكا منقوما اما كونه مالا فلان المال اسم لغير الآدمي خلق منفعة للطلقته شرعا وهو كذلك فكان مالا واما انه مملوك متقوم فلانه محرز مباح دون شرعا في الانتفاع به والملك يثبت بالاحراز مباحا والاسلام والتقوم بالتمول وكلاهما ماذون فيه شرعا اذ قد اذن الشارع في اقتناء كلب الماشية والصيد واذا كان كذلك جاز بيعه ولا يخفى ان هذا المعنى لا يترجح على النص الصريح الصحيح الذي هو في الباب ان سلم انه مال محرز متقوم لكن ثبت منع الشرع من بيع هذا النوع من المال فاجاب المصنف بادعاء نسخ المنع من ذلك وذلك لما قلنا اول الكتاب من ان الامر بقتل الكلاب كان امرا محققا في الاول من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم علم نسخ ذلك بدليل ترك قتلها على ما حدث الطحاوي عن ابي بكرة قال حدثنا سعيد بن عامر قال ثنا شعبة عن ابي التياح عن مطرف بن عبد الله بن الشخير قال امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتل الكلاب ثم قال ما لي والكلاب ثم رخص في كلب الصيد وفي كلب آخر انه سعيد وبهذا المعنى طرق كثيرة وجب حمل ما روي من التشديد في شورها والنهي عن ثمنها وبيعها ثم الترخيص في بيع النوع الذي اذن في اقتنائه الاول على الحالة الاولى والثانية على الثانية فكان منع البيع على العموم منسوخا باطلاق بيع البعض بالضرورة فاجاب ان قوله نجس العين بالمنع بدليل اطلاق الانتفاع به وقال ولو سلم نجاسة عينيته توجب حرمة الكل لا منع بيعه بل منع البيع يمنع الانتفاع شرعا ولهذا اجزنا بيع السرقين والبئر مع نجاسة عينيهما لاطلاق الانتفاع بهما عنه بخلاف العذرة لم يطلق الانتفاع بها فمنع بيعها وان ثبت شرعا اطلاق الانتفاع مخلوطة بالتراب دليلا الاستهلاك كالاستصباح بالزيت النجس كما قيل جاز بيع ذلك التراب الذي في ضمنه وبه قال مشائخنا واما منع بيع الخمر لنص خاص في منع بيعها وهو قوله صلى الله عليه وسلم فيما اخرج مسلم عن عبد الله بن وعلة قال سالت ابن عباس رضي الله عنهما عما يعصر من العنب فقال ابن عباس رضي الله عنهما ان رجلا اهدى الى النبي صلى الله عليه وسلم راوية خمر فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هل علمت ان الله حرمها قال لا فقال رجل من الانصار اسارا فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم بم ساررته قال امرته ببيعها فقال ان الذي حرم شربها حرم بيعها قال ففتح المزادة حتى ذهب ما فيها واخرج البخاري عن جابر انه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح انه يقول وهو بمكة ان الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام فقيل يا رسول الله ارايت شحوم الميتة فانه يطلى بها سفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس قال لا هو حرام ثم قال قاتل الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها فباعوها واكلوا ثمنها وهذا تم يشرح المسئلة المذكورة بعد هذه المسئلة وقوله وقد ذكرناه يعني في باب البيع الفاسد ويقوم اشكاله على جواز بيع السرقين للهم الا ان يقال ان لا شك انه لا بد من تقدير في تحريمه الخمر فانا مبنيا في الاصول ان التحريم المضاف الى الاعيان تقدر اضافته الى ما هو المقصود من ذلك العين كالشرب من الخمر والاكل من الميتة واللبس من الحرير فقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ان الله اذا حرم شيئا يعني اذا حرم ما هو المقصود من الشيء حرم بيعه واكل ثمنه كالمقصود من الخمر والميتة والخنزير هو الاكل والشرب وليس هذا الحديث في السرقين فلم يثبت فيه تحريم البيع فان قال النجاسة سبب قلنا ممنوع فيحتاج الى دليل آخر اما هذا الحديث فانما يفيد ان تحريم ما هو المقصود من الشيء موجب لتحريم بيعه

لان الباب

لو عبد الرحمن

قال واهل الذمة في البياعات كالمسلمين لقوله عليه السلام في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولانهم مكلفون محتاجون كالمسلمين قال الا في الخمر والخنزير خاصة فان عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لانها اموال في اعتقادهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يعتقدون وان دل عليه قول عمر رضي الله عنه ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها قال ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بالف درهم علي اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف ففعل فهو جائز ويأخذ الالف من المشتري والخمسمائة من الضامن وان كان لم يقل من الثمن جاز البيع بالف درهم ولا شيء على الضامن وهذا استحسان والقياس ان الزيادة على الثمن باطلة وهو قول الشافعي رحمه الله لانه تغيير للعقد من صفة مشروع الى وصف مشروع وهو كونه نقدا او خاسرا او رابحا ثم قد لا يستفيد المشتري بها شيئا بان زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بذلك فيصير اشتراطها على الاجنبي كبدل الخلع لكن من شرطها المقابلة تسمية وصورة فاذا قال من الثمن وجد شرطها فيصح واذا لم يقل لم يوجد فلم يصح

قوله واهل الذمة في البياعات كالمسلمين يجوز لهم منها ما يجوز للمسلمين ويمتنع عليهم ما يمتنع عليهم لانهم مكلفون بموجب البياعات والتصرفات محتاجون الى مباشرتها وقد التزموا احكامنا بالاقامة في دارنا واعطاء الجزية فلا يجوز منعهم بيع ويهم بدرهمين فيما بينهم ولا سلم في حيوان ولا سلعة في صرف وكذا كل ما يكال ويوزن هم في البيوع كالمسلمين الا الخمر والخنزير فانه يجوز بيع بعضهم بعضا لخصومة فيه من قول عمر اخرجه ابو يوسف في كتاب الخراج عن اسماعيل عن ابراهيم عن عبد الاعلى قال سمعت سويد بن غفلة يقول حضر عمر بن الخطاب واجتمع اليه عماله فقال ما هو لا انه يبلغني انكم تأخذون في الجزية الميتة والخنزير والخمر فقال بلال اجل انهم يفعلون ذلك فقال فلا تفعلوا ولكن ولوا ربا بيعها ثم خذوا الثمن منهم ولا يجوز فيما بينهم بيع الميتة والدم والحديث الذي ذكره المصنف في ذلك وهو قوله صلى الله عليه وسلم اعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين مالم يسر

قوله ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بالف درهم علي اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فقال بعت فهو جائز وهو جواب للكل سواء كان قول الضامن بل ذلك بعد مساومة بين فلان وسيد العبد بالف واباء او ابتداء قال في بعض الشروح ويكون البيع بعده دلالة على القبول لانه امتثال لذلك كقول الرجل لامرأته طلقي نفسك ان شئت فقالت طلقت يجعل قبولا استحسانا فكذا هذا وفي بعضها ما يفيد انه ايجاب فانه قال ولو لم يكن اباء ولا مساومة وحصل ايجاب العقد عقيب ضمان الرجل كان كذلك وهذا هو الصواب لان قوله بع عبدك امر ونفقته الامر لا يكون في البيع ايجابا على ما مر من انه لو قال بعني هذا بكذا فقال بعت لا ينعقد حتى يقبل الآخر بعده وبخلاف طلقي نفسك في التفويض وفي الخلع فلانه ان المشتري يقول بعد بعت من البائع اشتريت او معناه على ما سلف هناك ولو لم يقل عن الثمن فباع جاز البيع بالف فقط لانه اذا قال من الثمن فقد اضاف التزامه زيادة خمسمائة في الثمن الى بيعه والزيادة في الثمن جائزة عندنا خلافا لزفر والشافعي والضمان جائز الاضافة فقد وجد المقتضي للزوم بلا مانع واذا لم يقل من الثمن لم يلتزم الخمسمائة من الثمن بل التزم ما لا يعطيه اياه ان باعه بالف وهذه رشوة اذا لم يقابل بالمبيع حيث لم يقل من الثمن فينعقد بالف فقط ثم في الاول ان كان بامر المشتري كان له ان يحبس المبيع حتى يأخذ الخمسمائة من الضامن لان المبيع على المشتري صار بالف وخمسمائة وللمشتري ان يربح على الف وخمسمائة ولو كان دلالة بالف وخمسمائة ولو رد بعيب او تقايلا فالبائع يرد الالف على المشتري والخمسمائة على الضامن ولو كان بغير امره لم تثبت الزيادة في حق المشتري فله ان يحبس المبيع على الخمسمائة ويربح على الف ويأخذها بالشفيع بالف ولو تقايلا او رد بعيب او تقايلا البيع فلا حق للضامن ان يسترد الخمسمائة فان قيل ينبغي ان لا يصح هذا لان الشراء على ان الثمن على الاجنبي لا يجوز فكذا على ان يكون لبعضه عليه اجاب الكرخي بمنع كون الشراء على ان الثمن على الاجنبي لا يجوز اذ لا رواية فيه عن اصحابنا وتعقبه الرازي بان محمد النص على انه اذا اشترى بدين له على غير البائع لا يجوز لانه شرط في البيع كون تسليم الثمن على المشتري فالاولى ان لا يجوز اذا كان اصله الثمن على المشتري ثم اختار ان القياس ان لا يجوز ولكنا تركناه بمعنى حديث ابي قتادة في الذي امتنع النبي صلى الله عليه وسلم من الصلوة عليه لدين الذي عليه فالتزمه ابو قتادة وصلى عليه فقد التزم دينا لا في مقابلة شيء يحصل للملتزم وهذه الزيادة من الاجنبي كذلك اذ لم يحصل للاجنبي في مقابلتها شيء ودفع بانه لو كان بالنظر الى مقتضى الحديث لزم جواز اشتراط كل الثمن على الاجنبي ولا يجوز عن ذلك فاجاب بما ذكره المصنف ان هذه الزيادة لها شبه ببدل الخلع حيث لم يكن في مقابلتها شيء يسلم للملتزم بدل الخلع يجوز اشتراطه على الاجنبي وقد يقال هذا التعليل قاصر فان الزيادة كما تكون لا في مقابلة شيء لوجود ها في مقابلة شيء اكثر احوال العقد فان احوال العقد ثلاثة كونه خاسرا او رابحا او عدلا وكونها لا في مقابلة شيء

قال ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية وهو الملك في الرقبة على الكمال وعليه المهر وقد قبض لان وطئ الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله وان لم يطأها فليس بقبض والقياس ان يصير قابضا لانه تعيب حكمي فيعتبر بالتعيب الحقيقي وجه الاستحسان ان في الحقيقي اسيلاء على المحل به يصير قابضا وكذلك الحكمي فافترقا قال ومن اشترى عبدا فباعه والعبد في يد البائع واقام البائع البينة انه باعه اياه فان كانت غيبته معروفة لم يبع في دين البائع لانه يمكن ايصال البائع الى حقه بدون البيع فيه ابطال حق المشتري وان لم يدر اين هو بيع العبد واوفى الثمن كان ملك المشتري ظهر باقراره فيظهر على الوجه الذي اقر به مشغولا بحقه واذا تعذر استيفاء ثمن المشتري ببيعه القاضي فيه كالراهن اذا مات مفلسا والمبيع لم يقبض بخلاف ما بعد القبض لان حقه ابقى متعلقا به ثم ان فضل شئ يمسك المشتري لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو ايضا فان كان للمشتري اثنين فغاب احدهما فللحاضر ان يدفع الثمن كله ويقبضه واذا حضر الآخر يأخذ نصيبه حتى يشاركه الثمن

في وجه من الكناية وهو كونه راجعا فلا يجوز اعتبار الاقل بل الواجب اعتبار الحال الاغلب في المشابهة محسوسا اذا كان مبنى عليها حكم شرعي فالاولى ما قيل ان الزيادة تثبت تبعا فجاز ان تثبت على الغير بخلاف اصل الثمن الثابت مقصودا فان قيل لو ثبت الزيادة ثمنا والاجنبي ضمن بها لزم جواز مطالبة المشتري بها كالكفيل قلنا لا يلزم من صحة الكفالة توجه المطالبة على الاصيل الا ترى ان من قال لزيد على فلان الف وانا كفيل بها فانكر فلان طولب الكفيل بها دون فلان فجاز ههنا كذلك وذلك لان المشتري لم يلتزمها انما التزم هذا القدر من الثمن الاجنبي والحكم لا يثبت بلا سبب قوله ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز ووطئ الزوج يقبض من المشتري خلافا للاثمة الثلاثة اما الاول فلوجود سبب ولاية الانكاح على الامة وهو ملك الرقبة على الكمال بخلاف ما لو ملكها لا على الكمال كما في ملك بعضها لا يملك التزويج به وانما جاز انكاحها قبل القبض ولم يجز بيعها قبله لان البيع يفسد بالغرر دون النكاح وفي البيع قبل القبض احتمال الانفساخ بالهلاك قبل القبض والنكاح لا ينفسخ بهلاك المعقود عليه اعني المرأة قبل القبض ولان القدرة على التسليم شرط في البيع وذلك انما يكون بعد القبض وليس بشرط لصحة النكاح الا ترى ان بيع الآبق لا يصح وتزويج الآبقة يجوز وحاصل هذا انه بتعليل النهي عن البيع قبل القبض واذا كان كذلك لم يكن الوارد في منع البيع قبل القبض واردا في النكاح قبل القبض ليثبت بدلالته واما الثاني فلان وطئ الزوج حصل بتسليط من المشتري فصار فعله كفعل المشتري ولو وطيها المشتري كان قابضا فكذا الزوج ولو لم يطأها الزوج لا يكون المشتري قابضا استحسانا حتى لو هلكت بعد التزويج قبل الوطئ هلكت من مال البائع والقياس ان يصير قابضا بالتزويج وروايته عن ابي يوسف حتى اذا هلكت بعد ذلك هلكت من مال المشتري لان التزويج تعييب للمبيع ولذا يثبت خيار الرد اذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج والمشتري اذا عيب المبيع يصير قابضا فيضاف له وجه الاستحسان انه لم يتصل بها فعل حسي من المشتري والتزويج تعييب حكمي بمعنى تقليل الرغبات فيها فكان كنقصان السعر وكان الاقرار منه عليها بدين والمشتري اذا اقر بدين على العبد المبيع لا يصير به قابضا فكذا بالتزويج بخلاف الفعل الحسي كان قتل عينها مثلا لو قطع يدها فانه انما يصير به قابضا لما فيه من الاستيلاء على المحل واشكل على هذا الاعتاق والتدبير فانه يصير بهما قابضا وليس باستيلاء على المحل بفعل حسي والجواب انما قلنا ذلك فيما يكون نفس الفعل قبضا والمعنى ان الفعل الذي يكون قبضا الفعل الحسي الذي يحصل الاستيلاء والقبض الحاصل بالعتق ضروري ليس مما نحن فيه وذلك انه انما ثبت الملك ومن ضرورة انهاء الملك كونه قابضا والتدبير من وادية لانه يثبت حق الحرية للمدبر ويثبت الولاء واذا صح النكاح قبل القبض فلو انتقض البيع بطل النكاح في قول ابي يوسف خلافا لمحمد قال الصدر الشهيد والمختار قول ابي يوسف لان البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الاصل فصار كان لم يكن فكان النكاح باطلا وقيد القاضي الامام ابو بكر ببطلان النكاح ومن اشترى ببطلان البيع قبل القبض بما اذا لم يكن بالموت يعني لو مات المجارية بعد النكاح قبل القبض لا يبطل النكاح فان بطل البيع قوله ومن اشترى عبدا فغاب قبل القبض وفقد الثمن فاقام البائع البينة انه باعه اياه ولم يقبض الثمن فان كانت غيبته المشتري غيبة سفر لم يبع القاضي في دين البائع لانه يمكن ايصال البائع الى حقه بدون البيع فيكون ابطالا لحق المشتري في العين المبيعة من غير ضرورة ان لم يدر اين هو بيع العبد واوفى الثمن منصب الثمن مقبوضا ثانيا بالبيع وقوله وان لم يدر اين هو يعني ان غيبته المعروفة ان يعلم اين هو وقول المصنف في تعليل بيع القاضي لان ملك المشتري ظهر باقراره يعني باقرار البائع فيظهر على الوجه الذي اقر به وهو كونه مشغولا بحقه يعني ان البيع من القاضي ليس بهذه البينة لانها لاقامة لاثبات الدين على الغائب فما هي الا لكشف الحال ليصير القاضي

وهو قول ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح اذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض الا نصيبه وكان متطوعا فيما ادى عن صاحبه لانه
قضى دين غيره بغير امره فلا يرجع عليه وهو اجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبضه ولهما انه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه
الا باداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقي شئ منه والمضطر كمعير الرهن واذا كان له ان يرجع عليه كان
له ان يحبس عنه الى ان يستوفي حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه **قال** ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما
نصفان لانه اضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الاولوية وبمثله لو اشترى جارية
بالف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لانه اضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود في كل واحد منهما

الى البيع نظرا للغائب لانه يثبت الدين عليه فانه لو لم يقبضها لم يجبه الى ذلك فاذا تعذر استيفاؤه والغرض انه احق بحالته هذا العبد لانه كان رهنا في
يده استيفاء الثمن حتى لو مات المشتري مفلسا كان البائع احق بحالته من سائر الغرماء كالمرتهن اذا مات الراهن فانه احق من سائر الغرماء وفسخه
القاضي على بيعه بخلاف ما بعد قبض المبيع لان حقه اي حق البائع لم يبق متعلقا به بل هو دين في ذمة المشتري والبينة حينئذ لاثبات الدين
ولا ثبت دين على غائب فلا يتمكن القاضي من البيع وقضاء الدين وهذا طريق الامام السرخسي وتقرير شيخ الاسلام يشير بخلافه حيث قال القياس ان
لا تقبل هذه البينة لانها على اثبات حق على الغائب وليس ثم خصم حاضر لا قصدي ولا حكمي فهو كما لو اقاما على غائب لا يعرف مكانه لا تقبل وانما كان
لا بد من اقامتها على حقه وفي الاستحسان تقبل لان البائع عجز عن الوصول الى الثمن وعن الانتفاع بالمبيع واحتاج الى ان يحقق عليه الى ان يحضر المشتري
وربما تبقى النفقة عن الثمن والقاضي ناظر لاحياء حقوق الناس فكان للقاضي ان يقيمها بدفع البلية بخلاف ما لو اقاما على الغائب ليتوسع
شيئا من يده لا يقبلها وللاجماع في مثله لدفع البلية عن البائع وليس فيه ازالة يد الغاصب عما في يده ولان البائع يستوفي حقه مما في يده واورد عليه انه
يستلزم بيع المنقول قبل القبض اجيب بان من المشائخ من قال نصيب القاضي من يقبضه ثم يبيعه وقال اخرون لا يحتاج الى ذلك لان هذا البيع
يثبت ضمنا لانه غير مقصود وبل المقصود النظر للبائع باحياء حقه والبيع ضمن له هذا اذا كان المشتري واحدا فلو كان المشتري اثنين فغاب
احدهما قبل اعطاء الثمن فالحاضر لا يملك قبض نصيبه الا بنقد جميع الثمن بالاتفاق فلو نقد واختلفوا في مواضع الاول هل يجبر البائع على قبول حصة الغائب
عند ابي يوسف لا وعند ابي حنيفة ومحمد رح يجبر والثاني انه لو قيل بل يجبر على التسليم نصيب الغائب للحاضر عند ابي يوسف لا بل لا يقبض الا نصيبه
على وجه المهايأة وعندهما يجبر والثالث لو قبض الحاضر العبد هل يرجع على الغائب بما نقده عند ابي يوسف لا وعندهما يرجع وللحاضر حبس نصيب الغائب اذا حضر
حتى يعطيه ما تقدم عنده وجه ابي يوسف ان الحاضر تضى دين الغائب بغير امره فكان متبرعا فلا يرجع واذا لم يكن له الرجوع لم يكن له قبض حصته لانه اجنبي
عنها وله انه مضطر فيه اي في قبض حصة الغائب لانه لا يمكنه الانتفاع بملكه الا باداء الجميع لان البيع الصادر اليهما من البائع صفقة واحدة والمضطر
يرجع وله حق الحبس وصار كمعير الرهن اذا افلس المرتهن وهو المستعير اذا غاب فان المعير اذا افتكه بدفع الدين رجع على الراهن لانه مضطر فيه وكان
كصاحب العلو اذا سقط السفل كان له ان يبني السفل اذا لم يبنه مالكه بغير امره ليتوصل به الى بناء علوه ثم يرجع عليه ولا يمكنه من دخوله الا بعطه
ما صرفه غيره انه في مسئلة السفل لا يفترق الحال بين كون صاحبه غائبا او حاضرا وفي مسئلتنا لا يثبت له حق الرجوع الا اذا كان غائبا لانه اذا كان
حاضرا لا يكون مضطرا في الاداء الكل اذ يمكنه ان يخاصمه الى القاضي في ان ينفذ حصته ليقبض نصيبه بخلاف مسئلة السفل فان صاحب العلو لو خاصمه
في ان يبني السفل لا يقضي عليه ببنائه فكان مضطرا حال حضوره كغيبته وله اي للحاضر وشبه صورة حضوره بما في عدم الاضطرار ما لو استاجر رجلان دارا
فغاب احدهما قبل نقد الاجرة فنقد الحاضر جميعها يكون متبرعا لانه غير مضطر في نقد حصة الغائب اذ ليس للاجر حبس الدار لاستيفاء الاجرة وذكر الشيخ
واذا ثبت حق الحبس في مسئلتنا للحاضر فله حبسه الى ان يستوفي الكل ولو بقي درهم كالوكيل بالشراء اذا نقد الثمن من مال نفسه له ان يحبس المبيع عن الموكل
الى ان يعطيه جميع الثمن **قوله** ومن اشترى جارية الخ صورتهما ان تقول اشتريت هذه الجارية بالف مثقال ذهب وفضة او يقول البائع بعتك
هذه الخ ولفظ الجامع في رجل يقول الرجل بعتك هذه الجارية بالف مثقال ذهب جيد وفضة قال هما نصفان خمسمائة مثقال ذهبا وخمسمائة مثقال فضة
ويشترط بيان الصفة من الجودة وغيرها بخلاف ما لو قال بالف من الدراهم والدنانير لا يحتاج الى بيان الصفة وتنصرف الى الجياد وعرف

قال ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فانفقها او هلكت فهو قضاء عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح مثل زيوفه ويرجع بدراهمه لان حقه في الوصف مرعي كما في الاصل لانه لا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا ولهما انه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الا استبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه الا في الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها لما مر ولكن ايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه ولا نظير له قال واذا افرخ طير في ارض رجل فهو لمن اخذه ولكن اذا باض فيها ولكن اذا اتلفت فيها فهي لمن سبق لانه مباح سبقت يده اليه ولانه صيد وان كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن اخذه ولكن البيض لانه اصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره او شيه وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك فصار كنصب شبكة للاصطياد كما اذا دخل الصيد داره او وقع ما ثوب من السكر او الدراهم في ثيابه لم يكن له ملكه لانه

من هذه العبارة ان البيع ينعقد بلفظ المضارع ولو احتمل العدة اذا اريد به الحال وقيل بل هذه العبارة مساومة والمعنى انه اذا قال له ذلك ثم باعه على الوجه يثبت الانقسام وفيه ان اضافة المثقال الى الذهب ثم عطف الفضة عليه مرسلا يوجب كون الفضة ايضا مضافا اليها المثقال وفيه وهم ان يفيد جهالة الفضة لان المثقال غلب في الذهب فتصير الفضة مرسلة عن قيد الوزن بل منصرف اليهما وكذا اضافة الجودة لان العطف يوجب الاشتراك على وجه المساواة بين المتعاطفين فالمثقال المتقدم مضاف الى الذهب والفضة الاترى انه لو قال عبدي حر غدا او امرأتي طالق وقعا جميعا غدا فاضافتهما مضافان ذكره في كشف الغوامض وفي المبسوط لو قال الف من الدراهم والدنانير فعليه خمسمائة دينار بالمثاقيل وخمسمائة درهم بوزن سبعة لانه المتعارف في الدراهم فينصرف اليه وكذا لو قال الف من الذهب والفضة وجب خمسمائة مثقال من الذهب وخمسمائة درهم بوزن سبعة من الفضة لان المتعارف في وزن الذهب والفضة ذلك وليس احدهما بما ينصرف احدهما من المتعارف فيه فينصرف الى الوزن المعهود وهذا اذا كان المتعارف في بلد العقد في اسم الدراهم ما يوزن سبعة والمتعارف في بعض البلاد والان كالشام والحجاز ليس ذلك بل وزن ربع وقيراط من ذلك الدرهم وانما في عرف المصر فلفظ الدراهم ينصرف الى وزن اربعة دراهم بوزن سبعة من الفلوس الا ان يقيد بالفضة فينصرف الى درهم بوزن سبعة فان ما دونه ثقل او خف يكون نصف فضة وكذا هذا الانقسام في كل ما يقدر به من المكيل والموزون والثياب وغيرها قرضا او سلما او غصبا او وديعة او بيعا او شراء او مهرا او وصية او كفالة او جعلا في خلع ومسه لو قال على كر حنطة وشعير وسمسم كان عليه الثلث من كل جنس **قوله** ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه عشرة زيوفا وهو لا يعلم انها زيوف فهو قضاء حتى لو انفقها الدائن او هلكت ثم علم لم يكن له ان يرجع بشيء وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف له ان يرد مثل الزيوف ويرجع بالجياد وذكر فخر الاسلام وغيره ان قولهما قياس وقول ابي يوسف هو الاستحسان له ان حقه في الجودة مرعي كحقه في المقدار وقد تعذر ضمان الوصف بالفساد لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا من ضمان الاصل ليصل الى الوصف ولهما انه اي الزيوف من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الا استبدال كالصرف ورأس مال السلم جاز وما جاز الا لانه لم يعتبر استبدالا بل نفس الحق يقع به الاستيفاء وانما يبقى حقه في الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها بعد هلاك الدراهم لما ذكرنا من انه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها ولا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه يعني هو ايجاب القابض على نفسه ولا نظير له في الشرع الا ان ابا يوسف يفصل بمنع انه لا يمكن تداركها بل تداركها بما ذكرنا من ايجاب المثل ممكن وهذا كما لو وجد بها مستوقة او منهرقة فهلكت ليس له ان يرد مثلها فان قالا مستوقة ليست من جنس الجياد حتى لا يتقضيا حقه بها قلنا وكذلك لا يصير مستقضيا حقه بالزيف الا ان علم فرضي باعتبار انه تارك لبعض حقه وهو صفة الجودة قولهم فيه بانع وهو كونه يجب له عليه لانه قبض جنس حقه فاذا ضمن مثله كان الوجوب لنفسه على نفسه اذ المديون لا يلزمه شيء قلنا يجوز ذلك اذا افاد كما لو اذا اتلف بعض اكساب عبده المأذون وقد افاد هنا تداركا لبعض فصار كشراء الانسان مال نفسه الا اذا افاد ويجوز بخوان يشتري مال المضاربة او كسب عبده المأذون المديون وبما ذكرنا يبطل قولهم لا نظير له في الشرع ويجاب بمنع الاتحاد في المستشهد بل الضمان في المأذون للغرماء وهذا المقبوض كله ملكه ومن له الحق ومن عليه واحد وهو رب الدين ولا نظير له في النوازل اشترى بالجياد ونقد الزيوف اخذها الشفيع بالجياد لانه انما يأخذ بما اشترى ولو باعها مرابحة فان راس المال الجياد وفي الاجناس يشتري بالجياد ونقد الزيوف ثم حلف انه اشتراها بالجياد قال ابو حنيفة لا يحنث وقال ابو يوسف يحنث والله الموفق **قوله** واذا افرخ طير في ارض رجل فهو

او كان مستعدا له بخلاف ما اذا اعسل النحل في ارضه لانه عدمن انزاله فيملكه تبعا لارضه كالشجر النابت فيه والتراب المجتمع ارصد عرفا الله

كتاب الصرف

قال الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان سمي به لزيادة احد العوضين على الآخر في القيمة او لانه صرف همته الى النقد في بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة او لانه لا يطلب منه الا الزيادة او لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفا

لمن اخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تمكس فيها ظبي اتى وفعل كناسة والكناس بيت الظبي وفي بعض النسخ تكسر او وقع فيها فتكسر وكسره بما لو كسر رجل فيها فانه لذلك الرجل لا للاخذ ولا حق لصاحب الارض لانه اي لان كلا من الطير والفرخ والبيض قد صلح في نسخة لانها مباح بعد يده اي يد الاخذ اليه ولانه صيد وانما يكون يوخذ بلا حيلة والصيد لمن اخذه والبيض اصل الصيد فيلتحق به ولهذا يجب عند اخذه الجزاء على المحرم بكسره او شيه لان المقصود بقوله تعالى تناله ايديكم في قوله تعالى ليبلونكم الله بشيء من الصيد تناله ايديكم ورماحكم كذا ذكره وقوله وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك جملة حالية هو قيد لقوله فهو لمن اخذه واي انما يكون للاخذ اذا لم يكن صاحب الارض اعدها لذلك بان جعل فيها قبر او السقط فيها او اعدها للفراخ لباخذها فان كان اعدها لذلك لا يملكها الاخذ بل رب الارض يصير بذلك فائضا فما كمن نصب شبكة ليصطادها فتقطع بها صيد فهو لمن اخذه لا لصاحب الشبكة لانه لم يعدها الآن للاخذ وكما اذا دخل الصيد داره فلم يغلقه فاغلق بابه فهو لمن اخذه فان علم به واغلق الباب عليه او سد الكوة كان لصاحب الدار وكذا اذا وقع في ثيابه فنشرها فسكر او الدراهم فهو لمن اخذه ما لم يكيف ثوبه على الساقط فيه وما بعده مصدرية نائبة عن ظرف الزمان اي عن الاخذ في زمان عدم كفه الثوب

قوله او كان مستعدا الخ اي للنشار بان يسقط ثوبه لذلك عطف على مقدر تقديره فاذا كفه او كان مستعدا فهو له اما اذا عسل النحل في ارضه فهو لصاحب الارض لانه عد من انزاله اي من تمن زيادات الارض اي ما ثبت فيها فيملك تبعا للارض كالشجر النابت فيها كالتراب والطين المجتمع فيها بجريان الماء عليها والانزال جمع نزل وهو الزيادة وذكر ضمير لانه وهو عائد الى الارض وهي مؤنثة على تاويل المكان ومثله وقع في شعر العرب قال فلا مزنة ودقت ودقها * ولا ارض ابقل ابقالها * ومن جنس هذه المسائل لو اتخذ في ارضه حفيرة للسمك فدخل الماء والسمك ملكه ولو اتخذت لغيره فمن اخذ السمك فهو له وكذا في حفر الحفيرة اذا حفرها للبيع فهو له او لغرض آخر فهو للاخذ وكذا لو صرف وضع على سطح بيت فانسل بالمطر فصار في رجل فان كان وضعه للمطر فهو لصاحبه والا فالمطر للآخذ ولو باض صيد في ارض رجل او تمكس فيها فجاء رجل لياخذها فمنعه صاحب الارض فان كان في موضع يقدر صاحب الارض على اخذه قريبا منه بان كان بحضرته كان الصيد لرب الارض كما لو اخذه عنده وان لم يكن بحضرته لا يملك

كتاب الصرف

لما كان قيوده اكثر كان وجوده اقل فقدم ما هو اكثر وجودا ولانه لما كان عقد على الاثمان والثمن في الجملة تبع لما هو المقصود من البيع اخر عن البيع المتضمن للمقاصد الاصلية اعني المبيعات ومفهومه لغة وشرعا يذكره المصنف وشرط التقابض للبدلين قبل الافتراق وان اختلف المجلس ولهذا لم يصح فيه اجل ولا خيار الشرط لان خيار الشرط يمنع ثبوت الملك او تمامه على الراسين وهذا يخل بالقبض المشروط وهو القبض الذي يحصل به التعيين بخلاف خيار الرؤية والعيب لانهما لا يمنعان الملك في المبيع فلا يمنع تمام القبض فلو افترقا وفي الصرف خيار عيب او رؤية جاز لانه لا يتصور في النقد وسائر الديون خيار رؤية لان العقد ينعقد على مثلها لا عينها حتى لو باعه هذا الدينار او هذه الدراهم لصاحب الدينار ان يدفع غيره وكذا لصاحب الدراهم بخلاف الاواني والحلي ولو استقاني المجلس خيار الشرط والاجل عاد الصرف صحيحا خلافا لزفر وداود وعليه كيف جاز ان يقول التقابض شرط الجواز وهو متاخر عن العقد وانما هو حكمه والجواب ان المختار انه ليس الا شرط بقاء الصحة فالاشكال على قول بعض القائلين انه شرط الجواز واجابوا بان تاخره ضرورة نفي ايجاب قبض الملك الغير فهو معتبر مقارنا ومتعقبا شرعا وان كان متاخرا صورة ولا يخفى انه ينبغي ان يستغني عن هذا التكلف بارتكاب القول الآخر واما مفهومه شرعا فبيع ما من جنس الاثمان ببعضها بيعض هذا قول القدوري والصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان وانما قال من جنس الاثمان

قال فان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفت في الجودة والصياغة لقوله عليه السلام الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربوا الحديث وقال عليه السلام جيدها ورديها سواء وقد ذكرناه في البيع

ولم يقتصر على قوله بيع ثمن بثمن ليدخل بيع المصوغ بالمصوغ او بالنقد فان المصوغ بسبب ما اتصل من الصنعة به لم يبق ثمنا صرفا ولهذا تتعين في العقد ومع ذلك بيعه صرف وانما سمي الصرف صرفا لان مقصوده اللغوي هو النقل ومنه في دعاء الاستخارة فاصرفني عنه ونقل كل من البدلين عن مالك الى الآخر بالعقل شرط جوازه فكان في المسمى معنى اللغة تسمى باسم ذلك المعنى الشرط فيه او هو اي معناه اللغوي الزيادة وهذا العقد لا يقبل الا الزيادة دون الانتفاع بعين البدل الآخر في الغالب لانه لا ينتفع بعينه بخلاف سائر الطعام والثوب والحمار والمراد ان يقصد كل من المتعاقدين التجارة والربح فيه بالنقل والاخلاء العقد عن الفائدة والزيادة تسمى صرفا وبه سميت العبادة النافلة صرفا في قوله صلى الله عليه وسلم ومن انتمى الى غير ابيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا فذكر المصنف ان المراد بالصرف النافلة التي هي الزيادة والعدل الفرض الذي هو مستحق عليه ولا شك في مناسبة تسمية الفرض عدلا لقبول عليه قد فسر الزمخشري بغيره هذا وقال في الفائق في قوله صلى الله عليه وسلم لامر المدينة من احدث فيها حدثا او اوى محدثا فعليه لعنة الله الى يوم القيمة لا يقبل منه صرفا ولا عدلا الصرف التوبة لانه صرف النفس عن الفجور الى البر والعدل الفدية يعادل نفسه والمراد من احدث الحدث فعل ما توجب الحد والجواب ان اهل اللغة اختلفوا في ذلك بعد ذكر الجمهور عن بعض اهل اللغة الصرف الفريضة والعدل النافلة وفي الغريبين عن بعضهم بالعكس النافلة والعدل الفريضة كما ذكر المصنف ولا اعتراض مع انه الانسب واعلم ان الاموال تنقسم الى ثمن على كل حال وهي الدراهم والدنانير بجميع حروف الهجاء اولا وسواء كان مايقابلها من جنسها او من غيره والى ما هو مبيع على كل حال وهو ما ليس من ذوات الامثال من العروض كالثياب والحيوان والى ما هو ثمن من وجه مبيع من وجه وهو المكيل والموزون فانها ادعيت في العقد كانت مبيعة وان لم تعين فان صحبها حرف الباء وقابلها مبيع فهي ثمن وان لم يصحبها حرف الباء او لم يقابلها ثمن فهي مبيعة وهذا الان الثمن ما يثبت في الذمة دينا عند المقابلة قال الفراء في قوله تعالى وشروه بثمن بخس الثمن ما يثبت في الذمة دينا والنقود لا تستحق بالعقد الا دينا خلافا للائمة الثلاثة فعندهم تتعين الذهب والفضة اذا عينت حتى لو هلكت الدراهم المعينة في المجلس قبل القبض لبطل البيع لا يجوز استبدالها بعد انقسام المال باعتباره في نفسه وتقسيم باعتبار الاصطلاح على التثنية وهي في الاصل سلعة فاذا كانت رائجة فهي ثمن لا تتعين بالتعيين وان كانت كاسدة فهي سلعة كالفلوس قوله فان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل يعني في العلم لا بحسب نفس الامر فقط وان اختلفا في الجودة والصياغة فيدخل الاناء بالاناء فانه باعها مجازفة ولم يعلما كيتها وكان في نفس الامر متساويين لم يجز ولو وزنا في مجلس فظهرا متساويين يجوز وعن ابي حنيفة رح لا يجوز وان كانا متساويين خلافا لزفر هو القياس لاشتراط التساوي وقد ثبت اشتراط العلم بزيادة بلا دليل فقابل هو مشروط بدليل وهو ان الموهوم في هذا العقد جعل كالمعدوم شرعا وما لم يعلم المساواة توهم الزيادة حاصل فيكون كثبوت حقيقة الزيادة ويقتضي هذا ان لا يجوز اذا وزن في المجلس فظهر متساويا ايضا لكن جاز في الاستحسان عند اتحاد المجلس كان العقد انشاء والآن لان ساعة كساعة واحدة ولما عدم جواز بيع الحنطة بالحنطة وزنا بعلو ما فلعدم العلم بالمساواة كيلا اذا بلمساواة وزنا لاستلزامه بالنسبة الى الكيل والمعتبر فيما كان مكيلا في عهد النبي صلى الله عليه وسلم التقدير بالكيل على ما سلف وعن هذا اذا اشتهى مكيلا موازنة لا يجوز لان القسمة كالبيع واستدل المصنف في وجوب المساواة بقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب مثلا بمثل الحديث وقد تقدم وجه الانتساب انه بالعامل المقدر اي بيعوا او الاولى حيث كان الذهب مرفوعا في الحديث ان يجعل ما يتعلق المجرور اي الذهب يباع بالذهب مثلا بمثل نعم حديث الخدري في البخاري عنه صلى الله عليه وسلم لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ظاهر في انه مفرغ للحال وبقية الحديث ولا تشفوا بعضها على بعض ولا بعض الورق بالورق الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها غائبا

قال ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق لما روينا ولقول عمر رض وان استنظرك ان يدخل بيته فلا تنظره ولانه لا بد من قبض احدهما ليخرج العقد عن الكالئ بالكالئ ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقا للمساواة فلا تتحقق الربوا ولان احدهما ليس باولى من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا متعينين كالمصوغ او لا متعينتان كالمضروب او يتعين احدهما ولا يتعين الآخر لاطلاق ما روينا ولانه ان كان يتعين فقيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه لاعتبار الشبهة في الربوا والمراد منه الافتراق بالابدان حتى لو قاما عن المجلس متعاقدين في جهة واحدة او قاما في المجلس او اغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رض وان وثب من سطح فوثب معه وكن المعتبر ما ذكرناه في قبض راس مال السلم بخلاف خيار المجلس لانه يبطل بالاعراض

بناجزة والشف بالكسر من الاضداد والنقصان والزيادة والمراد هنا لا تزيدوا بعضها على بعض ولا تبيعوا في معنى النقص والا لقال ولا تشفوا بعضها عن بعض وقوله وزنا بوزن بعد ذلك ولا تشفوا في حديث البخاري المذكور تفسير للمثل بالمثل فان الشيئين اعم مفسرا بانهما من حيث المقدار وتقدم حيث جيدا ورديها سواء ايضا وتخريجه وهو دليل سقوط اعتبار الجودة وسقوط زيادة الصياغة بما روى محمد عن ابي حنيفة عن الوليد بن سريع عن انس بن مالك قال اتى عمر بن الخطاب رض بانا وكسر دراهم قد احكمت صياغته فبعثني به لابيعه فاعطيت وزنه وزيادة فذكرت ذلك لعمر فقال اما الزيادة فلا تاخذ وبه خذ في اطلاق المساواة المصوغ بالمصوغ والتبر بالاتبر حتى لو باع اناء فضة او ذهب باناء فضة او ذهب واحدهما اثقل من الآخر لا يجوز بخلاف اناءين من غير هما نحاس او شبهه حيث يجوز بيع احدهما بالآخر وان تفاضلا وزنا مع ان النحاس وغيره مما يوزن من الاموال الربوية الصناعة وذلك لان صفة الوزن في النقدين منصوص عليهما فلا تتغير بالصفة ولا يخرج عن كونه موزونا بتعارف جعله عدديا لو تعورف ذلك بخلاف غيرهما فان الوزن فيه بالعرف فيخرج عن كونه موزونا بتعارف عدديته اذا صيغ وضيع قوله ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق باجماع الفقهاء وفي فوائد العتابي المراد بالقبض هنا القبض بالبراجم لا بالتخلية يريد باليد وذكرنا آنفا ان المختار ان هذا القبض شرط البقاء على الصحة لا شرط ابتداء الصحة لظاهر قوله صلى الله عليه وآله وسلم اذا افترقا بطل العقد وانما يبطل بعد وجوده وهو الاصح وثمن الخلاف فيما اذا ظهر الفساد فيما هو صرف ليفسد فيما ليس صرفا عند ابي حنيفة رح ولا يفسد على القول الاصح وقوله لما روينا يعني قوله يدا بيد وكذا ما روينا من حديث البخاري قوله صلى الله عليه وسلم ولا تبيعوا منها غائبا بناجز وقول عمر رض وان استنظرك الى آخره رواه مالك في الموطا عنه قال لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولا تبيعوا الورق بالذهب احدهما غائب والآخر حاضر وان استنظرك ان يلج بيته فلا تنظره الا يدا بيد هات وهات الى آخره اخشى عليكم الربا وفي رواية قال الربا بالميم وهو الربا ورواه عبد الرزاق وقال ان يدخل بيته ولما ثبت نص الشرع بالزام التقابض عليه افقهار بما ذكره المصنف وحده ان التقدم مرتبة على الشيء فيتحقق الفضل في احد العوضين وهو الربا ولما كان منتهاه ان يقال هذا غير لازم في قبض العوضين بجواز ان يجعل امانة قال لا يدرك عاما من قبض احد العوضين كيلا يلزم بيع الكالئ بالكالئ اي الدين بالدين فلو لم يقبض الآخر لزم الربا لما قلنا وايضا يلزم الترجيح بلا مرجح لانهما مستويان في عدم القبض فاذا وجب قبض احدهما كذا الآخر لعدم الاولوية فان قيل تعليل الكتاب يخص الثمنين المخصصين اللذين لا يتعينان والحكم وهو لزوم التقابض ثابت وان كان احدهما يتعين بالتعيين كالمصوغ فاجاب بان ذلك لاطلاق ما روينا من قوله صلى الله عليه وآله وصحابه وسلم الذهب بالذهب والفضة بالفضة وعلى الاطلاق المذكور بان المتعين ايضا كالمصوغ فيه شبهة عدم التعيين اذ فيه شبهة الثمنية اذ قد خلق ثمنا والشبهة في باب الربا كالحقيقة على ما مر غير مرة ولما كان المعول عليه تناول النص باطلاقه لم يفده ان اثبات شبهة الشبهة بل وجب بالنص الحاق شبهة شبهة الربا في هذا الحكم وقوله في جهة واحدة لانهما لو تشاكلا في جهة كان افتراقا مبطلا وقول ابن عمر رض وان وثب من سطح فوثب يفيد عدم بطلان العقد بمجرد اختلاف المكان بل اذا لم يوافقه الآخر فيه وهذا لانه بمجرد وثوب احدهما اختلف مكانهما ولم يتعبا بانفسهما الا اذا لم يثبت معه وحديث ابن عمر رض هذا غريب جدا من كتب الحديث وذكره في المبسوط وعن ابي جميلة قال سالت عبد الله بن عمر رض فقلت انا نقدم ارض الشام ومعنا الورق الثقال النافقة وعندهم الورق الخفاف الكاسدة فنبتاع منهم العشرة تسعة ونصف فقال لا تفعل ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب ولا تفارقه حتى تستوفي وان وثب على سطح فوثبت معه وفيه دليل رجوعه عن جواز التفاضل كما هو مذهب ابن عباس رض وعن ابن عباس رض ايضا رجوعه وفيه دليل ان المفتي اذا اجاب لاباس ان يبين للسائل

وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم الجانسة ووجب التقابض لقوله عليه السلام الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء فان افترقا في الصرف قبل قبض العوضين واحد هما بطل العقد لفوات الشرط وهو تقابض وهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الاجل لان باحدهما لا يبقى القبض مستحقا وبالثاني يفوت القبض المستحق الا اذا اسقط الخيار في المجلس فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل تقرره وقيد خرد في فروقه **قال** لا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينار العشرة دراهم وم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لان القبض مستحق بالعقد حقا لله تعالى في تجويزه وينبغي وكان ينبغي ان يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر ذكره لان الدراهم لا تتعين فينصرف العقد الى مطلقها ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان البيع لا يتم عند ولا شيء من الثمنين فيجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم الاولوية وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز وليس من ضرورته كونه مبيعا ان يكون متعينا كما في السلم

طريق تحصيل مشابه بما فعله صلى الله عليه وسلم حيث قال بلال بع التمر بيع آخر ثم اشتره انما المحظور تعليم الحيل الكاذبة لاستباحة المحرمات قال وكذا المعتبر في قبض رأس المال مال السلم يعني ان يقبضه قبل الافتراق دون اتحاد المجلس بخلاف خيار المخيرة فانها لو قامت قبل الاختيار بطل وكذا اذا اشتمل مع زوجها في جبة واحدة فان ذلك دليل اعراضهما عما كان فيه لان المعتبر في الابطال هناك دليل الاعراض القيام ونحوه وليسا فلزم فيه المجلس والتعلق الصحة بعدم الافتراق لا يبطل لو نام في المجلس قبل الافتراق او اغمي عليهما او طال قعودهما وعن محمد رح جعل الصرف كخيار المخيرة يبطل بدليل الاعراض كالقيام من المجلس حتى لو نام احدهما فقط او هما قائمين فلا وعنه القعود الطويل فرقة دون القصير ولو كان لرجل على آخر الف وللآخر عليه مائة فارسل رسولا ليقول اقبل الدراهم التي لي عليك بالدنانير التي لك على فقال قبلت كان باطلا وكذا لو نادى احدهما صاحبه من دار اجدار او من بعيد لانهما متفرقان وعن محمد رح لو قال الاب اشهدوا اني اشتريت هذا الدينار من ابن الصغيرة بعشرة وقام قبل نقد بطل هذا ويجوز الرهن بدل الصرف والحوالة به كما في رأس مال السلم **قوله** وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم الجانسة واشترط التقابض لما روى الستة من حديث عمر رض عن الخطاب عن النبي صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء والبر بالبر ربا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا الا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا الا هاء وهاء قيل ومعنى قوله ربا اي حرام باطلاق اسم الملزوم على اللازم والمانع من جعله في حقيقته شرعا وان اسم الربا يتضمن الزيادة من الاموال الخاصة في احد العوضين في قرض او بيع ووجه الاستدلال انه استثنى حالة التقابض من الحرام بحضر الحل فيها فينتفي الحل في كل حالة غيرها فيدخل في عموم المستثنى حالة التفاضل والنساء والمجازفة فيحل كل ذلك وقوله الا اذا اسقط الخيار في المجلس استثناء من لازم قوله لا يصح شرط الخيار وهو فوات الشرط المستلزم للبطلان اي شرط الخيار يفوت الشرط الا اذا اسقطه فلا يفوت فيعود الى الجواز وقد مناقل خلاف زفر فيه هذا وبين الفساد وبترك القبض والنساء بالاجل فرق على قول ابي حنيفة في مسئلة وهي ما اذا باع جارية في عنقها طوق فضة زنته مائة بالف حتى انصرف للطوق مائة من الالف فيصير صرفا فيه وتسعمائة للجارية بيعا فانه لو فسد بترك القبض لبطل في الطوق وبيع الجارية تبعا يصح ولو فسد بالاجل يفسد فيهما عنده خلافا لهما وفرق بان في الاول العقد صحيحا ثم طرأ المفسد فيختص محله وهو الصرف وفي الثاني العقد اولا على النساء فشاع وهذا على الصحيح من ان القبض شرط البقاء على الصحة وفي الكامل لو اسقط الاجل من له الاجل دون الآخر صح في المشهور وليس في الدراهم والدنانير خيار رؤية لان العقد لا ينفسخ برد بها لانها وقع على مثلها بخلاف التبر والحلي والاواني من الذهب والفضة لانه تنتقص العقد برده لتعينه فيه ولو وجد احدهما او كلاهما دون الافتراق زيفا او ستوقا فالحكم في جميع ذلك الاستبدال والبطلان كرأس مال السلم **قوله** ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه وكل منهما ثمن الصرف فالحاصل انه لا يجوز التصرف في واحد بدلي الصرف قبل قبضه بهبة ولا صدقة ولا بيع فان فعل بعض ذلك مع العاقد بان وهبه البدل او تصدق به عليه او ابرأه منه فان قبل بطل الصرف لتقرر وجوب القبض واذا تعذر الشرط تنتفي المشروط وان لم يقبل لا ينتقض لان البراءة وما معها سبب الفسخ فلا ينفرد به احدهما بعد صحة العقد وفرع عليه ما لو باع دينار العشرة مثلا ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لان القبض في العشرة مستحق تقاصا فلا يسقط باسقاط المتعاقدين فلو جاز البيع في الثوب سقط فلا يجوز بيع الثوب والصرف على حاله لقبض مبدله من عاقده معا ورد عليه ان فساد الصرف حق الله تعالى وصحة بيع الثوب بحق العبد فتعارضا فيقدم حق العبد لتفضل الله سبحانه بذلك اجيب بان ذلك بعد ثبوت الحقين ولم يثبت حق العبد

ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة لان المساواة غير شرط فيه ولكن يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا ومحله في بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا قال ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته اثنا عشر مثقالا بالفي مثقال فضة ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترقا فالطوق بنقد ثمن الفضة لان قبض حصة الطوق واجب في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منه الاتيان بالواجب وكذا لو اشتراهما بالفي مثقال الف نسيئة والف نقد فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر منهما وكذلك لو باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون ودفع من الثمن خمسين جاز البيع فكان المقبوض حصة الفضة وان لم يبين ذلك لما بينا وكذلك ان قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما لان الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد احدهما فيجعل عليه بظاهر حاله فان لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحلية لانه صرف فيها وكذا في السيف ان كان لا يتخلص الا بضرر كالنه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كالجذع في السقف وان كان تخلص السيف بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحلية لانه امكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية وهذا اذا كانت الفضة المفردة اذا ردت مما فيه فان كانت مثليه او اقل منه او لا يدري لا يجوز البيع للربوا لاحتماله وجهة الصحة من وجه وجهة الفساد من وجهين فترجحت

لانه ثبوت حق الله بعد تحققه فيمتنع لانه يرتفع والتقديم فيما اذا ثبتا فيرتفع احدهما فضلا وقد نقل عن زفر صحة بيع الثوب لان الثمن في بيعه لم تعين كونه بدل الصرف لان التقييد لا تعيين فاضافة العقد الى بدل الصرف لعدم اضافته فيجوز كما يجوز شراء ثوب بدراهم لم يضفها وهذا على احدى الروايتين عنه ان النقود لا تتعين في البياعات فاما على الرواية الاخرى عنه فيجب ان لا يصح بيع الثوب قبل قبض بدل الصرف واجب والاستبدال بفوته فكان شرطا ايفاء ثمن الثوب من بدل الصرف شرطا فاسدا فيمنع الجواز لاسقاط الثمن به كذا ذكره غير واحد ولا يخفى كثرة ما ذكر وانى عدم تعيين النقد في البيع مع انه لو اشار الى دراهم وعينها كان له ان يحبسها ويدفع غيرها وحاصل شراء الثوب ببدل الصرف ليس الا تعيين الثمن الدراهم فلو كان ذلك شرطا فاسدا يمنع الجواز لبطل ما ذكر وانى عدم تعيين الدراهم في البيع وكان كلما تعينت الدراهم فسد البيع لانه لا تعيين لا جرم ان المصنف انما اجاب بان الثمن في باب الصرف مبيع لاستدعاء البيع مبيعا ولا بيع فيه سوى الثمن فكان كل ثمن منهما مبيعا وثمنا وجعله بدل الثوب وثمنه بيع له وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز يعني واذا لم يجز لم يدخل في ملك بائع الثوب وانت تعلم ان زفر انما قال بجواز بيع الثوب بناء على عدم تعين بدل الصرف ثمنا فجاز ان يعطى من غيره ولا شك انه يقول بعدم جواز بيع المبيع قبل القبض فاذا قال بصحة بيع هذا الثوب لعدم تعين بدل الصرف في ثمنه كان بالضرورة قائلا بان المبيع انعقد موجبا دفع مثله ويكون تسمية بدل الصرف تقديرا لثمن الثوب سواء سميته مبيعا او ثمنا لانه انما يلزم بيع المبيع قبل القبض اذا لزم تسليمه بعينه وليس هناك كذا فان كان هذا واقعا لم ينتقض ما دفع به المصنر من ذلك بل يجب صحة بيع الثوب واعطاء ثمن مثله لبائع الثوب ولما لم يكن تمليك بائع الثوب بدل الصرف لزم بالضرورة اعطاء غيره وهكذا نقل القدوري عنه اعني ان البيع الثاني جائز ويكون ثمن المبيع مثل الذي في ذمة المشتري قال وهذا على احدى الروايتين عن زفر ان الدراهم لا تتعين فاذا لم تتعين يقع البيع بمثل بدل الصرف وعلى هذا فبطل ان بيع الثوب مطلقا كما هو جواب المذهب بشكل وتقريرها طلبه نهاية تناصب الدراهم اذا اشتري واشار اليها ودفع منها بحيث يحرم الانتفاع بذلك المبيع غير مطابق لان اجازة بيع الثوب على ما قدرنا بان يدفع مثل بدل الصرف لا نفسه قوله ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة وكذا سائر الاموال الربوية بخلاف جنسها كالحنطة بالشعير لان المانع من المجازفة اشتراط العلم بالمساواة والمساواة غير مشروطة فيه اي في بيع الذهب بالفضة وكل جنسين مختلفين كذلك لكن يشترط فيه القبض في المجلس لما ذكرنا يعني قوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء لكن العادة في مثله ان يقول لمن دينا ثم المراد بالمجلس ما قبيل الافتراق نغير بالمجلس عنه قوله ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة فيه الف مثقال فضة بالفي مثقال فضة ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترقا صرف المنقود الى الطوق وان لم تعين الدافع وكذا لو قال خذه منهما صرف ايضا الى الطوق وصح البيع فيهما تحريا للجواز تحكيما ظاهر حالهما اذ الظاهر قصدهما الى الوجه الصحيح لان العقد لا يفيد تمام مقصودهما الا بالصحة فكان هذا الاعتبار عملا بالظاهر الظاهر يجب العمل به بخلاف ما لو صرح فقال خذ هذا الالف من ثمن الجارية فان الظاهر حينئذ التصريح بخلافه واذا قبضه ثم افترقا بطل في الطوق كما اذا لم يقبضه فان قلت نفي قوله خذه منهما عارضه ايضا قلنا الاسلم لان المثنى قد استعمل في الواحد ايضا قال تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد من احدهما وهو البحر المسلح ويا معشر الجن والانس الم يأتكم رسل منكم وانما الرسل من الانس في مذهب اهل الحق وقال نسيا حوتهما وانما نسي حوت فتى موسى وقال صلى الله عليه وسلم في فضة مالك بن الحويرث وابن عم له اذا سافرتما فاذنا فليؤمكما احدكما واراد ان يؤذن احدهما وقال تعالى قد اجيبت دعوتكما

قال ومن باع اناء فضة تما فترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد والفساد طارئ لانه تعذر تسليمه بلا افتراق فلا يشيع ولو استحق بعض الاناء فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاء رده وكان الشركة عيبا في الاناء ومن باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها اخذ ما بقي بحصته ولا خيار له لانه لا يضره التبعيض قال ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس منهما بإزاء مثله وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز على هذا الخلاف اذا باع كر شعير وكر حنطة بكر حنطة وكر شعير وكر ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين والتغيير لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف كما اذا اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب كذا اذا اشترى عبدا بالف درهم ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بالف وخمسمائة لا يجوز في المشتري بالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه

والمراد دعوة موسى الا انه قد قيل ان هارون كان يؤمن على دعائه فاوجب الاستعمال وكثر وجب الحمل عليه لما قلنا وذكرنا من قريب انه لو كان الفساد بسبب الاجل في العقد شاع الفساد في التجارية ايضا على قول ابي حنيفة لان الفساد في ابتداء العقد بخلافه عن الافتراق بناء على العقد وقع الا قاط في تصوير المسئلة حيث جعل طوقهما الف مثقال فضة فانه عاشرة ارطال بالمصري ووضع هذا المقدار في التحق بعيد عن العادة بل نوع تعذيب وعرف من هذا الوجه ان كون قيمتها مع مقدار الطوق متساويين ليس بشرط بل الاصل انه اذا بيع نقد مع غير جنسه من عقد لا بد ان يزيد الثمن على النقد المضموم اليه ومثل هذا انما اذا باع سيفا محلى بمائة وحلية خمسون بمائة وخمسين او بمائة وعشرة فدفع من الثمن خمسين فانه يجب فيه هذا الاعتبار ولو لم تتفاضلا في الصورتين حتى افترقا بطل في حصة الطوق والحلية لانه صرف فيهما ويصح في التجارية واما السيف فان كانت الحلية لا تخلص منه الا بضرر فيه فسد في السيف ايضا لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كما مر في جذع من سقف فان كانت تخلص بلا ضرر جاز فيه كالتجارية لانه امكن افراده بالبيع وبطل في الحلية خاصة ثم الجواب في المسئلتين مقيد بما اذا كانت الفضة المفردة يعني الثمن اكثر من الطوق والحلية فان كانت مثله او اقل او لا يدري واختلف للمقومون في ذلك لا يجوز البيع للربا حقيقة فيما اذا كانت اقل او مساوية بسبب زيادة البدل الآخر وهو للبيع الفضة زيادة من جنسه او من غيره وهو نفس التجارية والسيف او احتمال الربا فيما اذا لم يدر الحال وتقدم انه لا بد من العلم بالمساواة فان قيل في صورة الاحتمال لم يقطع بالفساد اجاب بان جهة الفساد فيه متعددة فانها من وجهين وهو تجويز الاقلية والمساواة بخلاف الصحة فانها على تقدير واحد وهو الزيادة فرجحت جهة الفساد على ان مجرد احتمال الربا كاف في الفساد فلا حاجة الى الترجيح مع انه يرد عليه انه الترجيح بما يصلح ان يكون علة للفساد ويحتاج الى الجواب بان المعنى ان احتمال احدهما فقط مفسد فكيف اذا اجتمعا على هذا كلما اشتري بالفضة فضة مع غيرها او بالذهب ذهبا مع غيره. قوله ومن باع اناء فضة بفضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يقبض ولا شيوع الفساد في الكل لانه طارئ بعد صحة العقد في الكل بناء على ما هو المختار من ان التعيين قبل الافتراق شرط البقاء على الصحة لا شرط الانعقاد على وجه الصحة فيصح ثم يبطل بالافتراق فلا شيوع ولا تخيير لواحد من المتعاقدين لان عيب الشركة جاء بفعلهما وهو الافتراق بلا قبض بخلاف ما لو استحق بعض الاناء فان المشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاء رده ولان الشركة عيب ولم يحدث بصنعه بخلاف ما لو باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها حيث يأخذ الباقي بحصتها ولا خيار له لانه لا يضره التبعيض فلم يلزم العيب وهو الشركة لامكان ان يقطع حصته منها. قوله ومن باع درهمين ودينارا بدينارين ودرهم جاز البيع وجعل كل واحد من الجنسين بخلافه فيعتبر الدرهمان بدينارين والدرهم بالدينار وقال زفر والشافعي لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كر شعير وكري حنطة بكري شعير وكر حنطة او باع السيف المحلى بفضة ولا يدري مقدار الحليتين وكذا درهم ودينار بدرهمين ودينارين لهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه اي تصرف العاقد لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين وهو ان يكون كل جزء على الشيوع مقابل الكل جزء وعلى الشيوع فيه مندرج فيه جنس ذلك الجزء وخلاف جنسه كما اذا اجزاء دينارين اكثر من اجزاء دينار بالضرورة وليس المعنى ان كل جزء معين مقابل لكل جزء على العموم والا كانت الذرة من الدينار مقابلة بجميع الدينارين والدرهم فلم يبق للذرة الاخرى ما يقابلها او يقابل الكل نفسه اشياء كثيرة وهو اعتبار ممكن لكنه مستنكر وهو ان يقابل الذرة بالف ذرة ثم تكون هذه الالف بعضها مقابلة لذرة اخرى

وكذا اذا اجتمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما لايجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض فسد العقد في الدرهمين ولا يصرف الدرهم الى الثوب لما ذكرنا ولان المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما في مقابلة الجنس بالجنس وانه طريق متعين لتصحيحه فيحمل عليه تصحيحا للتصرف فيه وفيه تغيير وصفه لا اصله لانه يبقى موجبه الاصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره يتصرف الى نصيبه تصحيحا للتصرف بخلاف ما عد من المسائل اما مسئلة المراجحة لانه يصير تولية في القلب يصرف الربح كله الى الثوب والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشترى وفي الثالثة اضيف البيع الى المنكر وهو لا يصلح محلا للبيع والمعين ضده وفي الاخيرة انعقد العقد صحيحا والفساد في حالة البقاء وكلاهما ينافي الابتداء

واخرى للاح ينتفي الانقسام بادنى تامل والدليل على ان الانقسام كما ذكرنا ما لو اشترى عبدا وجارية بثوب وفرس ثم استحق العبد يرجع بقيمة العبد في الثوب والفرس جميعا ولولا ان انقسام على الشيوع لما رجع في الثوب والفرس جميعا ولتعذر نقصه فيها لايجوز وان كان فيه تصحيح التصرف بدليل الاجماع على ان من اشترى قلبا وزنه عشرة بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة صفقة واحدة لايجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب وحده ويخلو القلب من التفاضل وكذا اذا اشترى عبدا بالف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بالف وخمسمائة لايجوز ويفسد في المشترى بالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبد وعبد غيره وقال بعتك احدهما لايجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض فسد في الدرهمين ولا يصرف الى الثوب لما ذكرنا فهذه احكام اجماعية كلها دالة على ان تغيير التصرف لايجوز وان يتوصل به الى التصحيح قال امام الحرمين والمعتمد عندي في التعليل انا تعبدنا بالمماثلة تحقيقا وهنا لم تحقق فيفسد العقد قال صاحب الذخيرة وللخصم ان يقول تعبدنا بتحقيق المماثلة فيما اذا تحققت مقابلة الجنس بالجنس ام على الاطلاق فان قلت الثاني فممنوع وان قلت الاول فسلم ولكن صورة المخالفة انتهى بعض تغيير وحاصله انه على تقدير مقابلة الجملة بالجملة والجزء الشائع بالشائع لايقتضي الربا والفساد وانما يقتضيه لو كان التفاضل لازما حقيقيا وذلك لايكون الا اذا قوبل معين بمعين وتفاضلا وح لاحاجة في التصحيح الى التوزيع وصرف كل الى خلاف جنسه عينا لكن الاصحاب اقتحموه بناء على اصلي اجماعي وهو انه مهما امكن تصحيح تصرف المسلم العاقل يرتكب ولنظائر كثيرة ولهذا يحمل كلامه على المجاز ويترك حقيقته اذا كان لايصح على تقديره ويدرج في كلامه زيادة لم يتلفظ بها اذا كان لايصح الا بذلك كانهم نظروا الى ان المقابلة على وجه الشيوع ان لم تنقض حقيقة الربا استلزم شبهة وشبهة الربا معتبرة كحقيقته فقالوا العقد كذلك وانما يقتضي مطلق المقابلة لا مقابلة الكل بالكل ولا الفرد بالفرد من جنسه او من خلاف جنسه لان اللفظ مطلق غير متعرض لواحد منهما لكن مع عدم الاقتضاء يحمل مقابلة الفرد بالفرد وهو الجنس المعين هذا الجنس معين بدليل انه يصح تفسيره به فانه لو قال بعت هذين الدرهمين والدينار بدينارين ودرهم على معنى ان الدرهمين بالدينارين والدينار بالدرهم صح وهو طريق متعين للتصحيح فوجب حمله عليه وعلى هذا التقدير لاحاجة الى قول المصنف وفيه تغيير وصف العقد كانه نظر الى الظاهر منه هو مقابلة الجملة بالجملة على الشيوع عينا فكان مقابلة العين بالعين ليس محتملا فقال وفيه تغيير وصف العقد وهو مقابلة الجملة بالجملة شايعا لا اصله لانه يبقى موجبه وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار كما اتفقنا عليه فيما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره يتصرف الى نصيبه تصحيحا للتصرف بخلاف المسائل المذكورة فان عدم الصرف فيها لعدم الامكان والتعيين اما مسئلة المراجحة فعدم المصرف لانه تغيير اصل العقد اذ يصير تولية في القلب واعترض بان ما تقدم من وجوب حمل المثنى على الواحد في مسئلة الطوق والجارية ان يحمل قوله بعتهما بعشرين مراجحة فيهما بعشرة ان يحمل فيهما على احدهما يعني الثوب كما حمل قوله خذ هذه الالف من ثمنها على ثمن احدهما وهو الطوق وكون الطوق لم يصر مراجحة لم يضر ان تعذر ان العقد مراجحة بثبوت الربح في بعض مبيعات الصفقة الواحدة وفي المسئلة الثانية وهي ما اذا باع عبدا اشتراه بالف ممن اشتراه منه مع عبد آخر بالف وخمسمائة طريق تصحيحه غير متعين ان يكون بصرف الخمس المائة الى العبد الآخر فيكون بايعا ما اشتراه ممن اشتراه قبل ما اشتراه لانه كما يكون بذلك يكون بصرف اكثر من خمسمائة درهم او درهمين او غير ذلك الى العبد الآخر فيصير بايعا للمشترى ممن اشتراه منه باقل مما اشتراه منه ونقض بان الطريق الصحة ايضا ليس متعينا فيما قلتم بل له وجه آخر وهو ان يعتبر مقابلة درهم من الدرهمين بمقابلة الدرهم ودينار من الدينارين بمقابلة الدرهم

قال ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع ويكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لان شرط البيع في دراهم التماثل على ما ذكرنا فالظاهر انه اراد به ذلك فيبقى الدرهم بالدينار وهما جنسان لا يعتبر التساوي فيهما ولو تبايعا فضة بفضة او ذهبا بذهب احدهما اقل ومعه اقلهما حتى اخر يبلغ قيمته ما في الفضة جاز البيع من غير كراهة وان لم يبلغ فمع الكراهة وان لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع لتحقق الربوا اذ الزيادة لا يقابلها عوض فيكون ربوا

اجيب بان التغيير ما امكن تقليله متعين وتصحيح التصرف مع قلة التغيير لا يكون الا بما قلنا فكان ما قلنا متعينا بخلاف ما لو فرض فان فيه ثلاث تغييرات زوائد فان الذي اوعيناه طريقا متعينا هو صرف الجنس الى خلاف الجنس كيف كان لا بخصوص ذلك الطريق وباذكرتم من ذلك ومن ان الصرف نصف درهم الى نصف درهم والنصف الآخر مقابلة الدينار في فروض كثيرة لا يخرج عن صرف الجنس الى خلاف الجنس والى هذا رجع قول صاحب الكافي في الجواب المتعدد وانما يمنع الجواز اذا لم يكن لاحد الوجوه ترجيح بل يتساوى الى آخره يلزم الترجيح بلا مرجح فتمتنع الوجوه فتمتنع اما اذا كان فلا وانما اعتبرناه وذلك لان المعقود عليه الدرهم والدرهمين فلا يعبر عنه ونحن اسقطنا لبقائنا في اصل هذا الاصل نظرا الى جواز ثبوت الشيء بعلل متعددة اجتمعت دفعة واما في المسئلة الثانية وهي ما اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما فلان البيع اضيف الى المنكر وهو ليس بمحل للبيع بحاله ولان العين ضده فلا يحمل استثناء على ضده فليس بشيء لان المعرفة نماصدقات المنكر فان زيدا يصدق عليه رجل ولا شك انه يحتمله فيجب حمله عليه وقد قال ابو حنيفة في قوله عبدي او حماري حر انه يعتق العبد ويجعل استعارة المنكر للمعرفة وكذا ما قيل ان تصحيح العقد يجب في محل العقد وهو المضاف الى العين واعلم ان ما اورد على دفع النقوض المذكورة ان يخص له جواب فذاك وان لا فلا يضرك النقض في اثبات المطلوب اذ غايته ان خطأ في محل آخر اذا اعترف بخطأه في محل النقض وذلك لا يوجب خطأه في محل النزاع واما في المسئلة الاخيرة وهي ما اذا باع درهما او ثوبا بدرهم وثوب وقبض قبل ان يقبض احدهما فان العقد انعقد صحيحا وانما طرأ الفساد بالافتراق والصرف لدفع الفساد وهو قد انعقد بلا فساد وكلامنا ليس في الفساد الطارئ فان قيل فليصرف الجنس لخلاف جنسه ليبقى صحيحا كما يصرف لمنعقد صحيحا والمقتضي واحد فيهما وهو الاحتيال للصحة قلنا الفساد هناك ليس طارئا متحققا ولا مظنونا فلا يجب اعتبار الصرف من اول الامر بل يتوهم لان الظاهر ان هما تقابضا بعد ما عقدا عقدا قبل الافتراق فلا يحتاج الى ذلك الاعتبار واما المسئلة المستشهد بها اولا وهي الرجوع في ثمن الثوب والفرس فانما تشهد على ان المقابلة للجملة بالجملة على الشيوع ونحن نقول هو الاصل وانما قلنا اذا كان تصحيح العقد يحصل باعتبار التوزيع وجب المصير اليه وهو ثابت في المسئلة المفروضة الا ترى الى ما في الايضاح قال الاصل في هذا الباب ان حقيقة البيع اذا اشتملت على ابدال وجب قسمة احد البدلين على الآخر ونظير الفائدة في الرد بالعيب والرجوع بالثمن عند الاستحقاق ووجوب الشفعة فيما تجب فيه الشفعة فانكان العقد مما لا يوافيه فانكان مما لا يتفاوت فالقسمة على الاجزاء وانكان مما يتفاوت فالقسمة على القيمة وانما فيما لا يوافي فانما تجب القسمة على الوجه الذي يصح اسندا مثال باع عشرة دراهم بخمسة دراهم ودينار يصح العقد فان الخمسة بالخمسة والخمسة الاخرى بازاء الدينار وكذا لو تقابل خمسين بخمسين كما في مسئلة الكتاب انتهى ونظير المسئلة المذكورة التي تلي هذه وهي

قوله ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع ويكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لان شرط البيع في الدراهم التماثل وهو بذلك فيبقى الدرهم بالدينار وهما جنسان لا يعتبر التساوي بينهما ثم فرع المصنف ان بعض هذه البياعات وان كانت جائزة في الحكم فهي مكروهة فقال ولو تبايعا فضة بفضة او ذهبا بذهب واحدهما اقل ومعه من الآخر الا ان مع الاقل شيئا آخر كفلوس او غيرها مما يبلغ قيمته قدر الزيادة في البدل الآخر او اقل بقدر ما يتغابن فيه فالبيع جائز من غير كراهة وان لم يكن فهو جائز مع الكراهة كان يضع معه كفا من زبيب او فلسين وقيل لمحمد كيف تجده في قلبك قال مثل الجبل فلم تر والكراهة عن ابي حنيفة رح بل صرح في الايضاح انه لا باس به عند ابي حنيفة رح قال وانما كره محمد ذلك لانه اذا جاز على هذا الوجه الف الناس التفاضل واستعملوه فيما لا يجوز وكذا ذكر في المحيط البضاعي وقيل انما كره لانهما باشرا الحيلة لسقوط الربوا كبيع العينة فانه مكروه لهذا الوجه ولو كان مكروها كان البيع في مسئلة الدرهمين

ومن كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دراهم وعشرة دنانير بعشرة دنانير ومعه المسئلة اذا باعه بعشرة مطلقة ووجهه انه يجب بهذا العقد ثمن يجب عليه تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين بمثله يقع المقاصة بنفس البيع لعدم المجانسة فاذا لقاه يقضى ذلك قضاء الاول الاضافة الى الدين اذ لولا ذلك يكون استبدالا بالمقبوض في الاضافة الى الدين يقع المقاصة بنفس العقد على ما نبينه والقضاء قد يثبت بطريق الاقتضاء كما اذا تعارضا بالف ثم بالف وخمسمائة وزفر يخالفنا فيه لانه لا يقول بالاقتضاء وهذا اذا كان الذين سالفا فان كان لاحقا فكذلك في احد الروايتين لتضمنه الفسخ لان الاول الاضافة الى دين قائم وقت تحويل العقد فكيف ذلك للجواز قال يجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلتين بل درهمين صحيحين ودرهم غلة والعلة ما ترد به بيت المال ويأخذ التمار وجهه تحقق المساواة في الوزن وما عرف من سقوط اعتباره اذ قال واذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي فضة واذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب يعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض لا متساويا في الوزن وكذا لا يجوز الاستقراض بها لانه وزن لان النقود لا تحمى عن قليل غش عادة لانها لا تنطبع الا مع الغش وقد يكون الغش خلقيا كما في الذي منه فيلحق القليل بالوداعة والجيد بالردي سواء ان كان الغالب عليها الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير اعتبارا للغالب فان استفقت مخالصة فهو على الوجه الذي ذكرناها في حلية السيف فان بيع بجنسها متفاضلا جاز رضا للجنس الا خلاء الجنس في حكم شيئين فضة وصفر لكنه رخص حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين فاشترط القبض في الفضة ليشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر

والدينار بدرهم ودينارين وهي المسئلة الخلافية مكررة وما ذكره واجب بانه انما لم يذكر الكراهة هناك لانه وضع المسئلة فيما اذا كان الزائد دينارا بمقابلة الدرهم وقيمة الدينار تبلغ الدرهم وتزيد وح لا كراهة ولا يخفى ان العقد واحد وكما ان قيمة الدينار تبلغ وتزيد على قيمة الدرهم فالدرهم لا يبلغ قيمة قيمة الدينار ولا تنقص لقدر يتغابن فيه فالعقد مكروه بالنظر الى الطرف الآخر والذي يقتضيه النظر ان يكون مكروها اذ لا فرق بينه وبين المسئلة المذكورة في جهة الكراهة وغاية الامر انه لم ينص هناك على الكراهة فيه ثم ذكر اصلا كليا يفيده وينبغي ان يكون قول ابي حنيفة رضي على الكراهة كما هو ظاهر اطلاق المصنف من غير ذكر خلاف واما اذا ضم ما لا قيمة له كنقد من تراب لا يصح لانه لم يقابل الزيادة مال **فرع** اشترى تراب الفضة بفضة لا يجوز لانه ان لم يظهر في التراب شيء فظاهر بان ظهر فهو مبيع بالفضة فيجازفيه ولهذا لو اشترى تراب فضة لا يجوز لان البدلين هما الفضة لا التراب ولو اشترى تراب ذهب او بذهب جاز لعدم لزوم العلم بالمماثلة لاختلاف الجنس ولو ظهر ان لا شيء في التراب لا يجوز وكلما جاز فشتري التراب بالخيار فرآه لانه اشترى ما لم يره **قوله** ومن له على آخر عشرة فباعه الذي عليه العشرة دينار العشرة وقبض الدينار فان كان اضاف الى العشرة الدين جاز اتفاقا ويجب بهذا العقد عشرة ثم لا يجب تعيينه بالقبض لان التعيين احد البدلين للاحتراز عن الدين بالدين وتعيين الآخر لدفع الربوا بالتساوي وقد اندفع الدين بالدين في هذه الصورة بقبض احد العوضين وهو الدينار والقبض الذي يتحقق منه التعيين في البدل الآخر قد تحقق سابقا فعند الاضافة الى ذلك المقبوض يحصل به المقصود من المماثلة بين البدلين وهو كون كل منهما مقبوضا قبضا يحصل به التعيين بخلاف ما اذا لم يضف اليه لان موجب العقد حينئذ عشرة مطلقة لا يلزم ان يكون هذه العشرة الدين ولهذا قال زفر فيما اذا باعه المديون بالعشرة دينار العشرة وهي مسئلة الكتاب ثم تقاصا لا يجوز لان موجب ذلك العقد عشرة مطلقة فلا تصير تلك العشرة المعينة نحن نقول موجب العقد عشرة مطلقة تصير معينة بالقبض وبالاضافة بعد العقد الى العشرة الدين صارت كذلك غير انه بقبض سابق كما ذكرنا وهو لا يابى به حصول المقصود من التعيين بالقبض بالمساواة وعلى هذا التقدير لا حاجة الى اعتبار فسخ العقد الاول بالاضافة الى العشرة الدين بعد العقد على الاطلاق بخلاف ما لو باع بالف ثم بالف وخمسمائة فان الفسخ لازم لان احدهما لم يصدق على الآخر بخلاف العشرة مطلقا مع هذه العشرة للصدق لان الاطلاق ليس قيدا في العقد بها والا لم يكن قضاء بها اصلا اولا وجود للمطلق بقيد الاطلاق وعلى ذلك نشوا وتقديره انهما لما غيرا موجب العقد فقد فسخاه الى عقد آخر فتقاصا ولما لم يقبل زفر بالاقتضاء ولذا لم يقبل في اعتق عبدك عني بالف انه يقع عن الامر اذا اعتقه المالك لم ينفسخ فلا يتحول حكمه وهذا اذا كان الدين سابقا على بيع الدينار فان كان لاحقا قبل الافتراق والمسئلة بحالها بان عقد على الدينار بعشرة ثم باع صاحب الدينار ثوبا من بائع الدينار بعشرة ثم قاصه بثمن الدينار عنها رواية لا يصح والاصح انه يصح لما ذكرنا من حصول المقصود وعلى ما ذكر المصنف من حصول الانفساخ والاضافة الى الدين بعد تحققه وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير اذا استقرض من بائع الدينار عشرة من المشتري او غصب منه فقد صار تقاصا ولا يحتاج الى التراضي لانه قد وجد منه القبض **قوله** ويجوز بيع درهمين صحيحين ودرهم غلة ودرهم غلة ودرهم صحيح والغلة ما يرده بيت المال للزيافة قبل الاستهلاك وراسم عطفة بكسر ويكون في العطفة ربع دانق وانقل وبيت المال لا يأخذ الا الغالي وانما جاز للمساواة في الوزن وهو الجودة فالصحة ساقطة الاعتبار لان الجودة في الاموال الربوية عند المقابلة بالجنس ساقطة **قوله** واذا كان الغالب على الدراهم والدنانير اما ان يكون الغالب عليها الذهب والفضة والغش اقل او الغالب الغش والذهب والفضة اقل او متساويين فان كان الغالب

قال رضي الله عنه مشاهما ولم يفتوا بجواز ذلك في العراق والعطارقة لانها اعز الاموال في ديارنا فلو ابيح التفاضل فيه ينفتح باب الربوا لانهم ان كانت تروج بالوزن فالبيع والاستقراض فيهما بالوزن وان كانت تروج بالعد فالعد وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لان المعتبر هو المتعارف فيهما اذا لم يكن فيهما نص تحكم ما دامت تروج تكون اثمانا لا متعينين بالتعيين واذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين واذا كانت يقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان كان البائع يعلم بحالها لتحقق الرضاء منه وبجنسها من الجياد ان كان لا يعلم لعدم الرضاء منه واذا اشترى بها سلعة فكسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح عليه قيمتها يوم البيع وقال محمد رح قيمتها آخر ما تعامل الناس بها لهما ان العقد قد صح لانه تعذر التسليم بالكساد وانه لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالفلوس فانقطع واذا بقي العقد وجبت القيمة لكن عند ابي يوسف رح وقت البيع لانه مضمون به وعند محمد رح يوم الانقطاع لانه اوان الانتقال الى القيمة ولابي حنيفة رح ان الثمن يهلك بالكساد لان الثمنية بالاصطلاح وما بقي فيبقى بيعا لا ثمنا فيبطل واذا بطل البيع يجب رد المبيع ان كان قائما وقيمته ان كان هالكا كما في البيع الفاسد

في الدنانير والفضة في الدراهم فانها كالذهب الخالص والفضة الخالصة اعتبار الغالب لانها على ما قيل فلما يطبع الا بقليل غش وقد يكون الغش خلقيا كما في الرصاص الذي يقال له ناقص العيار في عرفنا والرداءة مهدرة شرعا عند المقابلة بالجيد فكذا الغش المغلوب اسما وقدرا واذا كانا كالخالصين فلا يجوز بيعها بالخالص من الذهب والفضة الا مساويين في الوزن وكذا بيع بعضها ببعض وكذا لا يجوز اقتراضها الا وزنا كاستقراض الذهب والفضة الخالصين وان كان الغالب فيها الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير الخالصة اعتبارا للغالب فان اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرنا في حلية السيف وهي انه ان كانت الفضة الخالصة مثل الفضة التي في الدراهم او اقل ولا يدري لا يصح في الفضة فلا في النحاس ايضا اذا كان لا يتخلص الفضة الا بضرر وان كانت الخالصة اكثر مما في الدراهم جاز ليكون ما في الدراهم من الفضة بمثلها من الخالصة والزائد من الخالصة بمقابلة الغش وكذا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا صرفا للجنس الى خلاف الجنس اي يعرف مقابلة كل من الدراهم الى غش الدراهم الاخرى لانها في حكم شيئين فضة وغش صفرا وغيره ولكنه مع هذا صرف حتى يشترط القبض قبل الافتراق ويجوز الصلح بالحط عنه لوجود الفضة من الجانبين واذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر ولا يخفى ان هذا انما في كل دراهم غالبة الغش بل اذا كان الفضة المغلوبة بحيث تتخلص من النحاس اذا اريد ذلك فاما ان كانت بحيث لا تتخلص لقلتها بل تحترق لا عبرة بها اصلا بل تكون كالمستهلكة لا تعتبر ولا يراعى شرائط الصرف وانما كان كالمغلوب في اوائل قرن تسع مائة في فضة دمشق قريب من ذلك قال المصنف رح ومع هذا بشتا لخانا يعني مشائخ ما وراء النهر من بخارا وسمرقند لم يفتوا بجواز ذلك اي بيعها بجنسها متفاضلا في العدالي والعطارقة مع ان الغش فيها اكثر من فضة لانها اعز الاموال في ديارنا ولو ابيح التفاضل فيها ينفتح باب الربوا الصريح فان الناس رح يتعاملون التفاضل في الاموال النفيسة فيعيدون الى ذلك في النقود الخالصة فنع حسما لمادة الفساد والعطارقة دراهم منسوبة الى عطاء الكندي امير خراسان ايام الرشيد وقيل هو خال الرشيد ثم ان كانت هذه الدراهم التي غلب غشها تروج بالوزن فالبيع بها والاستقراض بالوزن وان كانت تروج بالعد فالبيع والاستقراض بها بالعد ايضا وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لان المعتبر هو المتعارف فيهما اذا لم يكن فيهما نص تحكم ما دامت تروج تكون اثمانا لا متعينين بالتعيين واذا كانت لا تروج فهي اثمان لا تتعين بالتعيين ولو هلكت قبل القبض لا تبطل العقد وان كانت غير رائجة فهي سلعة فتتعين بالتعيين وتبطل العقد بهلاكها قبل التسليم هذا اذا كانا يعلمان بحالها ليعلم كل من المتعاقدين ان الآخر لا يعلم فان كانا لا يعلمان او لا يعلم احدهما او يعلمان ولا يعلم كل ان الآخر يعلم فان البيع يتعلق بالدراهم الرائجة في ذلك البلد لا بما اشار اليه من هذه الدراهم التي لا تروج وان كانت يقبلها البعض ويردها البعض فهي في حكم الزيوف والنهرجة فيتعلق البيع بجنسها كما هو في الرائجة لكن يشترط ان يعلم البائع خاصة ذلك من امرها لانه رضي بذلك وادرج نفسه في البعض الذي يقبلونها وان كان البائع لا يعلم لا يتعلق العقد على الاروج وان استوت في الرواج جرى التفصيل الذي اسلفناه في اول كتاب البيع وتعيين المصالحيا دساهل ومن احكام هذه الدراهم التي غلب غشها انها لو اشترى سلعة بها فكسدت الى قبل قبضها بطل البيع عند ابي حنيفة رح فان كان البيع قائما يسترد وان كان مستهلكا او بالكا رجع البائع عليه بقيمته ان كان قيميا او بمثله ان كان مثليا وان لم يكن مقبوضا فلا حكم لهذا البيع اصلا وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي والائمة بعدهم ثم اختلفوا فقال ابو يوسف عليه قيمتها يوم البيع قال في الذخيرة وعليه الفتوى لانه مضمون به اي بالبيع وهو نظير قوله في المغصوب اذا هلك ان عليه قيمته يوم الغصب لانه يوم تحقق السبب وقال محمد عليه آخر

قال ويجوز البيع بالفلوس لانه مال معلوم فان كانت نافقة جاز البيع بها وان لم تعين لانها اثمان باصطلاح وان كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وهو نظير الاختلاف الذي

بانتقال الناس بها وهو يوم الانقطاع لانه اوان الانتقال الى القيمة وفي المحيط والتتمة والحقائق يفتى برنقانا بالناس لهما ان البيع قد صح بالاجماع الا انه تعذر ايراد التسليم اي تسليم الثمن لانعدام التعيين بالكساد والضمير ضمير الشان وانه اي الكساد لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب ثمنا يانعا فانقطع في اوانه بان لا يوجد في الاسواق لا يبطل اتفاقا ويجب القيمة او ينتظر الى زمان الرطب بان يوجد في السنة الثانية وكذا هنا وللامام ان الثمن يهلك بالكساد لان مالية الفلوس والدراهم الغالبة الغش بالاصطلاح لا بالخلقة وما بقي الا الاصطلاح بل انتفى فانتفى التعيين فبقي مبيعا بلا ثمن بخلاف النقدين فان مالية هما بالخلقة ولا بالاصطلاح كما لو كانت الجودة في جيدة فذهب الجودة لا يقال فلتصر مبيعة اذ انتفت ثمنيتها لانا نقول تصير مبيعة في الذمة والبيع في الذمة لا يجوز الا في السلم واعترض في بعض الحواشي بان انتفاء ثمنيتها يوجب ان تصير مبيعا مقايضة فلا يستلزم كونه دينا ولا يبطل بعدم القبض قبل الافتراق على ما قدمنا من ثبوت التعيين في البدلين بمجرد العقد فلا يلزم الافتراق عن دين من الاثمان يجيب نظرا الى ان صورة المسئلة انه باع بدراهم كذا وكذا غلب غشها وهذا لا يوجب وليس في صورة المسئلة احضر الدراهم واشار اليها بعينها بل باع بها على نمط ما يباع بالاثمان وهذا لان الغرض ان البيع وقع حال رواجها اثمانا واثمانا كسدت بعد ما بعد القبض فلم يتبين هذا المعترض لصورة المسئلة فلم ثبت لزوم كونه بيعا بلا ثمن وشرط في العيون ان يكون الكساد في سائر البلاد ولو كسدت في بعض البلاد دون البعض لا يبطل عند ابي حنيفة رح لانها لم تهلك ليصير البيع بلا ثمن ولكن تعيبت فيكون للمشتري بالخيار ان شاء اخذ مثل النقد الذي وقع عليه البيع وان شاء اخذ قيمته دنانير قالوا وما ذكر في العيون على قول محمد واما على قولهما فلا وينبغي ان ينتفي البيع بالكساد في تلك البلدة التي وقع فيها البيع بناء على اختلافهم في بيع الفلس بالفلس عنده بما يجوز باعتبار الاصطلاح بعض الناس وعند محمد لا يجوز باعتبار الاصطلاح الكل فالكساد يجب ان يكون على هذا القياس ايضا وما ذكرناه في الكساد ومثله في الانقطاع والفلوس النافقة اذا كسدت كذلك هذا اذا كسدت او انقطعت قبل ان تقبض ولكن نقصت قيمتها قبل القبض فالبيع على حاله بالاجماع ولا تخيير للبائع وعكسه لو غلت قيمتها وازدادت فكذلك البيع على حاله ولا تخيير للمشتري ويطالب بالف نه لك المعيار الذي كان وقت البيع والجواب عن البيع بالرطب ان الرطب مرجو الوصول في العام الثاني غالبا فكان له مرتبة تغلب ظن وجوده وعندهما بخلاف الكساد فانه ليس له مرتبة محققة الوجود في زمن خاص يرجى فيها بل الظاهر عدم العود لان الاصل في غالية الغش الكساد وعدم الثمنية والشيء اذا رجع الى اصله فلما يتقبل عنه وفي الخلاصة عن الحيط ولو ان باع متاع الغير بدراهم مغلوبة غاشة فانكسدت قبل ان يدفعها الى صاحب المتاع لا يفسد البيع لان حق القبض له قوله ويجوز البيع بالفلوس لانها نوع من انواع المال فان كانت نافقة جاز البيع وان لم تعين بل لو عينت لا تتعين وللمقاد ان يدفع غيرها عين لانها اثمان كالدراهم حتى لو هلكت قبل القبض لا ينفسخ العقد ويجوز ولو استبدل بها جاز ولو باع فلسا بفلسين باعيانها جاز كما يجوز على ما سلف في باب الربوا ولو باع فلسا بغير عينه بفلسين باعيانها لا يجوز لان الفلوس الرائجة امثال متساوية وضفا لاصطلاح الناس على سقوط قيمة الجودة فيكون ربوا وان كانت كاسدة فهي مبيعة لا يصح العقد عليها ما لم تعين فاذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت قبل القبض بطل البيع عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وهو نظير الاختلاف الذي بيناه في الدراهم الغالبة الغش يبطل البيع عندنا عندهما ثم تجب قيمتها يوم البيع عند ابي يوسف وعند محمد يوم الانقطاع هذا ذكر الاختلاف والذي في الاصل وشرح الطحاوي والاسرار البطلان من غير ذكر خلاف زفر استدل بما تقدم من انقطاع رطب المشتري به واباق العبد المبيع قبل التسليم وتخمر العصير المشتري قبل التسليم لا يبطل العقد فيها وأجيب بما تقدم في الرطب واما العبد فما لكيته لم تبطل بالاباق

ولو استقرض فلوسا نافقة فكسدت عند ابي حنيفة رح يجب عليه مثلها لانه اعارة وموجبه رد العين معنى والقيمة فضل فيه اذا القرض لا يختص به وعندهما يجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر رد ذاتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند ابي يوسف رح يوم القبض وعند محمد رح يوم الكساد على ما مر من قبل واصل الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع وقول محمد رح انظر للجانبين وقول ابي يوسف رح ابسر

قال ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس وكذا اذا قال بدانق فلوس او بقيراط فلوس جاز وقال زفر رح لا يجوز ان تعيين ذلك لانه اشترى بالفلوس وانها ثمن رابعا بالدانق ونصف الدرهم فلا بد من بيان عددها ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم متعارف فيصير كما لو سمى العدد وكذا لو قال بدرهم فلوس او بدينار فلوس وكذلك عند ابي يوسف رح لان ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس وعن محمد رح انه لا يجوز بالدرهم ويجوز فيما دون الدرهم لان في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول ابي يوسف رح اصح لا سيما في ديارنا

بل هو الى باق حيث هو وانما عرض العجز عن التسليم وكذا بالخمر لم يزل عن ملك المالك بل عجز عن تسليم شئ عند تخلف الكساد والهلاك التحق به الا ان الذي يقتضيه النظر ثبوت الخلاف كما ذكر القدوري اذ لا فرق بين كساد المنشوشة وكساد الفلوس اذ كل منهما سالمة بحسب الاصل ثمن بالاصطلاح فان غالبة النش الحكم فيها للغالب وهو النحاس مثلا فلو لم نمض على الخلاف بالفلوس وجب الحكم به في شرح الطحاوي ولو اشترى بمائة فلس بدرهم وقبض الفلوس والدراهم ثم افترقا جاز البيع لانهما افترقا عن عين بدين وقد قدمناه فان كسدت الفلوس بعد ذلك فانه ينظر ان كان الفلس هو المقبوض لا يبطل البيع لان كسادها كهلاكها وهلاك المعقود عليه بعد القبض لا يبطل البيع وان كان الفلس غير مقبوض بطل البيع استحسانا لان كساد الفلوس كهلاكها وهلاك المعقود عليه قبل القبض يبطل العقد والقياس ان لا يبطل لانه قادر على ادراك ما وقع العقد عليه وقال بعض مشائخنا انما يبطل العقد اذا اختار المشتري ابطاله فنحن لان كسادها كبيعه فيها والمعقود عليه اذا حدث عيب قبل القبض يثبت للمشتري فيه الخيار والاول اظهر ولو نقد الدراهم وقبض نصف الفلوس ثم كسدت الفلوس قبل ان يقبض النصف الآخر بطل البيع في نصفها ولو ان ستة ونصف ثمن الدرهم وعلى هذا لو اشترى فاكهة او شيئا بعينه بفلوس ثم كسدت وقد قبض المبيع عليه ان يرد المبيع ان كان قائما او القيمة او مثله ان كان مكيلا او موزونا هذا ما ذكرنا الا ان ابا يوسف قال في هذا ان عليه قيمة الفلوس ولا يفسد البيع والفرق بين هذا وبين المسئلة الاولى وهو انه اذا باع الفلوس بدراهم لان هناك لو اوجبنا رد قيمة الفلوس يتمكن فيه الربوا وههنا لا يتمكن وفي المسئلتين جميعا اذا لم تكسد الفلوس غير انه ان قيمته فخلت او خصت لا يبطل البيع وعليه ان يدفع العدد الذي عينه منها قوله ولو استقرض فلوسا فكسدت عند ابي حنيفة رح يرد مثلها عددا اتفقت الروايات عنه هذا اذا استقرض دراهم غالبة النش فقال ابو يوسف في قياس قول ابي حنيفة عليه مثلها وليست رويت ذلك عنه ولكن الرواية في الفلوس اذا اقرضها ثم كسدت وقال ابو يوسف عليه قيمتها من الذهب يوم القرض في الفلوس والدراهم وقال محمد عليه قيمتها في آخر وقت نفاقها وجه قوله ان القرض اعارة وموجب اي موجب عقد الاعارة رد العين اذ لو كان استهلاكا حقيقة موجبا رد المثل استلزم الربوا بالشبهة فكان موجبا رد العين الا ان ما تضمنه هذا العقد لما كان تمليك المنفعة بالاستهلاك لامع بقاء العين لزم تضمنه لتمليك العين والقرض كذلك برد العين معنى وذلك برد المثل ولذا تجب المغصوب منه على قبول المثل اذا اتى به الغاصب في غصب المثلي بلا انقطاع حتى ان موجب الغصب رد العين وذلك حاصل بالكساد والثمنية فضل في القرض غير لازم فيه وكذا يجوز استقراضها بعد الكساد ولذا يجوز استقراض كل مثلي عددي متقارب والثمنية ولما انه لما بطل وصف الثمنية تعذر رد ذاتها كما قبضها فيجب رد قيمتها وهذا لان القبض وصف الثمنية لا يقتضي سقوط اعتبارها اذا كان القبض قرضا موصوفا بها لان الاوصاف معتبرة في الديون لانها تعرف بها بخلاف الاعيان المشار اليها وصفها لغو لانها تعرف بذواتها وتاخير دليلها بحسب عادة المصر ظاهر في اختياره قولها ثم اصل الاختلاف في وجوب الضمان اختلافهما فيمن غصب مثليا فانقطع وجبت القيمة عند ابي يوسف يوم الغصب وعند محمد يوم القضاء وقوله هما انظر للمقرض من قول ابي حنيفة رح لان في رد المثل اضرارا به ثم قول ابي يوسف انظر له ايضا من قول محمد لان قيمته يوم القبض اكثر من قيمته يوم الانقطاع فكان قول محمد انظر للمستقرض وقول ابي يوسف ايسر لان قيمته يوم القبض معلومة ظاهرة لا تختلف فيها بخلاف ضبطه وقت الانقطاع فانه عسير فكان قول ابي يوسف ايسر في ذلك **قوله** ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس فاكهة او غيرها بان قال مثلا لبائع سلعة اشتريتها منك بنصف درهم فلوس

قال ومن اعطى صيرفيا درهما وقال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الاجنبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لان بيع نصف درهم بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف الاجنبة ربوا فلا يجوز وعلى قياس قول ابي حنيفة رح يبطل في الكل لان الصفقة متحدة والفساد قوي وتشيع وقد مر نظيره ولو كرر لفظ الاعطاء كان جوابه كجوابهما هو الصحيح لانهما بيعان ولو قال اعطني نصف درهم فلوسا ونصفا الاجنبة جاز لانه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم الاجنبة فيكون نصف درهم الاجنبة بمثله وما وراءه بازاء الفلوس قال رضي الله عنه وفي اكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية

فتقال بتلك النقد موجبا للدفع ما يباع من الفلوس بنصف درهم فضة وكذا اذا قال بدانق من الفلوس وهو سدس درهم او بقيراط وهو نصف السبع وقال زفر رح لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وهي تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم فلا بد من بيان عددها والا فالثمن مجهول لان العقد وقع على الدانق والدرهم ثم شرط ايفاءه من الفلوس وهو صفقة في صفقة فان المعنى اذا شرط ان يعطي بنصف الدرهم الذي هو الثمن فلوسا وهو ان يبيعه بالدانق فلوسا ونحن نقول ان ما يباع بالدانق وما ذكر ما من الفلوس معلوم وهو المراد بقوله بنصف درهم فلوس لانه لما ذكر نصف الدرهم ثم وصفه بانه فلوس وهو لا يمكن عرف ان المراد بما يباع به من الفلوس وهو معلوم عند الناس فاغنى عن ذكر العدد بخصوصه واذا صار كناية بما يباع بنصف وربع درهم لم يلزم جهالة الثمن ولا صفقة في صفقة لان الثمن ح من الابتداء ما يباع من الفلوس بنصف درهم ولو قال بدرهم فلوس او درهمين فسد عند ابي حنيفة رح وعند محمد لا يجوز الا فيما دون الدرهم لان المبايعة في العادة في الفلوس فيما دون الدرهم فيصير معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول ابي يوسف صح لاسيما في ديارنا اي المدن التي وراء النهر فانهم يشترون الفلوس بالدراهم ولان المدار هو العلم بما يباع بالدرهم من الفلوس مع وجوب الحمل عليه تصحيحا للعلم بانه المراد ولا فرق في ذلك بين ما دون الدرهم والدراهم فضلا عن الدرهم ولم يذكر في المبسوط خلاف محمد والمذكور في خلافه خلاف ظاهر الرواية عنه وفي بعض النسخ سيما بغير لا وهو استعمال لم يثبت في كلام من يحتج بكلامه في اللغة وفي بعضها على الصواب قوله ومن اعطى صيرفيا درهما فقال اعطني بنصفه واربعة واربعة اسباعه فلوسا وبنصفه نصفا الاجنبة وعلى رواية ان يقول وثلاثة اسباعه اربعة ثلاثة ارباع درهم الاجنبة وقس الباقي جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي من النصف الآخر والثلاثة الارباع وباقي الصور لان بيع نصف الدرهم بالفلوس جائز وبيع نصف درهم بنصف درهم الاجنبة ربوا فلا يجوز وعلى قياس قول ابي حنيفة رح يبطل في الكل لان الصفقة متحدة والفساد قوي مقارن للعقد فيشيع وقد مر نظيره يعني في باب البيع الفاسد في مسئلة الجمع بين العبد والحر اذا لم يفصل الثمن يشيع الفساد اتفاقا واذا فصل لا يشيع عندهما وعنده يشيع ولو كرر لفظ الاعطاء بان قال اعطني بنصفه فلوسا واعطني بنصفه نصفا الاجنبة كان جوابه كجوابهما في ان الفساد يخص بالنصف الآخر لانهما بيعان لتعدد الصفقة وهذا هو المختار خلافا لما حكي عن الشيخ ابي جعفر وشيخ الاسلام والمظفر انه لا يجوز وان كرر لفظ الاعطاء لان تعدد الصفقة عنده بتعدد البيع وهم الايجاب ولفظ اعطني مساومة واذا كان قوله يعني بمنزلة اليمين ايجابا حتى لو قال بعت لا ينعقد ما لم يقل الاول قبلت فاعطني وليس من مادة البيع اولى ح لم يتعدد البيع فيشيع الفساد على قوله كالصورة الاولى وجه المختار ان ذلك صار معلوم المراد انه ايجاب وعلى هذا فلو تعورف في معنى مسئلة الكتاب ايضا الا انهم لم يتذكروه او ان الكلام فيما اذا وقع اليه المخاطب قبل الافتراق فانه يجعل بيعا في النصفين بالمعاطاة فيهما والله اعلم ولو قال حسين دفع اليه الدرهم الكبير اعطني نصف درهم فلوس ونصف الاجنبة جاز فيما لانه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم الاجنبة فيجوز بان يكون نصف درهم الاجنبة بمثله وما وراءه بازاء الفلوس نعم قد يقال لما كان قوله نصف درهم فلوس معناه ما يباع كان الحاصل اعطني بهذا الدرهم ما يباع من الفلوس بنصف درهم ونصف درهم الاجنبة وما يباع بنصف درهم معلوم انه يخص نصف الدرهم فصار كالاول كانه قال اعطني بنصفه نصف درهم فلوس وجوابه ان موجب التحري للتصحيح ان المعنى على ذلك التقدير اعطني بهذا الدرهم نصف درهم الاجنبة وما يباع بنصف درهم فلوس وهذا يفيد انه انما اشترى ما يباع من الفلوس بنصف درهم وجبة وما يباع من الفلوس بنصف الاجنبة بمثله قال المصرح وفي اكثر نسخ المختصر يعني القدوري ذكر المسئلة الثانية ولم يذكر الاولى ولذا قال شارحه وهو غلط من الناسخ قلت وقع تقدم بعضها

كتاب الكفالة

قال الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا

في ضمن التعليل فرجا فيفصل عنها مصارفا جنسا بجنسين متساويا فراد احدهما او حط شيئا وقيل الآخر الحق باصل العقد وبطل العقد وقال ابو يوسف لا يلتحق فيهما لا يبطل وقال محمد يصح الحط فقط ويحمل به مبتدأة ولو تصارفا بغير الجنس فزاد او حط جاز بعدم اشتراط المماثلة غير ان الزيادة يجب قبضها في مجلس الزيادة لانه ثمن الصرف وعند من لا تلحق الزيادة باصل العقد كالشافعي رح واحمد لا يشترط لانها هبة ابتداء حقيقة ولو افترقا لا عن قبضها بطل حصتها من الثمن البدل الآخر كما لو باع الكل ثم فسد في البعض لعدم القبض والحط جائز سواء كان قبل التفرق او بعده وبيرد الذي حط احدهما ان كان الحط في احد شطري ذهب فهو شريك في الدينار مثلا لان في تبعيضه ضررا وكل مال ربوي لم يجز بيعه مرابحة ولا مواضعة او اشتراه بجنسه ويجوز بخلاف جنسه ولو اشترى مصوغا من فضة بفضة او من ذهب بذهب وتقابضا فوجده المشتري معيبا له ان يرده بالعيب فان رده بقضاء او لا باس به ان لم يقبض الثمن من البائع في مجلس الرد لانه فسخ وبغير قضاء ويشترط القبض في مجلس الرد فان قبض صح الرد والا بطل وعاد البيع الاول لانه بيع في حق الشرع فان تعذر الرد بان هلك في يده او حدث به عيب آخر رجع بارش العيب ان كان الثمن ذهبا لتعذر الفسخ وان كان فضة لا يرجع لانه يؤدي الى الربوا فان قبله البائع بعيبه له ذلك والخيار للمشتري بعد ما اشترى دينارا بدرهم ودينارا بدرهم ودينارا لهذا اولا ودرهما للآخر ثم اقتضاهما وتقابضا قبل التفرق جاز وفي المكيل لا يجوز عن ابي حنيفة رح اشترى فلوسا بدراهم ولا فلوس ولا دراهم لهما ثم نقض احدهما وتفرقا جاز ولو كان ثمن الفلوس دينارا لم يجز وتقدم معناه في التقسيم الطحاوي اشترى سيفا حليته مائة درهم فضة بمائتي درهم ثم علم ان حليته مائتا درهم قبل التفرق فان شاء زاد في الثمن مائة اخرى وان شاء فسخ والمائة ليست بشرط بل يزيد شيئا يتمحض المالان للحيلة ولو علم بعد التقابض والتفرق بطل العقد في الكل ولو كان في لك في ابريق فضة بطل العقد في نصفها بقدر ما يقع بالله التوفيق

كتاب الكفالة

اورد الكفالة عقيب البيوع لانها غالبا يكون تحققها في الوجود عقيب البيع فانه قد لا يطيب البائع الى المشتري فيحتاج الى من يكفل بالثمن او لا يطيب الثمن المشتري الى البائع فيحتاج الى من يكفله في البيع وذلك في السلم فلما كان تحققها في الوجود غالبا بعدها اورد ها في التعليم بعدها لما منا سبة خاصة بالتصرف وهي انها تصير بالآخرة معاوضة مما ثبت في الذمة من الاثمان وذلك عند الرجوع الى المكفول عنه ثم لزم تقديم الصرف لانه من ابواب البيع السابق على الكفالة فظهر ان الكفالة بعده ومحاسن الكفالة جليلة وربما تفرج كرب الطالب الخائف على ماله والمطلوب الخائف على نفسه حيث كفى هما مؤنة مع احيائهما وفرج جانبهما وذلك نعمة كبيرة عليهما وكذا كانت الكفالة من الافعال العالية حتى امتن الله تعالى بها حيث قال وكفلها زكريا في قراءة التشديد يتضمن الامتنان على مريم ان جعل لها من يقوم بمصالحها ويقدم بها بان اباح لها ذلك وسمى نبيا بذي الكفل لما كفل جماعة من الانبياء الملك اراد قتلهم وسبب وجوبها تعلق الطالب على المطلوب مع قصد الخارج دفعه عنا تقربا الى الله تعالى او ازالة الاذى عن نفسه اذا كان المطلوب ممن يهمه امرهم وسبب شرعيتها وقوع الحاجة اليها لذكرناه آنفا ودليل وقوع شرعيتها قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم وقوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن والاجماع وشرطها في الكفيل كونه من اهل التبرع فلا كفالة من صبي ولا عبد محجور ولا مكاتب ولا بيع من المريض الا من الثلث وفي الدين ليكون صحيحا فاكفالة في بدل الكتابة لا تصح دينا صحيحا اذ لا يلزم دين المولى على عبده ولزوم دين الكتابة بخلاف القياس ليصل العبد الى العتق وان يكون المقدور اداء المنجم مالية فقال المصنف سواء كان متعلقه عينا او معنى قال في المغرب تركيبه وال على الضم والتضمن ومنه كفل البعير كساويد ارحول سنامه كالحرة تركب عليه وكفل الشيطان مركبته واما في الشرع فما اشار اليه المصنف بقوله ثم قيل هي ضم ذمته الى ذمته في المطالبة وقيل في الدين قال والاول اصح فلا يثبت

ثم قيل هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وقيل في الدين كالاول

في ذمة الكفيل خلافا للشافعي ومالك وأحمد في رواية فتثبت الدين في ذمة الكفيل ولا يسقط من الاصيل ولم يرجح في المبسوط احد القولين على الآخر ويخير المكفول له من لزوم صيرورة الالف الواحد الفين كما ذكره بعض الشارحين قال في المبسوط وليس من ضرورة ثبوت المال في ذمة الكفيل مع بقائه في ذمة الاصيل ما يوجب زيادة حق الطالب لان الدين وان ثبت في ذمة الكفيل فالاستيفاء لا يكون الا من احدهما كالغاصب مع غاصب الغاصب فان كلا ضامن للعين ولكن حق المالك الا في قيمة واحدة لانه لا يستوفي الا من احدهما واختيار تضمين احدهما يوجب براءة الآخر فكذا ههنا كزيد باختياره تضمين بائع من لا جر وحقيقته اختياره لا براءة احدهما ويجبر وذلك لا يبرأ الآخر وما يدل على ثبوت الدين في ذمة الكفيل انه لو وهب الدين للكفيل صح ويرجع الكفيل على الاصيل مع ان هبة الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وكذا لو اشترى من الكفيل بالدين شيئا يصح مع الشتري بالدين من غير من عليه الدين لا يجوز والحاصل ان ثبوت الدين في الذمة اعتبار من الاعتبارات الشرعية فيجاز ان يعتبر الشيء الواحد في ذمتين انما يمتنع ثبوت غير في زمن واحد في طرفين حقيقيين ولكن المختار ما ذكرنا انه في مجرد المطالبة لا الدين لان اعتباره في الذمتين وان امكن شرعا لا يجب الحكم بوقوع كل ممكن الا بموجب ولا موجب لان التوثق يحصل بالمطالبة وهو لا يستلزم ولا بد من ثبوت اعتبار الدين في الذمة كالوكيل بالشراء يطالب بالثمن وهو في ذمة الموكل واما الجواب عن تسليم الهبة والدين فانا اجبناه في حكم الدينين تصحيحا للتصرف صاحب الحق وذلك عند وقوعه بالفضل وقبله لا ضرورة فلا داعي الى ذلك ولا يخفى ان بالنقل عن قول ابي حنيفة ان الدين يقضى ان الدينين يكونان في ذمة الكفيل ابتدا كما هو في ذمة الاصيل انما يفعل الاداء يجب عليه ثم الوجه ان يطلق المطالبة من غير تقييد بالدين فان الكفالة كما تكون بالدين تكون بالاعيان المضمونة بنفسها وهو ما يجب تسليمه بعينه فان هلك ضمن مثله ان كان له مثل وقيمته ان لم يكن له مثل كالمغصوب والمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء تصح الكفالة بها يجب تسليمها واذا هلك يجب تسليم قيمته اذ ثبت بالبينة او بالاقرار والاعيان المضمونة بغيرها وهي الاعيان الواجبة التسليم قائمة وعندها لا كها لا يجب تسليم مثلها ولا يتجاوز هو المبيع قبل القبض يضمن بالثمن وكالرهن يضمن بالدين ولو هلك لا يجب على الكفيل قيمتها واما الاعيان الواجبة التسليم وهي اما امانة كالعارية والمستأجر في يد المستأجر تصح الكفالة بها حتى لو هلك لا يجب على الكفيل قيمته بخلاف الاعيان الغير الواجبة التسليم كالوديعة ومال المضاربة وشركة لا تصح الكفالة بها اصلا واما كونها فالايجاب والقبول بالالفاظ الآتية ولم يجعل ابو يوسف في قوله الاخير القبول ركنا فجعل الكفالة تتم بالكفيل وحده في الكفالة بالمال والنفس وهو قول مالك واحمد وقول الشافعي واختلفوا في قول ابي يوسف فقيل ان الكفالة تصح من الواحد وحده وهو قول على اجازة الطالب او يصح نافذا وللطالب حق الرد وفائدة الاختلاف انما تظهر فيما اذا مات المكفول له قبل القبول من يقول بالتوقف لا يقول الا بوقف الكفيل واما حكمها فثبوت حق المطالبة من الكفيل متى شاء سواء تعذر عليه مطالبة الاصيل او لا في رواية عن مالك لا يطالب الا اذا تعذر ذلك وقال ابن ابي ليلى وابن شبرمة وداود وابو ثور ينتقل الحق الى ذمة الكفيل فلا يملك مطالبة الاصيل اصلا كما في الحوالة وما ذكرنا في المنظومة من نسبة ذلك الى مالك مخالف لما في مشاهير كتب اصحابنا احتج اصحابنا بما روى ابو سعيد الخدري ان النبي صلى الله عليه وسلم جنازة فقال هل على صاحبكم دين فقالوا نعم ثلاثة دنانير فقال صلوا على صاحبكم فقال علي هي علي يا رسول الله فصلى عليه ثم اقبل على علي فقال جزاك الله خيرا وفك رهنك كما فككت رهان اخيك فقيل يا رسول الله خاصة ام للناس كافة فقال للناس كافة فدل على ان المضمون عنه بريء من الضمان وبالحديث قوله صلى الله عليه وسلم نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه وقوله في حديث ابي قتادة الآن بردت جلدته وعلمته صلى الله عليه وسلم على المضمون عنه

قال الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول به وقال الشافعي رح لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة له على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله عليه السلام الزعيم غارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها ولانه يقدر على تسليمه بطريقه بان يعلم الطالب مكانه فيخلى بينه وبينه او يستعين بأعوان القاضي في ذلك والحاجة ماسة اليه وقد امكن تحقيق معنى الكفالة فيه وهو الضم في المطالبة **قال** وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان او برقبته او رأسه او شعره او بجسده او بوجهه لان هذه الالفاظ يعبر بها عن البدن اما حقيقة او على ما مر في الطلاق وكذا اذا قال بنصفه او بثلثه او بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بها عن البدن حتى لا يصح اضافة الطلاق اليها كما تقدم وعهدته كذا اذا قال شعره لانه تعبير بوجه او قال هو علي لانه صيغة الالتزام او قال الى لا نعي معنى على في هذا المقام قال عليه السلام ومن ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا او عيالا فالي وكذا اذا قال انا زعيم به او قبيل لان الزعامة هي الكفالة وقد تجيء بمعنى القبيل والقبيل هو الكفيل ولهذا سمي الملك قبالة بخلاف ما اذا قال انا ضامن معرفته لانه التزم المعرفة دون المطالبة

لانه بالضمان صار وفاء وانما امتنع عن الصلوة على مديون لم يخلف وفاء وقوله فكك اسرها نك لانه كان يجال لا يصلي عليه فلما ضمن عنه فكه عن ذلك ولا يخفى انه لم يقع الجواب بعد فان الدليل يتم بصلوته عقيب ضمان على ان يدل على ان الضمان تم بذلك **قوله** قال اي القدوري الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال ويدخل في الكفالة بالمال الكفالة بالاعيان التي ذكرناها والكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول ثم نقل عن الشافعي ان الكفالة بالنفس لا تجوز وهو قول له مخالف للقول الاظهر عندهم وهو انها جائزة كقولنا واستدل لقوله المصنف بانه التزام ما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة له على نفس المكفول به فكان كبيع الطير في الهواء وهذا لانه حر لا ينقاد له ولاية عليه خصوصا اذا كفل بغير امره وكذا بامره لان امره بكفالته لا يثبت له ولاية عليه وصار كالكفالة ببدن الشاهدين واستدل للمذهب بما اخرجه من قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم باعتبار عمومه وقوله بنوعيه اي نوع عقد الكفالة واعترض بانه مخصص بالزعيم في المال من نفس الحديث حيث قال غارم والكفيل بالنفس لا غرم عليه للمال واجيب بان الغرم لا يختص بالمال بل الغرم اذا لزم هو ما يتضرر والغرم اللازم ذكره في الجمل والكفيل بالنفس يلزمه الاحضار وقد يثبت بالقياس على كفالة المال وهو ما اشار اليه المصنف بقوله والحاجة ماسة وقد امكن تحقيق معنى الكفالة وحاصله الحاقه بجامع عموم الحاجة اليها احياء للحقوق مع الايجاب والقبول والشرائط وما ظن من انتفاء الشرط بانتفاء القدرة على تسليمه ممنوع لان الظاهر انه ينقاد اذا كان بامره وان كان بلا امره يمكنه احضاره بالاستعانة باعوان الحاكم وابطل بعضهم قوله لا يقدر على نفس المكفول به بانه مبني على عدم جواز الكفالة فلا يصح دليلا ولا يخفى ان ليس المراد بالقدرة المنفية القدرة الشرعية ليكون مبنيا على عدم جواز الكفالة فيلزم الدور لتقليل تامل وروي انه صلى الله عليه وسلم كفل رجلا في تهمة وكان بين علي وعمر رضي الله عنهما خصومة فكفلت ام كلثوم بنفس علي واعترض بالمناقضة في الحدود والقصاص فان الكفالة بالنفس فيها لا تصح وان كان تسليم النفس واجبا كتسليمها للجواب والجواب بمنع عدم صحتها مطلقا بل المنصوص في الاصل صحة الكفالة بنفس من عليه حد القذف والسرقة والقصاص في النفس وما دون النفس ووجهه انها من حقوق العباد من وجه في بعضها ومن كل وجه في بعضها واما حد الزنا والشرب فعدم صحة الكفالة للزوم الستر فان الحد يحتال في درئه وصحة الكفالة للاستيثاق والاحتيال للاستيفاء فقام المانع فيهما واما الجبر على اعطاء الكفيل فيما تقضي الحدود بالاجماع وفي القصاص كذلك عند ابي حنيفة خلافا لهما واما عدم صحة الكفالة بنفس الشاهد ليؤدي فلان الكفالة للافيد لان الشاهد عند مطالبة الطالب بالاداء اما ان يجيب ويضيع او لا ففي الاول لا حاجة الى الكفالة وفي الثاني يلزم فسقه فلا تقبل شهادته ولو احضره الكفيل بخلاف ما نحن فيه **قوله** وتنعقد اذا قال تكفلت الخ شروع في ذكر الالفاظ التي تثبت بها الكفالة وهي صريح وكناية فالصريح كفلت وضمنت وزعيم وقبيل وحميل وعلي وإلي وذلك عندي هذا الرجل علي ان او انا بمكبه او على ان ابقاكبه او وجهه الى وحميل بالمهملة مثل كفيل به يقال حمل به حمالة بفتح العين في الماضي وكسرها في المضارع ويروى في الفائق الجميل ضمانا من غرامة القبيل فهو اليضا بمعنى الكفيل ويقال قبل به قبالة بفتحها في الماضي وضمها وكسرها في المضارع وهذه الالفاظ توجب لزوم موجب الكفالة اذا اضيفت الى جملة البدن او ما يعبر به عن الجملة حقيقة في اللغة والعرف وما لا فلا على وزان الطلاق على ما مر مثل كفلت او انا حميل او زعيم بنفسه او برقبته او رأسه او وجهه او بدنه او جثته لان هذه يعبر بها حقيقة كالنفس والجسد والبدن وعرفا ولغة مجازا كعهدته اسن وتحرير رقبته وتقدم في الطلاق ولم يذكر محمد رح ما اذا كفل بعينه قال البلخي رح لا يصح كما في الطلاق الا ان ينوي به البدن والذي يجيب ان يصح في الكفالة

قال فان مات المكفول به فى وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه فى ذلك الوقت وقتما الزمه فان احضره والا حبسه الحاكم لامتناعه
عن حق حتى يسلم نفسه او يموت لعلمه مادرى لعله ادى او غاب المكفول بنفسه فتحمله الحاكم مؤنة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضر حبسه
لتحقق امتناعه عن ايفاء الحق قال وكل من ارتد والعياذ بالله وتحول الى دار الحرب وهو لا يمنعه عاجزة فى المرة
فنظرة كالدين عروضا سلمه قبل ذلك يرى لان الاجل حقه فيملك اسقاطه كما فى الدين المؤجل

والطلاق اذ العين مما يعبر عن الكل يقال عين القوم وهو عين فى الناس ولعله لم يكن معروفا فى زمانهم اما فى زماننا فلا شك فى ذلك بخلاف ما لو قال
بدنه او رجله وبيانى فى ذوقه كما تقدم فى الطلاق وكذا اذا اضاف الى جزء شائع منه كثلث نصفه او ثلثه اذ جزء منه لان النفس الواحدة
فى حق الكفالة لا تتجزى وذكر بعضها شائعا كذكر كلها وجه نصت بانه تصريح بموجب لان موجب الكفالة لزوم الضمان فى المال فى اكثر الصور
على صيغة التزام والى فى معناه قال صلى الله عليه وسلم من ترك كلا اى عيالا فالى لان العطف تقتضى المغايرة وقوله وقدر وبيانه التقرير فى بعض النسخ
وفى بعضها الحديث يريد قوله صلى الله عليه وسلم انا زعيم غارم فى الصحيحين عن ابى هريرة رضى عن النبى صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ومن ترك
كلا فالينا اخرجه ابو داود والنسائى وابن ماجه عن المقدام بن معدى كرب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ترك كلا فالى ومن ترك مالا
فلورثته وانا وارث من لا وارث له اعقل عنه وارثه ويحال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه رواه ابن حبان فى صحيحه وفى لفظ لابى داود
وانا اولى بكل مؤمن من نفسه فمن ترك دينا او ضيعة فالى بخلاف ما لو قال انا ضامن لمعرفته لانثبت به الكفالة لانه التزم المعرفة دون المطالبة
وكذا بمعرفته وكذا انا ضامن لك على ان اوقعك عليه او على انا اوكلك عليه او على منزله ولو قال ضامن لمعرفته او على التعريف وفيه
اختلاف المشائخ والوجه ان لا يلزم لانه مصدر مستعد الى اثنين فقد التزم ان يعرفه الغريم بخلاف معرفته فانه لا يقتضى الا معرفة الكفيل للمطلوب بعين نصير
قال سال ابن محمد بن الحسن ابا سليمان الجرجانى عن رجل قال لآخر انا ضامن لمعرفتك فلان قال ابو سليمان انا فى قول ابى حنيفة رحمه الله لا يلزمه
شىء وانا ابو يوسف قال هذا على معاملة الناس وعرفهم قال الفقيه ابو الليث فى النوازل هذا القول عن ابى يوسف غير مشهور والظاهر ما عن ابى حنيفة
ومحمد فى خزانة الواقعات وبه يفتى اى بظاهر الرواية لكن نص فى المنتقى ان فى قول ابى يوسف نعمن قال انا ضامن لك بمعرفة فلان يلزمه وعلى هذا
معاملة الناس وفى فتاوى النسفى لو قال الدين الذى لك على فلان انا ادفعه اليك او اسلمه اليك له ان يقبضه لا يكون كفالة ما لم يتكلم بما
يدل على الالتزام وفى الخلاصة عن متفرقات حاله قيده بما اذا قاله منجزا فلو معلقا يكون كفالة نحو ان لم يوفك فانا او وفى تنظره وفى النذر لو قال
انا احج لا يلزمه شىء ولو قال ان دخلت الدار فانا احج يلزمه الحج **قوله** فان شرط فى الكفالة اى بالنفس تسليم المكفول به فى وقت بعينه او يوم لزمه
احضاره فيه والا حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء حق مستحق عليه وهذا اذا لم يظهر عجزه عن احضاره فان ظهر لا يحبسه اذ لا فائدة فى حبسه كما اذا مات
المكفول به فان الكفالة تبطل فان غاب وعلم مكانه لا يطالب الكفيل للحال ويرجل الى مدة يمكنه الاحضار فيها فان لم يحضره ظهرت مماطلة الكفيل فيحبس الى ان
يظهر للقاضى تعذر الاحضار عليه بدلالة الحال او شهود بذلك فيخرج من الحبس وينتظر الى وقت القدرة كالاعتبار بالدين واذا خرج لا يحول بينه وبين المكفول له
فيلازمه ولا يمنعه من اشغاله ولو لم يكن يعلم مكانه سقطت مطالبة الكفيل فلو قال للطالب يعرف مكانه وقال الكفيل لا اعرفه وان كانت له خرجة معروفة يخرج اليها
الى موضع معلوم للتجارة فالقول للطالب فيسمر الكفيل بالذهاب اليه لان الظاهر شاهد له وان لم يكن لذلك فالقول للكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل
وينكر لزوم المطالبة وقيل لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبس حتى يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه بالضمان فلا يصدق فى دعوى ما يسقطها فان
اقام الطالب بينة انه فى موضع كذا يؤمر الكفيل بالذهاب اليه وفى بعض النسخ قوله وكذا اذا ارتد ولحق بدار الحرب يعنى يمهله الحاكم مدة ذهابه الى دار الحرب
ان كان بينهما مواعدة فان لم يكن لا يؤخذ الكفيل للحال وان كان سوقا فهى حكمى فى قالة البيطار الاقرب اليه انا حقوق العباد فمتابعة على حالها ولم
فى المذهب بين المسافة البعيدة والقريبة وللشافعية فيها اذا كانت مسافة القصر وجهان احدهما لا يسقط المطلب كما هو ذا والثانى يسقط الحاق القريبة

قال واذا احضره وسلمه الى من يقبل الكفيل لنفسه جاز بخلاف ما اذا سلمه في مصر بري الكفيل من الكفالة لان بالتسليم يحصل المقصود وهو الاحضار لان المقصود بالكفالة التسليم لا البراءة واذا قبل على ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود وقد يكون ذلك اهون عليه لكثرة الاعوان هناك وان قيد بان سلمه في برية لم يبرأ لانه لا يقدر على الخاصمة فيها عادة فان حصل المقصود وكذا اذا سلمه في سواد لعدم قدرته على الخصم فيه وتسليمه في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه بري لعدم قدرته على الخاصمة فيه وعند زفر لا يبرأ لانه قد يكون متعذرا فيها عليه وسلمه في السجن قد يسير عليه الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على الخاصمة فيه **قال** واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة لانه عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل لانه ليس على تسليم المكفول نفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال وورثة المكفول له مخاصمون ان طالب الكفيل وان لم يكن لوارثه مقام مقامه **قال** ومن كفل بنفس آخر ولم يقل اذا دفعت اليك فانا بريء فدفعه اليه فهو بري لانه اذا دفع المطلوب فهو موجب التصرف يعني الكفالة ولا يحتاج في ثبوته الى التنصيص عليه فالملك موجب البيع فيثبت عنده من غير ان يشترط والتحقيق ان موجب الكفالة وجوب الدفع عند المطالبة وجوازه عند عدمها والبراءة يوجب الدفع فانما ثبت حكم متعلق موجب الكفالة فاذا وجد وجدت وقد وجد اذ قد فرض الدفع فثبتت من غير حاجة الى اشتراطها وقوله كما في قضاء الدين يعني اذا سلم المديون الدين للدائن ولا مانع من القبض برئ وان لم يقبضه كالغاصب اذا رد المغصوب

قوله واذا احضره وسلمه الى من يقبل الكفيل لنفسه على ان يحاصمه مثل ان يكون في مصر من الامصار بري الكفيل من الكفالة سواء قبله الطالب او لا كالمديون اذا اجاز بالدين فوضعه بين يدي الطالب وهذا لانه التزم التسليم بالكفالة لا البراءة وقد حصلت ثم الشرط عندهما ان يكون ذلك المصر او المصر الذي كفل فيه وعن ابي حنيفة ليس ذلك بشرط وهي المسألة الاخيرة من مسائل التسليم ووضعها هنا انسب وجه قوله انه ثبت بذلك قدرة المخاصمة في الجملة وهما يقولان المقصود من التكفيل بنفسه تحصيله في وقت يقدر فيه على مخاصمته وهذا لا يكون ظاهرا الا في مصره لان شهوده وظاهر فيه لا في غيره من الامصار فلا يفيد الكفيل فائدة التقييد وهو الاحوط وتوجيهها ارجح وفي الفتاوى القاضي اذا اخذ كفيلا من المدعى عليه بنفسه فان الكفيل اذا سلمه الى القاضي او الى رسوله بري وان سلم الى المدعي لا وهذا اذا لم يشترط الكفالة الى المدعي فان اضافه بان قال اكفل للمدعي فالجواب على العكس اما ان عين مجلس القاضي او المسجد الجامع فالمذهب انه اذا سلمه في السوق بري لان المقصود من الكفالة تحصيله بذلك وهو قدرة المخاصمة وحين اختلف الزمان رأى المشايخ انه لا يبرأ بذلك لان البراءة كانت باعتبار انه يقدر على البينة لكن المجلس القاضي لمعاونة الناس وغلبة الفسق الآن لا يقدرون او لا يفعلون ان قدروا وان كان التقييد مفيدا وقد روى ذلك عن ابي يوسف نصا وقال لان الناس لا يعينونه للاحضار قيل وينبغي ان يفتى بهذا ولو شرط تسليمه عند الامير فسلمه عند القاضي او عزل ذلك القاضي وولي غيره وذهب عند الثاني جاز في الخلاصة ولو سلمه في برية او سواد لا يبرأ اتفاقا ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على المحاكمة فيه وفي المنتقى رجل كفل بنفس محبوس ينبغي للقاضي ان يخرجه حتى يدفع الكفيل اليه ثم يعيده الى السجن مفهوم قوله وقد حبسه غير الطالب يدل عليه وفي العيون لو ضمن نفس رجل حبس المطلوب في السجن فاتى به الذي ضمنه الى مجلس القاضي فدفعه اليه قال محمد لا يبرأ لانه في السجن وتحت يمينه وهو في السجن يسير ولو خلى عن الحبس ثم حبس ثانيا فدفعه اليه وهو في الحبس الثاني ان كان الحبس الثاني من امور التجارة ونحوها صح الدفع وان كان في امر من امور السلطان لا يبرأ ولو حبس الطالب المطلوب ثم اخذ الطالب الكفيل فقال ادفعه الي فدفعه اليه وهو في الحبس قال محمد بري لتسليمه اليه وهو في حبسه ومفهوم قيد التقييد في قول المصنف وقد حبسه غير الطالب ولو قال المطلوب في السجن وقعت نفسي اليك عن كفالتك كان جائزا ايضا وبري الكفيل وفي الواقعات رجل كفل بنفس رجل وهو محبوس فلم يقدر ان يأتي به الكفيل لا يحبس الكفيل لانه عجز عن احضاره **قوله** واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة لانه عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل يعني يبرأ لانه لم يبق قادرا على تسليم المكفول نفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب الذي هو النفس بخلاف الكفيل بالمال اذا مات فانه يطالب بادائه ما كفل به لان ماله يصلح للوفاء بذلك فيطالب الوصي فان لم يكن فالوارث بقيامه مقام الميت ويرجع ورثة الكفيل على الاصيل اعني المكفول عنه ان كانت الكفالة بامره كما في الجيوة ولو كان الدين مؤجلا وبات الكفيل قبل الاجل يؤخذ من تركته حالا ولا يرجع ورثته على المكفول عنه الا بعد حلول الاجل لان الاجل باق في حق المكفول عنه لمال مؤجل لتعاجله اليه عن زفر لا يحل بموت الكفيل على الكفيل ايضا واما لو مات المكفول له فلا تسقط الكفالة بالنفس كما لا تسقط بالمال لان الكفيل موجود وعلى قدرته والوصي او الوارث يقوم مقام الميت في المطالبة فيطالبه بذلك **قوله** ومن كفل بنفس آخر ولم يقل اذا دفعته اليك فانا بريء فدفعه اليه فهو بري لانه اذا دفع المطلوب فهو موجب التصرف يعني الكفالة ولا يحتاج في ثبوته الى التنصيص عليه فالملك موجب البيع فيثبت عنده من غير ان يشترط والتحقيق ان موجب الكفالة وجوب الدفع عند المطالبة وجوازه عند عدمها والبراءة يوجب الدفع فانما ثبت حكم متعلق موجب الكفالة فاذا وجد وجدت وقد وجد اذ قد فرض الدفع فثبتت من غير حاجة الى اشتراطها وقوله كما في قضاء الدين يعني اذا سلم المديون الدين للدائن ولا مانع من القبض برئ وان لم يقبضه كالغاصب اذا رد المغصوب

وكو سلم المكفول به نفسه من كفالته صح لانه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع وكذا اذا سلمه اليه وكيل المكفول او رسوله لقيامهما مقامه
قال فان تكفل بنفسه على انه ان لم يوافك به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف فلم يحضره الى ذلك الوقت لزمه ما على المال لان الكفالة
بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا التعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرء عن الكفالة بالنفس لان وجوب المال عليه بالكفالة لا بالتي الكفالة
بنفسه اذ كل واحد منهما للتوثق وقال الشافعي رح لا تصح هذه الكفالة لانه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع وكذا به يشبه البيع ويشبهه النذر
من حيث انه التزام قلنا لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كطلوع الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة متعارف

على المالك سيرا مع انه جائز فهنا اولى والبائع اذا اسلم المبيع الى المشتري قال الفقيه ابو الليث انما ذكر هذا الدفع توهم انه يلزم الكفيل تسليمه مرة بعد مرة الى
ان يستوفي حقه لان الكفالة ما اريدت الا للتوثق لاستيفاء الحق فاذا لم يستوفه يجب عليه تسليمه الى ان يستوفيه فازال هذا الوهم مبينا ان عقد الكفالة يوجب التسليم
مرة لا لافادة التكرار قوله وكو سلم المكفول بنفسه من كفالته اى من كفالة الكفيل وذلك بان يقول سلمت نفسي او دفعت نفسي اليك من كفالة
فلان صح عن كفالته فيبرأ الكفيل بذلك قال شمس الائمة لا نعلم فيه خلافا قال المصنف لانه اى المكفول مطالب بالخصومة وفي بعض النسخ مطالبا بالحضور
بمعنى اذا طالب مطالب الكفيل فكان تسليمه نفسه على هذا الوجه مسقطا ذلك عن نفسه اذ المطالبة بمعجل الدين الذي عليه فلا يكون متبرعا كالمحيل اذا قضى الدين
بنفسه يصح قبل الطالب او لم يقبله وكذا اذا سلمه رسول الكفيل او وكيله لقيامهما مقامه يعني اذا قال سلمت اليك نفسه عن الكفيل بخلاف ما اذا لم يقبل
ذلك بل سلم نفسه ولم يزد على ذلك او سلمه الوكيل ولم يقل ما ذكرنا لا يبرأ الكفيل او سلمه اجنبي لا بامر الكفيل عن الكفيل لا يبرأ الكفيل ح بخلاف
ما لو سكت الاصيل فلم يقل شيئا لا يبرأ قوله فان تكفل بنفسه على انه ان لم يوافك به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف فلم يحضره الى ذلك الوقت فهو ضامن للالف
لان الكفالة بالمال في هذه المعلقة بشرط عدم الموافاة وهذا التعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لان وجوب المال عليه
بالكفالة المعلقة لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل منهما للتوثق ولعله ليطالبه بحق آخر فهذان مطلبان اما الاول فمخالف فيه الشافعي فقال لا تصح هذه الكفالة لانه
اى لان تعليق الكفالة تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع كما لا يجوز تعليق البيع كان يقول اذا دخلت الدار فقد بعتك كذا بمائة فقبل الآخر
لا ثبت البيع عند الدخول كذلك هذا ولنا انه اى عقد الكفالة يشبه البيع في الانتهاء ومن حيث ان الكفيل بالامر يرجع الى المكفول عنه بما اداه
فصار كالمعاوضة ويشبه النذر ابتداء من حيث انه تبرع في الابتداء بالتزام المال فبالنظر الى الشبه الاول فقط لا يصح تعليقه وبالنظر الى الثاني فقط
يجوز مطلقا فان النذر يصح تعليقه مطلقا فعملنا بالشبهين فقلنا ان كان التعليق بشرط متعارف بين الناس اى تعارفوا تعليقها يصح عملا بشبه النذر
وان كان بغير متعارف كدخول الدار وهبوب الريح ونحوه لا يجوز عملا بشبه البيع والتعليق بعدم الموافاة متعارف ثم ذكر خصوص الكيفية في صورة المسئلة
وهي الالف اتفاقي في التصوير فان الكفالة لا تتوقف صحتها على معلومية القدر المكفول به بل لا يضره جهالة المكفول به ولو قال كفلت لك بما لك عليه
صح مما تثبت البينة انه عليه لزمه واما الثاني فقد نقل عن الشافعي عدم صحة الكفالتين وهو على خلاف الصحيح عنه بل الكفالة بالنفس جائزة وانما
لا يصح الكفالة الثانية للتعليق واما ثبوت صحتها فللمقتضي وهو الكفالة بالنفس اولا ثم الكفالة بالمال ثانيا معلقة وقد وجد الشرط فصحت كفالتان
متعددة ان الموجب لان موجب تلك تسليم النفس وموجب الاخرى تسليم المال وليس اسقاط احدهما اسقاط للاخرى بجواز ان يكون له مال آخر
يدعي بغير المال الذي كفل به معلقا وليس في اللفظ ما يوجب ان التزام الكفالتين على البدل الا لو كانت العبارة كفلت بنفسه على انى ان لم اوافك
اى كذا كنت كفيلا بما عليه بدل نفسه ولم يذكر كذلك بل اللفظ على ثبوت الكفالة بالنفس منجزا لقوله كفلت بنفسه وعلى تعليق كفالة اخرى بالمال
بعدم الموافاة به وقد وجد الشرط فتثبت الكفالتان ولا يخفى ح انه لو كانت المعلقة بما له عليه بان كفل بنفسه على انه ان لم يوافك به الى كذا فهو كفيل بكل ما له عليك
ينبغي انه اذا ثبت له عليه مال فدفعه ثم اعترف بانه لم يسبق له قبله حق حتى ان تبطل الكفالة بالنفس ح ولو توارى المكفول له عند مجيء الوقت فلم يجده الكفيل ليدفعه اليه وخاف لزوم المال عليه
يرفع امره الى القاضي لينصب وكيلا ليسلمه اليه وعلى هذا الوقاع على ان المشتري بالخيار ثلاثة ايام فتوارى حتى كادت تمضي يرفع المشتري الى القاضي لينصب وكيلا عن البائع ويرد
عليه قال الفقيه ابو الليث هذا خلاف قول اصحابنا وانما روي في بعض الروايات عن ابي يوسف ولعله القاضي فهو حسن ذكره في الخلاصة

ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يوافك به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن المال تحقق الشرط وعدم الموافاة قال ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينهما حق تكفل بنفسه رجل على انه ان لم يوافه به غدا فعليه المائة فلم يوافه به غدا فعليه المائة عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ان لم يبينهما حق كفل به رجل ثم ادعى بعد ذلك ما لا تعالى دعواه الكفالة عنه ما لم مطلقا لجهل الامر وانه لم ينسبه الى ما عليه ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وان بينهما وكان له ان لم يصح الدعوى من غير بيان فكذا لا تجب لحضار النفس واذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لانه بناء عليه بخلاف ما اذا بين ولهما ان المال ذكر معرفا فانصرف الى ما عليه والعادة جرت باجمال الدعاوى فتصح الدعاوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان باصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها الثانية

وفيها كفل بنفس رجل على انه ان لم يوافك به غدا فالمال الذي للطالب على فلان رجل آخر وهو كذا على الكفيل جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف الاول فهنا ثلاث مسائل احداها ان يكون الطالب والمطلوب واحدا في الكفالتين وهذه جائزة استحسانا والثانية ان يكون الطالب مختلفا فيهما فتقبل الكفالة بالمال سواء كان المطلوب واحدا او اثنين وان كان الطالب واحدا والمطلوب اثنين فهو مختلف فيه ولو كفل بنفسه الى غد فان لم يوافه غدا في المجلس متلافا فعليه المال الذي عليه واشتراط الكفيل على الطالب ان لم يوافه عند التبعة بمني فانا بريء منه فالتقى بعد الغد فقال الكفيل قد وفيت وقال الطالب قد وفيت ولم توافني انت لم يصدق واحد منهما فلو اقام المطلوب بينة على الموافاة برئ من الكفالتين وكما كفل على انه ان لم يوافه فعليه المال فادعى الكفيل انه وافاه به لا يصدق ولو كفل بنفسه وقال فان غاب فلم اوافك به فانا ضامن لما عليه فهذا على ان يوافيه بعد الغيبة قوله ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يوافك به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه يعني بعد الغد ضمن المال للمكفول له رجع على ورثة المكفول به اذا كانت الكفالة باذنه فان قيل ينبغي ان لا يجب المال اذا مات المكفول به لان شرط صحة الكفالة بالمال قبول الكفالة بالنفس وهي تبطل بموت المكفول به على ما عرف وصار كما لو ابرأ المكفول له الكفيل عن الكفالة بالنفس قبل الوقت اجيب بالفرق بان الابراء وضع لفسخ الكفالة فتفسخ من كل وجه بخلاف الانفساخ بالموت انما هو ضرورة العجز عن التسليم المقيد فيقتصر اذ الضرورة الى تعذرها الى الكفالة بالمال او اصل جواب الجامع والمبسوط بان تصحيحهما بالطريق المتقدم واما تاخير بان يجعل كانه كفل بالمال للحال ثم علق ابراءه بعدم الموافاة فخرج عن الظاهر احتياطا لايجاب المال المتحقق الشرط وهو عدم الموافاة ولم يذكر في اكثر نسخ الجامع الصغير لفظ الغد ولهذا لم يذكره فخر الاسلام والصدر الشهيد قاضيخان فثبت الفرق بين مسئلة الجامع والقدوري بان هذه مطلقة وتلك مقيدة بالوقت فلهذا ذكرها المصنف والوجه ان هذه تفيد فائدة اخرى وهي ان عدم الموافاة اذا كان لعجز الميت لا اثر له ويثبت عنده فيمان اذا كان يتوهم ان العجز الموجب لعدم الموافاة يكون عن تقصير من الكفيل بخلاف موت المكفول عنه لانه غلب عن ذلك بامر سماوي لا اجله له في دفعه ولا تقصير منه فيه والا لم تكن تلك مقيدة وهذه مطلقة لا تفيد عدم معرفة حكم هذه اذا عرف ان المدار وجود الشرط ولا فرق بين المقيد والمطلق فيه هذا اذا زالت المكفول به فلو مات الكفيل قبل مجيء الوقت هل يجب المال ويبنى في تركته اذا مضى الوقت قال ظهير الدين في الاصل اشارة الى انه يجب فانه قال ان مات في مدة الكفيل بالمكفول له الطالب قبل انقضاء المدة لا يلزم الكفيل المال وان ابى القبول يجبر عليه لان لهم حقا في ذلك وهو ان لا يلزمهم المال عند انقضاء المدة قوله ومن ادعى على آخر الخ عزاها في الجامع محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل لزم رجلا وادعى عليه مائة دينار فبينها او لم يبينها او لزمه ولم يدع مائة دينار فقال له رجل دعه فانا كفيل بنفسه الى غد فان لم اوافك به غدا فعلي مائة دينار فمضى بذلك فلم يوافه به غدا قال عليه المائة بالدينار في الوجهين جميعا اذا ادعى ذلك صاحب الحق انه له وهذا قول ابي يوسف وقال محمد ان ادعى فلم يبينها حتى كفل له بالمائة دينارا او ادعاها بعد ذلك لم التفت الى دعواه وارادوا بالوجهين ما اذا بينها اي ذكرها جيدة او رديئة او وسطا او غير ذلك او لم يذكر كذا قيل والاخرى ان يراد بالوجهين ما اذا ادعى المائة بعينها او لا واذا لم يدع شيئا حتى كفل له ثم ادعى المقدار الذي سماه الكفيل لم يحلف لجهالة احدهما انه على التزام مال مطلق بخطر هو عدم الموافاة اذ لم ينسب المائة الى ما عليه وهو رشوة على ان يترك المطلوب في الحال فلا يصح التزام هذا المال وكلامه يحتمل ذلك كما يحتمل ما يدعيه فلا يثبت ذلك بالشك وعلى هذا لو ضمن ابو منصور الماتريدي وهذا الوجه

قال ولا يجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد وفي القصاص لانه خالص حق العبد بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى ولابي حنيفة قوله عليه السلام لا كفالة في حد من غير فصل ولان مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق لان سائر الحقوق لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير وترجحت نفسه بهم بالاصباح لانه امكن وتجب عليه لان بتسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضمان قال ويحبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل يعرفه القاضي لان الحبس للتهمة ههنا والتهمة تثبت بالحد شطري الشهادة اي العدد او العدالة بخلاف الحبس في باب الاموال لانه قضى عقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة كما مر وذكر في ادب القاضي ان على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد عدلا لان الاستيثاق بالكفالة

لا يمنع صحة الكفالة بالنفس الثاني ان الكفالة بالنفس باطلة لان صحتها موقوفة على صحة الدعوى ولم تصح مع جهالة المدعى به بين غير بيان فلم يجب احضار النفس فلم تصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لانه بناء عليه واذا لم تصح الاولى لم تصح الثانية وعلى هذا الوجه حول الكرخي وهو مبطل للكفالتين قال المصنف ولهما ان المال ذكر معرفا فينصرف الى ما عليه والعادة جرت بالاجمال في الدعوى قبل الحضور الى مجلس القاضي احترازا عن حيل الخصوم ثم تقع البيان غيبة فيصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان باصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها صحة الثانية ونحن قد سمعناك عبارة الجامع الصغير والمال منكر فيه حيث قال فعلى مائة دينار وكذا ذكر غير احمد وكذا في البسوط بالوجهين ترك المقدمة الاولى ويقال انه اذا اظهرت الدعوى بالف ظهر انه اراد الالف التي تعهد عليها حكما بان الكفيل كان يدري خصوص دعواه تصحيحا لكلام العاقل بالامكان فتصح الكفالة حين تقع على اعتبار بيان الدعوى بذلك القدر وحاصل هذا انا لا نحكم حال صدورها بالفساد بل الامر موقوف على ظهور الدعوى بذلك القدر فاذا اظهرت ظهر انها كفل للمدعى بها بالف وفي الخلاصة قال اذا كفل بنفس رجل على ان لم يوافه غدا فعليه الف درهم ولم يقل التي عليه فمضى غد ولم يوافه فلان يقول الا تنى على فالطالب يدعي الف والكفيل ينكر وجوبه على الاصيل فعلى الكفيل الف درهم عند ابي حنيفة وابي يوسف وفي قوله الاول وفي قوله الآخر وهو قول محمد الا تنى عليه وهذا يقتضي ان الحاصل ان ابا حنيفة وحده ويستفاد منها ان الالف تجب على الكفيل بمجرد دعوى المكفول له وان كان الكفيل ينكر وجوبه على الاصيل وح ذكر نا يظهر فيها قوله ولا يجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند ابي حنيفة رحمه الله قال المصنف ولا يجبر على اعطاء الكفيل عنده وقالا يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد ولهذا يشترط الدعوى وعنى بالقصاص خالص حق العبد ليس كذلك بل الغالب فيه ذلك دفعه حق الله تعالى الخلاء الارض عن الفساد ومعنى الجبر ليس ان يحبس حتى يسلمه بل يلازمه ولا يدعه يدخل بيته الا وهو معه او يحبس معه خارج البيت او يعطي كفيلا بخلاف الحدود الخالصة حقا لله تعالى كحد الزنا وحد الشرب لا تجوز الكفالة وان طالب نفس المدعى عليه باعطاء الكفيل بعد الشهادة او قبلها لا ان قبلها لا يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب لدعوى لم يصح لان دعوى احد في الزنا والشرب فلم تقع الكفالة بالنفس بحق واجب على الاصيل وبعد اقامة البينة قبل التعديل او شهادة واحد عدل يحبس وبه يحصل الاستيثاق فلا معنى للكفالة بخلاف ما فيه حق العبد فان حضوره مجلس الحكم مستحق عليه بمجرد دعوى القذف والقتل حتى يجبره القاضي على الحضور ويحول بينه وبين اشغاله فتصح الكفالة باحضاره واورد عليه بنبغي ان لا يحبس بذلك لان معنى الاستيثاق فيه اكثر اجيب بان الحبس في هذا ليس للاحتياط لاثبات الحد بل لتهمة الدعارة والفساد تعزيرا واذا لم يكفل به ماذا يصنع قال يلازمه الى وقت قيام القاضي عن المجلس فان احضر البينة فبها والا خلى سبيله وروى عن ابي يوسف في الذي يجمع الخمر ويشربه ويترك الصلوة احبسه واوديه ثم اخرجه عن قريب بالقتل والسرقة وضرب الناس فاني احبسه واخلده في السجن الا ان يتوب لان شر هذا على الناس وشر الاول على نفسه ولابي حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم لا كفالة في حد رواه البيهقي وقال تفرد به عمر بن ابي عمر والكلاعي عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده وهو من مشائخ بقية المجهولين ورواه ابن عدي في الكامل عن عمر الكلاعي واعله به قال مجهول لا اعلم روى عنه غير بقية كما يروى عن سائر المجهولين ولان مبنى الحد على الدرء والحاجة الى ما فيها حق العبد كالقصاص على ما مر فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانه لا يندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير حيث يجبر المطلوب على اعطاء الكفيل فيتبين بهذا ونحت نفسه اي نفس المطلوب باعطاء الكفيل بالاجبار يعني في حد القذف

قال والرهن والكفالة جائزان في الحاصل به دين مطالب به يمكن الاستيفاء فيكون ترتيب موجب العقد عليه فيهما قال ومن أخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلا آخر بنفسه جاز وهما كفيلان بالنفس لأن موجبه التزام المطالبة وهي متعددة والمقصود التوثق وبالثانية يزداد التوثق فلا يبرأ الأول وأما الكفالة بالمال فإن أخذ منه كفيلا آخر بالمال فإن كفلوا معا طولب كل واحد بالكل وإن كفلوا واحدا بعد واحد طولب الأول بالكل ولا سبيل على الآخر وإن كفل كل واحد منهما على حدة طولب بحصته وإن كفلوا على التعاقب طولب كل واحد بالكل وإن كفلوا بألف على التعاقب طولب كل واحد بألف وإن كفلوا بها على التعاقب طولب كل واحد بالألف وإن كفلوا بها معا طولب كل واحد بحصته وإن كفل كل واحد منهما على حدة طولب بحصته وإن كفل أحدهما بعد صاحبه برئ الأول وإن كفل أحدهما بعد صاحبه بحصته برئ الأول من حصته وإن كفل أحدهما بعد صاحبه بألف برئ الأول من الألف وإن كفل أحدهما بعد صاحبه بألف على أن يبرأ الأول من حصته برئ الأول من حصته وإن كفل أحدهما بعد صاحبه بألف على أن يبرأ الأول من الألف برئ الأول من الألف وإن كفل أحدهما بعد صاحبه بألف على أن يبرأ الأول من حصته برئ الأول من حصته وإن كفل أحدهما بعد صاحبه بألف على أن يبرأ الأول من الألف برئ الأول من الألف وإن كفل أحدهما بعد صاحبه بألف على أن يبرأ الأول من حصته برئ الأول من حصته وإن كفل أحدهما بعد صاحبه بألف على أن يبرأ الأول من الألف برئ الأول من الألف

والقصاص جائز لأنه أمكن ترتيب موجبه عليه وهو تسليم النفس الآن تسليم النفس فيها واجب فيطالب بها المكفول فيتحقق الضم ومقتضى هذا التعليل صحة الكفالة إذا سمح بها في الحدود والخالصة حقا لله لأن تسليم النفس واجب فيها لكن نص في الفوائد الجمازية والشاهية على أن ذلك في الحدود التي فيها للعباد وحق كحد القذف لا غير كما ذكرنا ومن قريب ولأنه معارض بوجوب الدرء ولا يحبس في الحدود حتى يشهد شاهد أن بستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي أنه عدل في المجهول لأن الحبس هنا للتهمة لا لاستيفاء ما في الذمة تثبت بأحد شطري الشهادة أما العدد أو العدالة لأن التهمة تثبت بذلك فإذا وقعت التهمة حبس بالنص وهو ما روى بهز بن حكيم عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة ثم خلى سبيله بعد تحريره والكلام فيه في الحدود بخلاف الأموال لأن الحبس اقتضى عقوبة فيه أي في المال فإنه لو ثبت المال بالبينة العادلة وامتنع من الأداء حبس فكان اقتضى عقوبة فيها أما الحدود والقصاص فاقتضى العقوبة فيها القتل والحبس نوع عقوبة فجاز أن يعاقب بالحبس قبل ثبوت الحد والقصاص وفي الصحاح والمغرب التهمة بالتحريك وأصل الياء واو من وهمت الشيء أهمه وهما من باب ضرب أي وقع في خلدي والوهم ما وقع في القلب من الخواطر وأتهمت فلانا بكذا أدخلت الاسم التهمة بالتحريك أصله أوتهمت كما في اتكلت أصله أوتكلت يعني اعتدت قلبت الواو ياء لانكسار ما قبلها ثم أبدلت سينا لتدوم في تمام الافتعال قال المصنف وذكر في أدب القاضي أن على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص مشاهدة الواحد لحصول الاستيفاء بالكفالة إذ هما يقولان بجواز الكفالة فيحصل بها المقصود فكان غيرهما روايتان في رواية يحبس لا يكفل وفي أخرى يكفل ولا يحبس لحصول المقصود بأحدهما ويجمع بينهما بأن المراد بالأول يحبس إن لم يقدر على كفيل وبالثانية يكفل بلا حبس إن قدر على الكفيل ولا يخفى أن المراد بالحدود حد القذف والقصاص قوله والرهن والكفالة جائزان في الخراج لأن الكفالة تضم ذمة إلى ذمة في المطالبة الدين والخراج دين مطالب به من جهة العباد حتى يحبس به ويلازم ويمنع من وجوب الزكوة فصحت الكفالة به والرهن لاستيفاء الدين منه والخراج يمكن استيفاؤه من الرهن فأمكن ترتيب موجب العقد أي كل من عقد الكفالة وهو مطالبة الكفيل وعقد الرهن وهو الاستيفاء للخراج من الرهن فصح كل من عقد الكفالة والرهن به نظرا بما قررنا وإن قوله مطالب به ممكن الاستيفاء لف ونشر فالمطالبة ترجع إلى الكفالة والاستيفاء يرجع إلى الرهن وإنما نص على خصوص هذا الدين لدفع توهم أنه لا يجوز الكفالة به لأن الخراج في حكم الصلوة وجوبه بحق الشرع كالزكوة لكن لما كان ملزوما للوازم الدين كما ذكرنا صح لفقدان المذكور أن بخلاف دين الزكوة فإنه وإن كان له مطالب من العباد وهو الإمام في الأموال الظاهرة والمالك في الباطنة لا تصح الكفالة به فإنه ليس حقيقة الدين لأن حاصله إيجاب تمليك طائفة من المال منكم لله على تلك الغني ولذا لا يؤخذ من تركته خلافا لزفر عند نا ولم يحبس كونه له مطالبة من العباد عن شبهة عدم ذلك فإن المالك المعين تحقق مطالبته من جهة العباد حقيقة بل حقيقة الكلام أن يكون عن المالك مطالبا للمالك فالمالك مطالب بصرف اللام ليس غير ومطالبة الإمام ليس لإيصال المستحقين إلى المالك بل إلى ما يستحقون لا بطريق الملك بخلاف سائر الديون فإنها مملوكات قوله ومن أخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلا آخر بنفسه جاز وهما كفيلان بالنفس لأن موجبه التزام المطالبة وهي متعددة والمقصود التوثق بهما لزيادة التوثق ثم إذا سلم أحدهما نفس المكفول به لا يبرأ الآخر بالإجماع بخلاف الكفالة بالمال إن كفلوا معا طولب كل واحد بالكل وإن كفلوا على التعاقب طولب كل واحد بالكل مثلا كفل ثلاثة معا بألف لا يطالب أحدهم إلا بثلثها ولو كفلوا بها على التعاقب طولب كل واحد بالألف وإنهم تقضي عنهم الباقين قوله وأما الكفالة بالمال هو على قوله الأول الذي

قال ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل ان يقول ما بايعت فلانا فعلي وما ذاب لك عليه فعلي وكل اصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم والاجماع منعقد على صحة ضمان الدرك ثم الاصل انه يصح تعليقها بشرط هو ملائم شامل ان يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع او لامكان الاستيفاء مثل قوله اذا اقدم زيد وهو مكفول عنه او متعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلد وما ذكرنا من الشروط في صفقة ما ذكرناه فاما لا يصح التعليق بخطر الشرط كقوله ان صبت الريح او جاء المطر

الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال من حيث المعنى فان المعاوضة الصريحة لو قال اما الكفالة بالنفس وهو اتم قال فالكفالة بالنفس الخ والكفالة بالمال عندنا جائزة وان كان المال المكفول به مجهول المقدار وبه قال مالك واحمد والشافعي في القديم وقال في الجديد هو ابن ابي ليلى والليث وابن المنذر لا تجوز بالمجهول لانه التزام مال مجهول فلا بد من تعيينه لوقوع المماكسات في مبادلة المال بالمال والكفالة عقد تبرع كالنذر لا يقصد به سوى ثواب الله ورفع الخسيس عن المجيب فلا يبالي بما التزم في ذلك ويدل على ذلك اقدامه بلا تعيينه للمقدار حين قال ما كان عليه فعلي فكان ضمانا بالتوسع فتحملت فيها الجهالة ومن آثار التوسع فيها جواز الكفالة بشرط الخيار عشرة ايام بخلاف البيع وما نقض به من انه لو قال انا ضامن لك ببعض مالك على فلان فانه لا يصح مع ان البعض مجهول يلزم ان يبين اي مقدار شاء على ضمان الدرك اجماع وضمان الدرك ان للمشتري انا ضامن للثمن ان استحق المبيع احد مع جواز ان يظهر استحقاق بعضه او كله وقد نقل نص الشافعي على جواز ضمان الدرك واما الاستدلال بقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم على ان شرع من قبلنا شرع لنا اذا قص ولم يعقبه بانكار فيمكن ان يدعى ان حمل البعير كان مقدارا معينا كما يتعارف في زماننا ان الحمل المصدر تمييزا يحمل قليلا يتيسر الاستدلال به وهو كما لو كفل بشيء اي خطأ فان في العمد على التقدير السابق يجب القصاص اذا كانت بآلة جارحة ولا كفالة بالقصاص واذا كانت خطأ تقضي الكفالة بها جهالة المكفول به فانها ان سرت الى النفس وجب دية النفس والا فارش الشجة ومع ذلك صح وقدمنا ان المراد من الدين الصحيح ما لا يكون بدل الكتابة فانه ليس بدين صحيح لان العبد متمكن من اسقاط هذا الدين بنفسه بان يعجز نفسه ولانه للسيد على عبده والدين ثبت للسيد على عبده ولذا يتحرز به عن دين الزكوة فانه دين حتى يمنع وجوب الزكوة لكنه ليس حقيقة الدين من كل وجه لما ذكرنا والدرك التبعة وفيه فتح الراء وسكونها ثم المكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي عليه الدين وان شاء طالب الكفيل وهو قول اكثر اهل العلم وعن مالك لا يطالب الكفيل الا اذا تعذرت مطالبة الاصيل وله مطالبتهما جميعا لان الكفالة ضم ذمة الى ذمة ذلك يسوغ مطالبتهما ومطالبة ايهما شاء الا اذا شرط في الكفالة براءة الاصيل فح لا يطالب الا الاصيل بناء على انهما حوالة عقدت بلفظ الكفالة سيجوز بها فيها فتجري عليها احكام الحوالة كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ الاصيل تعتقد كفالة اعتبارا للمعنى فيها بخلاف المالك المغصوب منه اذا اختار تضمين احد الغاصبين يعني الغاصب وغاصب الغاصب اذا قضى القاضي عليه بذلك ليس له ان يضمن الآخر لان اختياره تضمين احدهما الى ان قضى عليه يتضمن التمليك منه فيبرأ الآخر بالضرورة بخلاف المطالبة عن الكفالة لا تقتضي التمليك ولو قضى عليه عالما بوجه حقيقة الاستيفاء

قوله ويجوز تعليق الكفالة بالشرط مثل ان يقول ما بايعت فلانا وما ذاب لك عليه اي اوجب وثبت عليه فعلي من ذوب الشحم لان المعنى ان ما بايعته فعلي درك ذلك البيع فان ذاب لك عليه شيء فعلي وكذا ما غصبك فعلي واذا صحت فعليه ما يجب بالمبايعة الاولى فلو بايعه مرة بعد مرة لا يلزمه ثمن في المبايعة الثانية ذكره في المجرد عن ابي حنيفة نصا وفي النوادر لابي يوسف برواية ابن سماعة يلزمه كله ولو رجع الكفيل عن هذا الضمان ونهاه عن المبايعة صح حتى لو باع بعد ذلك لم يلزم الكفيل شيء وقيد بقوله فلانا ليصير المكفول عنه معلوما فان جهالة المكفول عنه تمنع صحة الكفالة كجهالة المكفول له في الاضافة فلو قال ما بايعت من الناس فعلي ضمانه فهو باطل لتفاحش الجهالة بجهالة المكفول عنه وبه بخلاف انفراد جهالة المكفول به فانه يحتمل قليلا تحمل والحاصل ان جهالة المكفول تمنع صحة الكفالة مطلقا وجهالة المكفول به لا تمنعها مطلقا وجهالة المكفول عنه في التعليق والاضافة تمنع صحة الكفالة وفي التنجيز لا تمنع مثال ذلك لو قال ما ذاب لك على احد من الناس او ما بايعت احدا فهو علي لا يصح بجهالة المضمون عنه في الاضافة فكذا لو قال ما ذاب لاحد عليك فهو علي لا يصح بجهالة المكفول ولو قال ما غصبك فلان فسرقك فعلي جاز لاستفاءها ومن التمثيل ما غصبك الى قوله الدراهم فانه ضامن لا يصح الكفالة كانه قال ما يجب لك على واحد من الناس

وكذا اذا جعل واحدا منهما جملا لان الجهالة لا تمنع الكفالة وانما تمنع تعليقها بالشرط لانها تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق

فعلى وفيه لا تصح بجهالة المكفول عنه فمن باع فلانا اليوم من بيع فعلى لا يلزم الكفيل شئ بجهالة المكفول لانه ضمن لواحد من الناس بخلاف ما لو قال لجماعة حاضرين بايعتموه فعلى صح فانهم معلومون عند المخاطبين فانهم بايعوه لزم الكفيل لانه ضمن لمعينين وهو صحيح كما يجئ ان شاء الله تعالى في المسئلة التي قبلها ليسوا معينين معلومين عند المخاطبين والا فلا فرق وعنه ما لو قال لرجلين كفلت لهذا بما له على فلان وهو الف او لهذا بما له عليه فهو باطل بجهالة المكفول له ولو قال لرجل كفلت بما لك على فلان او بالف على فلان رجل آخر جاز لانها جهالة المكفول عنه في غير تعليق ويكون الخيار للكفيل فيحتاج الى فرقين فرق بين المكفول وعنه في التخيير حيث يصح مع جهالة المكفول عنه دون المكفول له وفرق بين المكفول عنه في التخيير والاضافة حيث يصح في التخيير دون الاضافة اما الاول فما ذكرنا في الذخيرة ان الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع والمكفول كالبائع لانه ملك ما في ذمة المكفول عنه من الكفيل فلا بد من تعيين فلا يصح بدون قبول المشتري وقبوله يستلزم تعيينه فكانت جهالة الطالب مانعة جواز ها كجهالة المشتري مانعة للبيع والكفالة في حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعتاق حيث صح من غير قبوله وامره فلا تمنع جهالة المعتق جواز العتق واما الفرق بين جهالة المكفول عنه في الارسال والتوفيق ان القياس يابى جواز اضافة الكفالة لانها تمليك في حق الطالب وانما جوزت استحسانا للتعامل والتعامل فيما اذا كان المكفول عنه معلوما فاذا كان مجهولا يبقى على القياس وحاصل ذلك ان المبطل هو الاضافة لجهالة المكفول عنه اذا عرف هذا احسن الى مسئلة الكتاب واستدل المصنف واكثر الاصحاب بقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم ونقل عن ابي بكر الخصاف تضعيف الاستدلال به بجواز ان يكون لبيان الاباحة لا الكفالة وكذا قاله اصحاب الشافعي لان هذا القائل ضامن عن نفسه وهذا حال المستاجر لانه ضامن للاجرة عن نفسه بحكم الاجارة لا الكفالة وضمان الاباحة على هذا الوجه جائز بان يكون ابق عبده فقال من جاء به فله كذا والدليل على انه ليس من باب الكفالة بل من العمالة ان المكفول له في الآية مجهول للكفالة بين جهالة الاتى مسلمة واحدة سياتي وعامة المشايخ قالوا الاستدلال صحيح فان الزعيم حقيقة الكفيل والمؤذن انما ادى الغير عن غيره وهو الملك فان المعنى الملك يقول لكم لمن جاء به حمل بعير لانه انما نادى بامره ثم كفل عن الملك بالجعل المذكور لا عن نفسه الا ان فيها جهالة المكفول له فقد اشتملت على امرين جواز الكفالة مع جهالة المكفول له وجواز ها مضافة وقد علم انتساخ الاول بدلالة الاجماع على منعها بجهالة المكفول له وهو لا يستلزم نسخ الآخر كما قلنا بجواز الكفالة عن الميت المفلس وبطلانها مع جهالة المكفول له وغيبته بحديث ابي قتادة في قضاء الميت المديون بدرهمين فقال هما عليك فصلى عليه الصلوة والسلام عليه فدل على جواز الامرين ثم قام الدليل على انتساخ احدهما وهو جواز ها بغيبة المكفول له ولم يقم على الآخر وهو الكفالة عن الميت المفلس ولو لم نتم هذا كفى ما تقدم من المعنى فيها ومن الاجماع على صحة ضمان الدرك ولما كان اضافة الكفالة على خلاف القياس لما ذكرنا من شبهها بالبيع الى آخرها تقدم اقتصر على ما يناسب ورود النص وهو ان يكون شبه طاما لائما وملائمة الشرط باحد ثلاثة امور احدها ان يكون سببا للزوم الحق وهو الذي عبر عنه المصنف بان يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع فان استحقاقه سبب لوجوب الثمن على البائع للمشتري ومن هذا القبيل ما في الآية فان الكفالة بالجعل معلقة بسبب وجوبه وهو المجيء بالصاع فانه سبب وجوب الجعل الثاني ان يكون شرطا لامكان الاستيفاء مثل قوله اذا قدم فلان وهو مكفول عنه فان قدومه سبب موصل للاستيفاء ومنه الثالث ان يكون سببا لتعذر الاستيفاء مثل ان غاب عن البلد او هرب او مات ولم يرع شيئا من الصور المرويه عن محمد غنت مالك على فلان ان لم اوفك حقك او ان جاء مالك عليه ولم يوافك به وفي الخلاصة نقلا من الاصل قال للمودع ان اتلف المودع وديعتك او جحدك فانا ضامن للاصح وكذا ان قتلك او اتلفك فلان خطا فانا ضامن للدية صح بخلاف ان اكلك سبع ونحوه مما ليس سببا مما كان دخلت الدار وقدم فلان وهو غير مكفول عنه

فان قال تكفلت بمالك عليه فقامت البينة بالف عليه ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فيصح الضمان به وان لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به لانه منكر للزيادة فان اعترف المكفول عنه باكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لان اقراره على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته عليها

وهبت الريح او جاء المطر لا يصح هذا التعليق وكذا اذا جعل واحدا منهما اجلا يعني من هبوب الريح ومجيء المطر كان يقول كفلت به او بما لك عليه الى ان تهب الريح او الى ان يجيء المطر لا يصح الا ان الكفالة تثبت حالة لان بطل الاجل بخلاف ما لو علقها بهما اذ هبت الريح فقد كفلت به او بما لك عليه فان الكفالة باطلة اصلا ولو جعل الاجل الحصاد والدياس او القطاف او صوم النصارى جازت الكفالة والتاجيل فالحاصل ان الشرط الغير الملائم لا تصح معه الكفالة اصلا ومع الاجل الغير الملائم تصح حالة ويبطل الاجل لكن تعليل المصنف لهذا بقوله لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق يقتضي ان في التعليق بغير الملائم تصح الكفالة حالة وانما يبطل الشرط والمصرح به في المبسوط وفتاوى قاضيخان ان الكفالة باطلة فنصحيحه ان يحمل لفظ تعليقها على معنى تاجيلها بجامع ان في كل منهما عدم ثبوت الحكم في الحال وقد مر المصنف هذا الاستعمال لفظ المبسوط فانه ذكر التعليق واراد التاجيل هذا وظاهر شرح الاتقاني المشي على ظاهر اللفظ فانه قال فيه الشرط اذا كان ملائما جاز تعليق الكفالة ومثل بقوله اذا استحق المبيع فانا ضامن الى ان قال وان كان بخلاف ذلك كهبوب الريح ومجيء المطر لا يصح التعليق ويبطل الشرط ولكن تنعقد الكفالة ويجب المال لان كل ما جاز تعليقه بالشرط لا يفسد بالشروط الفاسدة اصله الطلاق والعتاق وفي الخلاصة كفل بمال على ان يجعل الطالب جعل فان لم يكن شروطا في الكفالة فالشرط باطل وان كان شروطا فيها فالكفالة باطلة انتهى وهذا يفيد انها تبطل بالشروط الفاسدة اذا كانت في صلبها

قوله فان قال تكفلت بما لك عليه هذا شروع في بيان خصوص وقت الوجوب على الكفيل وهذا على اختلاف الالفاظ التي تقع بها الكفالة فمن ذلك ما ذكر من قوله تكفلت لك بما لك عليه فلا يجب على الكفيل شيء الا ان تقوم البينة بمقدار الف او غيرها لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق بها ما عليه فيجب عليه ولو لم تقم بينة فالقول قول الكفيل في مقدار ما على المكفول عنه مع يمينه وان اعترف المكفول عنه باكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته عليها بخلاف قوله ما ذاب لك على فلان فهو علي او ما ثبت فان المطلوب بمال لزم الكفيل لان الثبوت حصل بقوله وكذلك ذاب فانه بمعنى حصل وقد حصل باقراره بخلاف الكفالة بما لك عليه فانها بالدين القائم في الحال وما ذاب ونحوه الكفالة بما يجب والوجوب ثبت باقراره بخلاف ما قضى عليه لك لا يلزم الا ان يقضى ومثل ما لك ما اقر لك به امس فلو قال المطلوب اقررت له بالف امس لم يلزم الكفيل لانه قبل ما لا واجبا عليه لا ما لا يجب عليه في الحال ولم يثبت انه واجب عليه وان قال ما اقر به فاقر به في الحال يلزمه ولو قامت بينة انه اقر له قبل الكفالة بالمال لم يلزمه لانه لم يقبل ما كان اقر لك ولو ابى المطلوب اليمين فالزمه القاضي لم يلزم الكفيل لان النكول ليس باقرار بل بدل وفي الخلاصة رجل قال ما اقر فلان به فهو علي فمات الكفيل ثم اقر فلان فالمال لازم في ترك الضامن وكذا ضمان الدرك وفيها رجل قال الآخر بايع فلانا فما بايعته من شيء فهو علي صح فان قال الطالب بعته متاعا بالف وقبضته مني واقر به المطلوب وجحد الكفيل يؤخذ الكفيل به استحسانا بالبينة ويوجده الكفيل والمكفول عنه واقام الطالب البينة على احدهما انه باعه وسلمه لزمهما ولو قال ان لم اعطك فلان مالك عليه فانا ضامن بذلك لا سبيل فيه عليه حتى تقاضاه فيقول لا اعطيك ولو مات المطلوب قبل ان يتقاضاه لزم الضمان ايضا ولو لم يمت لكفه قال انا اعطيك ان اعطاه مكانه او ذهب الى السوق فاعطاه او قال اذهب الى المنزل حتى اعطيك مالك فاعطاه فهو جائز فان قال ذلك فلم يعطه من يومه لزم الكفيل ولو قال ان تقاضيت فلانا مالك عليه ولم يعطك فانا مالك عليه ضامن فمات المطلوب قبل ان يتقاضاه بطل الضمان ولو قال ان عجز عن مالك عن الادراك فهو علي فالعجز يظهر بالحبس ان حبسه ولم يؤد لزم الكفيل وفي فتاوى النسفي رجل كفل لرجل عن

قال ويجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره لاطلاق ما رويناه ولأنه التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب بالضم وفيه على المطلوب بثبوت الرجوع إذ هو عند أمره وقد رضي به فإن كفل بأمره رجع إذ هو عليه لأنه قضى دينه بأمره وإن كفل بغير أمره لم يرجع ما يؤديه لأنه متبرع بأدائه وقوله رجع بما أدى معناه إذا أدى ما ضمنه أما إذا أدى خلافه رجع بما ضمن لأنه ملك الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب كما إذا ملكه بالهبة أو بالإرث وكما إذا ملكه المحتال عليه بما ذكرنا إن الحوالة تخالف الأمر بقضاء الدين حيث رجع بما أدى لأنه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين بالأداء وبخلاف ما إذا هلك المكفول الطالب عن الألف على عياله لأنه لم يقض كما إذا أبرأ الكفيل

رجل رجلا على أن يكفل عنه فلان بكذا من المال فلم يكفل فلان فالكفالة لازمة وليس له الخيار ترك الكفالة وفي مجموع النوازل جماعة قصدوا الوالي ليأخذ منهم شيئا بغير حق فأخفى بعضهم فظفر الوالي ببعضهم فقال المحتفون للذين وجدهم الوالي لا تطلعهم علينا وما أصابكم فهو علينا بالحصص فلو أخذ الوالي منهم شيئا فهلك الرجوع قال هذا مستقيم على قول من يقول بجواز ضمان الجناية وعلى قول عامة المشايخ لا يصح ولو كفل بما له على أن يعطيه من وديعة المكفول عنه التي عنده وجاز إذا أمره بذلك وليس له أن يسترد الوديعة منه فإن هلكت برئ الكفيل وإلى القول قول الكفيل أنها هلكت فلو غصبها رب الوديعة أو غيره أو استهلكها برئ الكفيل والحوالة على هذا ولو ضمن بالف على أن يعطيه إياها من ثمن هذه الدار لم يجب عليها لم يكن على الكفيل ضمان ولا يلزم بيع الدار

قوله وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره لاطلاق ما رويناه وهو قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم فانه أعم من كونه بأذنه أو بلا أذنه ولانه إنما عقد الكفالة التزام المطالبة وهو إنما الالتزام تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب بالضم على المطلوب لان ضرره ثبوت الرجوع والرجوع عليه لانه إنما الرجوع عند أمره وعند أمره يكون قد رضي به فان كفل بأمره رجع بما أدى لانه قضى دينه بأمره فقيد بأمرين أحدهما أن يكون المطلوب ممن يصح منه الأمر فلو كان صبيا أو محجورا أو أمر من يتكفل فلا رجوع له عليه فلو كان عبدا محجورا فانما يرجع عليه بعد عتقه فلو كان الصبي مأذونا صح أمره ويرجع الكفيل عليه بصحة أمره لسبب الاذن ثانيهما أن يشتمل كلامه على لفظة عني كان يقول اكفل عني بكذا أو على ضمن لفلان أو على قوله وأنا ضامن لفلان ونحو فلو قال اضمن الالف التي لفلان على لم يرجع عليه عند الاداء لان الكاتب محجور والامر بالضمان والاعطاء فيجوز أن يكون لقصد التبرع وإن يكون لقصد طلب تبرعه بذلك فلم يلزم المال وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لدليل ما في اشارات الاسرار إذا قال لرجل اضمن فلان الف درهم أو قضه الف درهم ففعل لم يرجع على الآمر إلا إذا كان خليفا أو شريكا وقال أبو يوسف يرجع لانه وجد القضاء بناء على الامر فلا بد من اعتبار الامر فيه وإن يكون كذلك لا إذا كان قضاء من جهته الذي أمر فصار كما لو قال اقض عني وتضمن ذلك استقراضا منه ومتى قلنا لا يقع عن الذي الغا الامر لانه يصير قاضيا عن نفسه فيصير وجود الامر وعدمه سواء أما الخليط فيرجع فيه بالاجماع والخليط هو الذي يغتاد الرجل مداينته والاخذ منه ووضع الدراهم عنده والاستجازة منه فاورد مطالبته بالفرق بين الامر بالكفالة وبين ما إذا قال أو علي زكوة مالي واطعم عني عشرة مساكين فادى عنه لا يرجع على الآمر ما لم يشترط الضمان فيقول على أني ضامن فلم يكيف بجرد الامر في الرجوع وإن ذكر فيه لفظة عني بل حتى يشترط الضمان وفي الكفالة اكتفى به واجاب في الذخيرة وبسوط شيخ الاسلام بان الامر طلب التمليك من المأمور في الفصول كلها لانه أمره أن يؤدي عنه ويقتضي عنه ولن يكون قاضيا عنه الا بعد ان يصير المقتضى به ملكا للآمر الا ان الملك للآمر انما ثبت في ضمن ملك القابض فثبت على وفقه فمتى يثبت للقابض ملك مضمون بالمثل يثبت للآمر مثل ذلك والا فلا وفي قضاء الدين انما ثبت للقابض ملك مضمون بالمثل لانه تملك بالمثل وهو الدين السابق حتى لو ظهر ان لا دين عليه يسترد منه المقبوض فثبت للآمر ملك مضمون بالمثل وليس كذلك الا القرض وفي باب الزكوة والكفارة يثبت للقابض ملك غير مضمون بالمثل حتى لو ظهر ان لا زكوة عليه لا يسترد من الفقير ما قبض فلم يثبت للآمر ملك مثل ذلك فلا ضمان عليه الا بالشرط والحاصل ان الامر في الكفالة تضمن طلب القرض اذ ذكر لفظة عني وفي قضاء الزكوة والكفارة طلب اتهاب ولو ذكر لفظة عني لما ذكرنا ان الملك انما ثبت للمكفول عنه على الوجه الذي ثبت للقابض وقوله وان كفل بغير امره لم يرجع هو قول الشافعي ورواية عن احمد وقول مالك وفي رواية عن احمد يرجع كالوكيل بالدفع لان الطالب بالاستيفاء منه كالمالك لما على المطلوب من الكفيل او كالمقيم له مقام نفسه في استيفاء المال من الاصيل وقلنا تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز حيث تساقطا لما في شيء من ذلك فانما معناه التشبيه اي هو كالمالك وفي الكفالة بالامر يجب المال للكفيل على الاصيل

قال وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يؤدي عنه لانه لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لان سبب العقد ثمة مبادلة حكمية قال فان لزمه المال لكن لدائن ان يلازم الكفيل حتى يخلصه لكذا اذا حبس كان له ان يحبسه لانه لحقه من جهته ما يشاركه بمثله وذا ابرء الطالب المكفول عنه او استوفى منه برئ الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لان الدين عليه في الصحيح فان ابرء الكفيل لم يبرء الاصيل عنه لانه تبع وان صالحه الطالب وبقاء الدين على الاصيل بدونه جائز وكذا اذا اخر الطالب عن الاصيل فاخر عن الكفيل ولو اخر عن الكفيل لم يكن تاخيرا عن الذي عليه الاصل لان التاخير ابراء موقت عند ابي حنيفة لان له ان يكفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يتاجل عن الاصيل لانه لا حق له الا الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل داخلا فيه اما هنا فبخلافه

حكما للكفالة كما وجب للطالب بها على الكفيل لكن يتاخر الى اداء وهو لا يكون في كفالة بالاسرة لانه تبرع ولا يمكن اثبات المال في ذمة المطلوب بلا رضاه ولذلك لا يرجع وقوله رجع بما ادى معناه اذا ادى بامضمونا اما اذا ادى خلافه فانما يرجع بما ضمن حتى لو كان الدين زيوفا فادى عنها جيادا فانما يرجع بالزيوف او كان الدين جيادا فادى عنها زيوفا فانما يرجع بالجياد بخلاف المامور باداء الدين فانه يرجع بما ادى فلو كان الدين جيادا فادى زيوفا فانه يرجع بالزيوف ولو كان زيوفا فادى جيادا يرجع بالزيوف ايضا لان رجوعه بحكم الامر فلم تعتبر صفة الجودة فيما اذا كان الدين زيوفا تحت الامر اما الكفيل فانما يرجع بحكم الكفالة وحكمها اداء ما على المكفول عنه اداء تيسيرا كالطالب نفسه فيرجع لنفس الدين فصار كما اذا ملك الكفيل الدين بالارث بان مات الطالب والكفيل وارثه فانما له عليه وكذا اذا وهب الطالب الدين للكفيل او تصدق به عليه فانه يملكه وليس للطالب به المكفول بنفسه فان قيل ينبغي ان لا تصح هبة الدين من الكفيل لان هبة الدين انما تصح فمن عليه الدين وليس الدين على الكفيل على المختار فهذه المسالة استدل بها من قال ان الكفالة تضم في الدين اجيب بان هبة الدين من غير من عليه الدين انما لا يجوز اذا لم ياذن للقابض في قبضه فاما اذا وهب الدين من آخر واذن له في قبضه جاز استحسانا وهنا لما ادى الدين فقد سلطه الطالب على قبضه من المطلوب كذا قيل والوجه ان يقال بعقد الكفالة سلطه على قبضه عند الاداء وانما اخترنا هذه العبارة لان لقبضه الطالب من الكفيل سقطت ولايته عن الدين الذي على المطلوب اذ لو صار ملكا له شرعا جبرا من غير اختيار من الطالب فلا يملك التسليط على ما ليس في ملكه والاوجه اما اعتبار الدين في ذمة الكفيل كما هو في ذمة الاصيل ويسقط عنها باداء احدهما كما هو احد القولين او اعتباره كذلك عند الهبة تصحيحا للتصرف واذا وهب الكفيل الدين لا بد من قبوله بخلاف ما اذا ابرأ لان الواجب عليه المطالبة وبالابراء يسقط فلا يحتاج الى القبول ولا يرتد بالرد وقوله وكما اذا ملك المحتال عليه الدين بالاداء الى المحتال بان احال المديون رجلا على رجل عليه دين فقبل الحوالة واداه فانه يملك الدين الذي على المحيل فيرجع به لا بما ادى حتى لو اداه عرضا او دراهم عن الدنانير لا يرجع الا بالدين كالكفيل وكذا لو ملك وكذلك لو وهب المحتال الدين للمحال عليه او تصدق به عليه او ورثه المحتال عليه من المحال وقوله كما ذكرنا في الحوالة اي حوالة الكفالة المنتهي بخلاف المامور باداء الدين فانه يرجع بما ادى لانه لم يملك الدين بالاداء كما ذكرنا قريبا وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف المكفول بها على خمسمائة حيث يرجع بما ادى وهو الخمس مائة لانه استقاط او هو ابراء عن بعض الدين فيسقط البعض ولا ينتقل الى الكفيل وقوله كما ابرأ الكفيل يعني عن خمسمائة واخذ منه خمسمائة لا يرجع الكفيل على المكفول عنه الا بخمسمائة كذلك اذا صالح على خمسمائة عن الالف لا يرجع الا بخمسمائة او المعنى اذا ابرأ الكفيل عن كل الدين لا يرجع بشيء فكذلك عن بعضه لا يرجع بخلاف ذلك لبعض اعتبار البعض بالكل قوله وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يؤدي عنه لانه اي الكفيل لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث له ان يرجع على الموكل بالثمن قبل ان يؤديه لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية فان الموكل لا يستفيد الملك الا من قبل الوكيل فكان الوكيل كالبائع واذا كان له حبس المشتري قبل قبض الثمن وللبائع المطالبة بالثمن قبل تسليم المبيع فكذا الوكيل فان لزوم الكفيل بالمال فلا ان يلازم المكفول عنه اذا كانت الكفالة توجب الرجوع حتى يخلصه وكذا اذا حبس كان له ان يحبسه خلافا للشافعي رح في الاظهر قال لانه لا دين له عليه اذ الدين لا يستقل اليه الا بالاداء ولم يوجد قلنا الملازمة وحبسه معه كما جاز ان يكون للدين جاز ان يكون لانه الذي ادخله في ذلك فعليه خلاصه ولا فيما مثل ما عامله به قوله واذا ابرأ الطالب المكفول عنه او استوفى منه حقه برئ الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل بالاجماع لان الدين عليه اي على الاصيل في الصحيح خلافا لمن ذكر ان الدين في ذمة الكفيل

فان صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي عليه الاصيل لانه اضاف الصلح الى الالف الذين وهي على الاصيل فبرئ عن خمسمائة لان اسقاط وابراءة توجب براءة الكفيل ثم براءة جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة ان كانت الكفالة بامره بالخلاف ما اذا صالح على جنس آخر لانه مبادلة حكمية فلكه فيرجع بجميع الالف ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل لان هذا ابراء الكفيل عن المطالبة

كذا قيل ولعين لهذا الخلاف اثر هذا بل القائل ان الدين في ذمة الكفيل والقائل ليس الا في ذمة الاصيل قائل بان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لان ضمان الكفيل يشترط بقاء ضمان الاصيل ويشترط قبول الاصيل اوسعايته قبل القبول والرد فان ذلك يقوم مقام القبول ولو رده او ارتد ورد على الطالب على حاله واختلف المشايخ ان الدين هل يعود الى الكفيل ام لا لانفساخهم ليعود وبعضهم لانخلاف الكفيل فيما اذا ابرأ صح قبل او لم يقبل ولا يرجع على الاصيل لما ذكرنا وقريبا ولو كان ابرأ الاصيل او هبه او تصدق عليه بعد موته فعند ابي يوسف القبول والرد للورثة فان قبلوا صح وان ردوا ارتد وقال محمد لا يرتد برد هم كما لو ابرأه وفي حالة حيوته ثم مات وهذا تحقيق بالابراء وان ابرأ الكفيل لم يبرأ المكفول عنه لان عليه اي على الكفيل المطالبة دون الدين ويقاد الدين عبده اي بدون المطالبة على تاويل الطلب جائز فلم يلزم من عدم المطالبة عدم الدين على الاصيل فلا يبرأ الاصيل بابراء وكذا اذا اخر عن الاصيل فهذا تاخير عن كفيله ولو اخر عن الكفيل لم يكن تاخيرا عن الاصيل لان التاخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد فان قيل الابراء المؤبد لا يرتد والكفيل والموقت يرتد رده ويبرأ الاصيل يرتد ان كلا منهما والجواب ان الفرق بينهما في حكم لا يستلزم الفرق بينهما في كل حكم وسبب الافتراق في ذلك الحكم وهو الارتداد وبالرد عليه ما ذكر في الذخيرة ان الابراء المؤبد اسقاط محض في حق الكفيل ليس فيه تمليك مال لما ذكرنا ان الواجب بالكفالة مجرد المطالبة والاسقاط المحض لا يحتمل الرد وقد اشتبه الساقط كاسقاط الخيار واما الابراء الموقت فهو تاخير مطالبة وليس باسقاط الا ترى ان المطالبة تعود بعد الاجل والتاخير قابل للابطال بخلاف الاسقاط المحض فاذا عرف هذا فما لم يقبل الكفيل التاخير او الاصيل فالمال حال للطالب للحال وهذا بخلاف ما لو كفل بالمال اي بالدين الحال موجلا الى شهر مثلا فانه يتاجل عن الاصيل الى شهر لانه اي المكفول له لا حق له حال الكفالة الا في الدين فليس اذ له حق يقبل التاجيل سوى فكان الاجل الذي يشترط الوكيل داخلا فيه فبالضرورة يتاجل عن الاصيل اما ههنا وهو ما اذا كانت الكفالة ثابتة قبل التاجيل فبخلافه لانه تقرر حكمها قبل التاجيل انه جواز المطالبة ثم طرأ التاجيل عن الكفيل فينصرف الى ما تقرر عليه بالكفالة وهو جواز المطالبة قوله فان صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة ان شرط براءتهما جميعا عن الخمسمائة او شرط براءة المطلوب وحده جميعا وان شرط براءة الكفيل وحده برئ الكفيل عن خمسمائة من الالف تمامها على الاصيل فيرجع الكفيل بخمسمائة ان كان بامره وهذا الطالب بخمسمائة بخلاف ما لو صالح على خمسمائة على ان يهب له الباقي حيث يرجع الكفيل بالف وان لم يشترط براءة واحد منهما بان لم يزد على قوله صالحتك عن الالف على خمسمائة وهي مسالة الكتاب يبرأ جميعا عن خمسمائة لانه اي الكفيل اضاف الصلح الى الالف الذين وهو اي الدين على الاصيل فيبرأ الاصيل عن خمسمائة ومن ضرورته ان يبرأ الكفيل منها على ما ذكرنا ويرجع الكفيل على الاصيل بالخمسمائة التي اوفاها ولا خلاف في هذا بخلاف ما لو صالح بجنس آخر مبادلة نيلكه اي الدين فيرجع بجميع الالف وعند الائمة الثلاثة يرجع بالاقل من الدين ومن قيمة السلعة التي صالح بها لانا في هذا القدر ولا يجعل الصلح بجنسه مبادلة لان الخمسمائة لا تجعل عوضا عن الالف لما فيه من الربا ولا يمكن تمليكها من الكفيل لان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز ولا يمكن ان يجعل واجبة في ذمة الكفيل تصحيحا للصلح مع الكفيل حتى يصير البراءة عن خمسمائة مشروطة للكفيل كما لو صالح على خلاف الجنس لان وجوبها في ذمة الكفيل عند الحاجة اليه تمليك وفي خلاف الجنس يحتاج الى التمليك وفي الجنس لا يحتاج لما فيه من الربا بل هو اسقاط الخمسمائة فكانت البراءة عن خمسمائة مشروطة للاصيل وتسقط عنهما ثم يرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة اذا كان كفل بامره ولو كان صالحه عن ما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل لان الواجب بالكفالة المطالبة والبراءة منها براءة من الكفالة فيبقى حال المطالب على ما كان قبل الكفالة وجعل في النهاية صورة هذه المسالة ما في المبسوط لو صالحه على مائة على ان

قال ومن قال لآخر الكفيل ضمن له ما قد برئت إليه من المال رجع الكفيل على المكفول عنه بما ضمن إلا براءة الذي تبرأ منها من الملطوب وانتهاؤها لأن الطالب قال ومن قال لآخر الكفيل ضمن له ما قد برئت إليه من المال رجع الكفيل على المكفول عنه بما ضمن إلا براءة الذي تبرأ منها من الملطوب وانتهاؤها لأن الطالب يكون لا إلى خلف فيكون هذا إقرارا له بالقبض وإن قال له أبرأتك أو لا حق لي عليك في هذا لم يرجع الكفيل على المكفول عنه بشيء لأنه لا يقتضي القبض وإن قال له لا تطالبه أو لا سبيل لك عليه فليس بشيء

ومن استاجر دابة ليحمل عليها ان كانت بعينها لا يصح الكفالة بالحمل لانه عاجز عنه وان كانت في الذمة جازت الكفالة لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه او الحمل على دابة اخرى ولو استاجر عبدا للخدمة فتكفل رجل بما يجب له من الخدمة وخرج العبد

بها على معنى انه يجب تسليمه على الكفيل فان هلك فعليه به لان هذا القدر لا يجب على الاصيل بل لو هلك المبيع فانما يسقط الثمن او الرهن سقط من الدين بقدره والباقي ظاهر فلا يجب على الكفيل وعلى معنى الكفالة بتسليم العين صح كما ذكرنا فمتى هلك لا شئ على الكفيل وفائدة تبع الزام احضار العين وتسليمها ولو عجز بان مات العبد المبيع او المستاجر او الرهن انفسخت الكفالة على وزان الكفالة بالنفس هو الرواية وذكر شمس الائمة السرخسي ان الكفالة بتسليم العارية باطلة باطل فقد نص في الجامع الصغير ان الكفالة بتسليم العارية صحيحة وكذا في المبسوط ونص القدوري انها بتسليم المبيع جائزة ونص في التحفة على جميع ما اوردناه ان الكفالة بالتسليم صحيحة والوجه عندي ان لا فرق بين الثلاثة الاول من الوديعة ومال المضاربة والشركة وبين العارية وما معها من الامانات اذ لا شك في وجوب الرد عند الطلب فان قال الواجب التخلية بينه وبينها لا ردها اليه فنقول فليكن مثل هذا الواجب على الكفيل وهو ان يخلصها ويخلي بينه وبينها بعد احضاره اليها ونحن نعني بوجوب الرد ما هو اعم من هذا ومن تحمل المرد ود اليه قال في الذخيرة الكفالة بتسليم المرهون من الاخذ صحيحة واما مضمونة بنفسها كالمغصوب والمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء فتصح الكفالة بها ويجب على الكفيل ما يجب على الاصيل فهو رفع العين وان عجز وجبت قيمته او مثله على الكفيل وفي المبسوط ادعى عبدا في يد رجل فلم يقدمه الى القاضي واخذ منه كفيلا بنفسه وبالعبد فمات العبد في يد المطلوب واقام المدعي البينة ان العبد عبده يقضي القاضي بقيمته على المطلوب ان شاء على الكفيل لان بالبينة ظهر ان العبد كان مغصوبا والكفالة بالعين المغصوبة توجب القيمة والقول قول الكفيل في قيمته لانكاره الزيادة كالاصيل اعني الغاصب فان اقر الغاصب باكثر منه لم يصدق ولا يصدق على الكفيل وفي المبسوط كفل بالرهن وفيه فضل على الدين فهلك على المرتهن ليس على الكفيل شئ لان عين الرهن والزيادة على مقدار الدين من الرهن امانة في يد المرتهن فلا يضمن الكفيل شيئا من ذلك بالكفالة ولو ضمن لصاحب الدين بانتقاص الرهن من دينه وكانت قيمة الرهن تسعمائة والدين الف مثلا ضمن الكفيل مائة لانه التزم بالكفالة دينا مضمونا في ذمة الاصيل واستعار الراهن المرهون من المرتهن على ان اعطاه كفيلا به فهلك عند الراهن لم يلزم الكفيل شئ لانه لا ضمان للمرتهن على الاصيل بسبب هذا القبض فلا يضمن الكفيل ايضا ولو كان الراهن اخذه بغير رضا المرتهن جاز ضمان الكفيل واخذ به لان الراهن ضامن بمالية العين هنا لا يرى انه لو هلك في يده ضمن قيمته للمرتهن فيكون هذا بمنزلة الكفالة بالمغصوب ولفظ المستاجر في كلام المصنف بالفتح في الموضعين وقد منا انه متى هلك وكل من المبيع والرهن والمستاجر بعد الكفالة بتسليم لا شئ على الكفيل ففي البيع والرهن تقدم ما يفيد وجهه وفي المستاجر ان الاجارة تنفسخ به وخروج الاصيل من ان يكون طالبا بتسليم العين وانما وجب رد الاجرة والكفيل بالكفل لا اجرة قوله ومن استاجر دابة ليحمل فانكانت بعينها اي اجره ان يحمله على هذه الدابة لا تصح الكفالة لانه عاجز عن الفعل الواجب على الاصيل وهو حمله على هذه الدابة لانه لا ملك له في هذه الدابة ليحمله عليها وانكانت بغير عينها جازت لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه او على دابة يستاجرها والحمل هو المستحق وهو مقدور الكفيل فصحت كفالته به وورانه من استاجر عبد المخدمة فتكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا من انه عاجز عنه اذ لا يملك العبد اما كفل بنفس العبد المستاجر فهو صحيح على ما عرف ولو هلك لا شئ على الكفيل وقال شارح في الفرق بين الحمل على العين وغير المعين بان الدابة اذا كانت بعينها فالواجب على الاجير تسليم الدابة لا الحمل فالكفالة بالحمل كفالة بما لم يجب على الاصيل فلا تصح بخلاف ما اذا كانت غير معينة لان الواجب هو الحمل ويمكن استيفاؤه من الكفيل فصحت الكفالة انتهى واعترض الاصحاب بان الواجب انكان ليس الا تسليم الدابة المعينة فيجب ان تحمله الذي هو فعل غير معقود عليه وانما المعقود عليه حمل الدابة فكذلك اجارة حمله على دابة الى مكان كذا ليس عليه سوى تسليم اي دابة كانت اذ لا يجب تحميله الذي هو فعله لانه ليس اجيرا لرجل نفسه فلا فرق فينبغي ان لا يجوز الكفالة فيه ايضا لان الحمل ايضا غير واجب على الاصيل بعين ما في التي قبلها والحاصل انه انكان الحمل على الدابة تسليمها

قال ويصح الكفالة بالمال المعلوم لمن يجب عليه دين معلوم وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف ان كان يجوز ان يبلغه فليس بشيء وان لم يشترط في المجلس
لان الجهالة لا تمنع صحة الكفالة بالنفس لان حضوره ليس بمستحق للتسليم وهذا مثله لان ما يجب عليه هذا قد يكون يسيرا وقد يكون كثيرا فلا يتمكن المكفول
في الحال من تسليم ما عليه فلا يتحقق التسليم قال ويصح تعليق الكفالة بالشرط وتوقيتها وهو ان يقول ان لم يوافك غدا فانا ضامن لما يدركك وهذا استحسان
وفي القياس لا يصح وهو قول زفر رح لانه اسقاط فلا يحتمل التعليق بالشرط كالابراء وجه الاستحسان ان الكفالة التزام المطالبة وانه يحتمل التعليق بالشرط
كالكفالة بالنفس ولان الحاجة داعية الى التعليق بالشرط لان الطالب قد يحتاج الى ان يسافر ولا يجد من يكفل بنفس الغريم فيكفل بما يدركه في سفره
فيسقط عنه بالتعليق بالشرط ويصح تأجيل المطالبة بالكفالة بالمال الى وقت معلوم لان المطالبة تلزم عند حلول الاجل فيتأخر التسليم بتأخر سببه وهو
الوجوب ولا يصح تأجيل المطالبة بالكفالة بالنفس لان التسليم واجب في الحال ولا يجوز تأخيره بعد ما وجب ولان الكفالة بالنفس شرعت لتعجيل التسليم
فلا يحتمل التأجيل ويصح الرجوع على الكفيل بالمال بعد ما ادى بامر المكفول له لان الكفيل قضى دينه بامره فيرجع عليه بما قضى ولا يرجع قبل ان يؤدي
لان سبب الرجوع هو الاداء بامره فلا يثبت قبله ويرجع بعد ما افتكه بما افتكه به لان الفكاك من توابع الاداء فيثبت الرجوع به ضرورة ويرجع بما لزمه
من النفقة على الاصيل بعد ما اشهد على الاداء لان الكفيل متبرع في النفقة قبل الاشهاد لانه انفق على ملك غيره بغير امره فلا يرجع عليه بما انفق
ويرجع بعد الاشهاد لان الظاهر انه انما انفق ليرجع عليه ويرجع بما اداه من الدين لان الكفالة بالمال سببها الدين فيرجع بما اداه من الدين
ويرجع بما لزمه من النفقة على الاصيل بعد ما اشهد على الاداء لان الكفيل متبرع في النفقة قبل الاشهاد لانه انفق على ملك غيره بغير امره فلا يرجع عليه بما انفق
ويرجع بعد الاشهاد لان الظاهر انه انما انفق ليرجع عليه ويرجع بما اداه من الدين لان الكفالة بالمال سببها الدين فيرجع بما اداه من الدين

يتبعي ان يصح الكفالة فيما لان الكفالة تسليم المستأجر صحيحة مولم يمنع من كون المستأجر بمكانا غير الكفيل وان كان التسليم متعينا لان الاصح فيهما لان التسليم
غير واجب على الاصيل والحق ان الواجب في الحمل على الدابة معينة او غير معينة ليس مجرد تسليمها بل المجموع من تسليمها والاذن في
تحميلها وهو ما ذكره في النهاية مع التركيب وما ذكرنا من الحمل عليها نفي المعينة لا يقدر على الاذن في تحميلها او ليست له ولاية عليها فيصح
اذنه الذي هو معنى الحمل وفي غير المعينة يكفيه ذلك عند تسليم دابته نفسه او دابة استأجرها قوله ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له
في المجلس عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف يجوز اذا بلغه الخبر فاجاز فلم يشترط في بعض النسخ اي نسخ كفالة الاصل عن ابي يوسف الاجازة بل
انه نافذ ان كان المكفول له غائبا وهو الاظهر عنه والحاصل ان عند ابي حنيفة ومحمد روايتين والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا وجه رواية النفاذ
لانه التزام فيستبد به الملتزم ولا يتعدى له ضرر الى المكفول له لان حكمه لا يوجب عليه شيئا لانه مختار في المطالبة لا ملزوم فان رأى مطالبته طالبه
والا لا والتوقيف احال الامر فيه التوقف على ما ذكر في الفضولي في النكاح وجه ان شرط العقد عند ابي يوسف يتوقف حتى اذا عقد فضولي لامر آخر على آخر توقف على
الاجازة وكما اذا كان عقدا اما بان خاطب عنه فضولي آخر عند هما لا يتوقف الا ان خاطب فضولي آخر فلا يتوقف عند هما الا العقد تام
وجههما ان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيتم بهما جميعا والوجه من الموجب وحده وشطر العقد فلا يتوقف على دراري المجلس وهذا
يقتضي انه لو تم عقد بقبول فضولي آخر توقف وقد صرح بذلك عنهما قالوا اذا قبل عنه قبل ان يتوقف بالاجماع وح فقوله في جميع المسئلة لا تصح الا
بقبول المكفول له في المجلس غير صحيح بل الشرط ان يقبل في المجلس ان كان حاضرا فيفيد او يقبل عنه فضولي اذا كان غائبا فيتوقف الى اجازته
او رده وقوله الا في مسئلة واحدة استثناء من قوله لا تصح الا بقبول المكفول له في المجلس فان في هذه المسئلة صحت من غير قبوله في المجلس ولا قبول فضولي
عنه وهو ان يقول المريض المديون لورثته تكفلوا عني بما علي من الدين فتكفل عنه بدين غيبة الغرماء فانه يصح استحسانا فلغرمائه مطالبته وذكر الاستحسان وجهين
احدهما ان قوله تكفلوا عني وصيته اي في معنى الوصية اذ لو كان حقيقة الوصية لم يفترق الحال بين حال الصحة والمرض في ذلك وقد ذكر في المبسوط ان ذلك
لا يصح منه في حال الصحة واذا كان بمعنى الوصية فكانه انما قال لهم اقضوا ديوني فقالوا نعم او قالوا تكفلنا بها فلذا قال المشايخ انما تجوز ذلك اذا كان لهم
مال لا يوجد الورثة بدونه ولو كان حقيقة الكفالة لاخذوا بها حيث تكفلوا انتهى ما ذكر في المبسوط والاصح ان حق الغرماء يتعلق بتركته في مرض موته لانه يتبدد
بضعفها بمرض الموت ولذا امتنع تصرفه في ماله كيف شاء واختار فضل تأخيرا عن الغرماء المكفول لهم عالما لهم لما في ذلك من السعاية لتفريغ ذمته ففيه نفع للطالب
المكفول له كما حضر بنفسه فان قيل غاية الامر ان يكون كالطالب حضر بنفسه فلا بد من قبول فان الصادر منه قوله تكفل ولو قال تكفل لي بما لي على فلان فقال
كفلت لا يتم الا ان يقول بعد ذلك قبلت ونحوه كالبيع او قال بعني بكذا فقال بعت لا ينعقد حتى يقول الآخر قبلت فاجاب المسلم بقوله انما لا يشترط القبول
بعد قول الوارث تكفلت لانه اي لان قوله تكفل الا يراد به المساومة وانما يحتج في البيع لذلك لانه يراد به المساومة وههنا لا يراد به التحقيق بدلالة حاله
فان حالة الموت ظاهرة في الدلالة على قصده والى تحقيق الكفالة وتخليص نفسه لا على المساومة بها فصار الامر ههنا كالامر بالنكاح فيما لو قال زوجني بنتك
فقال زوجتكها انعقد وان لم يقل قبلت حيث كان النكاح لا يجري فيه المساومة وقال المريض ذلك لاجنبي فمن اختلف المشايخ منهم من قال لا يجوز لان
الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه بل التزام فكان المريض في حق الاجنبي كالصحيح سواء ولو قال ذلك لاجنبي او لوارثه لا يصح الا ان يقبل الطالب ومنهم من قال
يصح من الاجنبي وينزل المريض منزلة الطالب بحاجته لتصديق الحال عليه كما ذكرنا في الوارث وهو وجه وما في المبسوط من قوله وهذا هو المريض صحيح ان لم يعين

قال واذا مات الرجل وعليه دين فان لم يترك شيئا لم تكفل عنه رجل للغرماء لم تصح عند ابي حنيفة رح وقال تصح لان كفالة دين ثابت واجبة لحق الطالب فلم يوجد المسقط فبقي في حق الحكم لا في حق التبرع به الانسان لا يعجز عن ذلك اذا كان كفيلا لمال فلان الدين هو الواقع حقيقة وضم اليه وصف الوجوب لكونه في الحكم مالا لانه يؤدى منه فيسقط بالعجز كما لو عجز نفسه بخلافه فان غيبة الاستيفاء لا يسقط شيئا من ذلك والتبرع كما اذا قام الدين ولان كفيلا لرجل بخلافه اذا قضى الدين لان تعذر المطالبة ثمة لا يوجب سقوط الدين عن الكفيل فكذا هنا قال ومن كفل عن رجل بالف عليه مؤجلة فقضاها الكفيل قبل ان يحل المال ليس له ان يرجع فيها لانه تطوع حق القابض على الحال فصار كقضاء الدين قبل الاجل وكذا اذا قضى المطلوب بنفسه وتبت له حق الاسترداد لانه يجب بالمطالبة ولم تكن المطالبة ثابتة وانما تثبت المطالبة عند حلول الاجل ولو نزل منزلة الدين المؤجل فهذا والبراء الكفيل المطلوب قبل الحال لا يصح فكذا اذا قضى بنفسه يملكه الا ان فيه نوع خبث بينته فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قدرنا في البيوع

ولا صاحب الدين فانه انما يصح بطريق الوصية لورثته بان يقضوه ديته والجهالة لا تمنع صحة الوصية بنى على غير الوجه الاوجح وهو انها كفالة ولا حاجة الى ذلك بل هي كفالة وجهالة المكفول به وهو الدين لا يضر في الكفالة وقد فرض ان المريض قائم مقام المكفول له هو معين فلم يكن المكفول له مجهولا حكما لهذا الاعتبار

قوله واذا مات الرجل وعليه دين ولم يترك شيئا فكفل رجل بالدين رجا عليه لم يصح عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد والائمة الثلاثة وأكثر اهل العلم يصح لانه كفل بدين ثابت لعموم قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم وما روى انه صلى الله عليه وسلم اتي بجنازة انصاري فقال هل على صاحبكم دين قالوا نعم ثلاثة دنانير فقال عليه السلام صلوا على صاحبكم فقام ابو قتادة فقال هما علي فصلى صلى الله عليه وسلم عليه فلو لم تصح الكفالة عن الميت لما صلى عليه بعد الكفالة ولانه كفل بدين ثابت لانه اي الدين وجب في حياته بحق الطالب وهو باق ولم يوجد المسقط وهو الاداء والابراء او الفساخ بسبب وجوبه ولم تحقق بالموت شيء من ذلك ويدل على بقائه كونه يطالب به في الآخرة ولانه لو تبرع به انسان جاز اخذ الطالب منه ولو سقط بالموت ما حل له اخذه ولانه لو كان بكفيل قبل موته بقيت الكفالة ولو بطل الدين بطلت الكفالة لسقوطه عن الكفيل الاصيل ولابي حنيفة رح انه كفل بدين ساقط في حكم الدنيا لاطلاقا والكفالة من احكام الدنيا لانها توثق ليأخذ منه فيها لا في الآخرة فلا تتصور بها وجود بلا دين لذلك ولان الدين فعل حقيقة ولذا يوصف بالوجوب والموصوف بالاحكام الافعال وقد عجز عنه بنفسه وبخلفه وهو الكفيل الكائن قبل سقوطه فسقط في احكام الدنيا ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين ولو كان يقيد الاضافة الى التبرع بالدين وهو الحق وانما يعتمد قيامه بالنسبة الى من عليه دون من له او الكفالة نسبتها بين كل من المكفول له والاصيل لانه التزام ما على الاصيل للمكفول له ولو كان بكفيل لم يعجز بخلفه فلم يسقط الدين بموته فصحت بخلاف الكفالة بعد موته فانها كفالة بعد السقوط ولو كان له مال فالا فضاء الى الاداء باق فلم يسقط الدين فصحت الكفالة عن الميت الملي واما حديث ابي قتادة فليس فيه صريح انشاء الكفالة بل يحتمل تحمله ما على كل من انشائها والاخبار بها على حد سواء والاعموم لواقعة الحال فلا استدلال به في خصوص محل النزاع فيحتمل الوعد بهما وامتناعه صلى الله عليه وسلم من الصلوة عليه ليظهر طريق ايفائها لا بقيد طريق الكفالة فلم يظهر وعدهما او الاقرار بالكفالة بها حصل المقصود وفصلي عليه ونقض اثبات سقوط الدين بمسائل احدها لو مات المشتري مفلسا قبل اداء الثمن لا يبطل البيع قبل هلاك المبيع وسقط الثمن بطل ولو اشترى بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض يبطل البيع بهلاك الثمن في نفسه فعلم ان سقوط الدين بالنسبة الى الدنيا لا تبطل الدين ثانيها انه لو كان بالدين كفيل يبقى على حاله اذ مات مفلسا ولو سقط في احكام الدنيا لم تبق الكفالة ثالثها لو كان بالدين رهن بقي الدين عليه بعد موته مفلسا لبقاء الرهن انما يكون ببقاء الدين ولان تعذر المطالبة بمعنى لا يوجب بطلان الدين في حال الحياة كالعبد المحجور اذا اقر بدين فكفل عنه كفيل صح وان كان لا يطالب به في حال رقه فكذا في حال الموت اجيب عن الاول بان الدين انما يبطل بموته في حق المستحق حتى جاز ان يأخذه من المتبرع والكفالة تعتمد قيام الدين في حق الاصيل كما ذكرنا وقد سقط بهذا الاعتبار لضرورة بطلان المحل فيقدر بقدر الضرورة وعن الثاني بان كساد الفلوس يبطل الملك في حق المشتري فلذلك انتقض العقد وهنا الدين باق في حق صاحب الدين فلا يبطل العقد وعن الثالث فلان ذمة الكفيل السابق كفالة خلف عن ذمته فلا تبطل ذمته بالموت ومثله الرهن واما العبد فله ذمة صالحة فتصلح الكفالة وتتأخر المطالبة بحق المولى كما ان الدين ثابت في ذمة المفلس الحي وان كان لا يطالب به **قوله ومن كفل عن رجل بالف عليه بامره فقضاه اي قضى الرجل المكفول عنه الكفيل الالف التي كفل بها قبل ان يحل المال رجع الكفيل الالف صاحب المال وذكر ضمير يعطيه على تاويل المال او المكفول به اللازم من قوله كفل عن رجل وصاحب المال مفعول اول يعطي والمفعول الثاني هو ضمير المال المقدم في يعطيه فليس له اي ليس للرجل المكفول عنه ان يرجع فيها وهو وجه للشافعي وفي وجه آخر ان يرجع وهو قول مالك واحمد

[illegible] بكر خصمه فقضى عليه بكفيل بنفسه فاعطى به رهنا فقضى له به فهلك الرهن
[illegible] لم يجب على الكفيل شيء لان الرهن هلك امانة في يد المرتهن وان قضى له بالمال على الكفيل
[illegible] فهلك الرهن هلك بالمال على الكفيل لان الرهن هلك مضمونا بالدين وهذا عند ابي حنيفة
[illegible] وقالا يهلك امانة وهو قول الشافعي لان الرهن امانة في يد المرتهن عندهما ولهذا لا يضمن
[illegible] بالهلاك من غير تعد ولابي حنيفة ان الرهن مضمون بالدين بدليل انه يهلك بقدر الدين
[illegible] وان كان قيمته اكثر من الدين ولان الرهن محبوس على الدين فكان مضمونا به كالمبيع
[illegible] في يد البائع وهذا لان الرهن محبوس على الدين ليستوفي من ثمنه عند تعذر الاستيفاء
[illegible] من الراهن فيكون مضمونا بالدين كالمبيع في يد البائع بخلاف الوديعة لانها محبوسة
[illegible] لمنفعة المالك خاصة وهي الحفظ فكانت امانة محضة وبخلاف المستأجر لان الحبس
[illegible] هناك لمنفعة نفسه وهي استيفاء المعقود عليه وهو المنفعة فكان امانة ولان الرهن
[illegible] لم يكن مضمونا به وهلك بعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق في رواية ثم عليه في رواية
[illegible] لان الخبث حق الشرع فيرد اليه ليصل الى حقه ولان الحق له وهذا اليد انه طيب له فقير كان او غنيا وفيه روايتان والاوجه طيبه له
[illegible] وان كان غنيا لما ذكرنا من ان الحق له الا انه استحباب لا جبر لان الملك للكفيل واعلم انه تكرر في هذه المسئلة مقابلة الاستحباب بالحكم فقال او لا احب الى
[illegible] ان يرده ولا احب في الحكم اي في القضاء وثانيا لانه استحباب لا جبر يعني لا يجبر الحاكم على ذلك فاذا كان المراد بالاستحباب ما يقابل جبر القاضي يكون
[illegible] المعنى لا يجبر القاضي ولكن يفعله هو ولا يلزم من عدم جبر القاضي وعدم الوجوب فيما بينه وبين الله تعالى اذ قد عرف ان المراد بالاستحباب عدم جبر القاضي
[illegible] عليه فجاز ان يكون واجبا فيما بينه وبين الله تعالى ويستحب في القضاء غير محبور عليه والعبارة المنقولة عن فخر الاسلام في وجه قول ابي حنيفة رح وهو الاستحسان
[illegible] قال ووجه الاستحسان ان ما قبضه الكفيل مملوك له ملكا فاسدا من وجه فان للاصيل استرداده حال قيام الكفالة بقضائه بنفسه واسترداد المقبوض حال
[illegible] قيام العقد حكم ملك فاسد كما في البيع الفاسد وانما قلنا حال قيام الكفالة لان الكفالة لا تبطل باداء الاصيل ولكن تنتهي كما لو ادى الكفيل بنفسه فهلك المقبوض

بخلاف ما اذا مات عنده او هلك الاصيل وهو بين ان يكفنه وان الامانة ما اذا كان دفعه الى الكفيل على وجه الرسالة الى المطلوب ولو لم يملكه فتقيد
بما قبله وهذا هو الوجه الاول من الوجهين الذين ذكرهما المصنف لانه تعلق حق القابض على احتمال قضاء الدين فلا تجوز المطالبة بما بقي هذا
الاحتمال الحاقا بالزكوة المعجلة للساعي تعلق حق القابض على احتمال ان يتم الحول والنصاب كامل فلم يجز استرداده شرعا ما بقي هذا الاحتمال
والوجه الثاني انه اي القابض ملكه بالقبض على ما ذكر بدليل ما ذكره بعد سطر في تعليل طيب الربح للكفيل لو عمل فيه فربح وهو قوله لانه ملكه حين قبضه
اما اذا قضى الدين فظاهر وكذا لو قضى المطلوب بنفسه الدين ولم يقبض الكفيل وثبت المطلوب الاسترداد بما وقع الكفيل وانما حكمنا بثبوت
ملكه اذ اقتضى الاصيل بنفسه لانه اي الكفيل وجب له الرجوع والكفالة على الاصيل مثل ما وجب للطالب على الكفيل وهو المطالبة الا اي لكن اخرت مطالبة
الكفيل الى ادائه فتنزل المكفيل على الاصيل بمنزلة الدين المؤجل او مجل المديون الدين المؤجل يملكه الدائن بقبضه وكذا هذا وانما اي والدليل ان للكفيل
حق المطالبة ساعة ان لو ابرأ الكفيل الاصيل قبل اداء الكفيل يصح حتى لا يرجع الاصيل بعد ذلك اذا ادى وجاز اخذ الكفيل من الاصيل رهنا به قبل اداءه فكذا
اذا قبضه يملكه يعني اذا كان بحيث يصح الابراء منه كان بحيث يملكه اذا قبضه واذا ملكه كان الربح له الا اي لكن استثنا منقطع فيه نوع خبث على قول ابي حنيفة
بنية عن قريب فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وهو الالف التي قضاه ايا ها لان الدراهم لا تتعين وقد قررناه في البيوع في آخر فصل في الاستحقاق قوله ولو
كانت الكفالة بكر حنطة فدفعه الاصيل الى الكفيل والباقي بحاله والربح له اي للكفيل لما بينا انه ملكه اي ملك الكفيل وانما بينه في ضمن بيان انه ملك المقبوض قال ان
ان يرده على الذي قضاه الكر والاجب عليه ورد اعند ابي حنيفة في زيادات الجامع الصغير لاشكال ضمير قال لابي حنيفة فقوله ورد اعند ابي حنيفة في رواية الجامع الصغير
انما ذكره تمهيدا لنصب الخلاف بذكر قولهما حيث لم يصح بناء عليه قال وقالا لا يرده عليه وهو رواية اخرى عن ابي حنيفة وهو رواية كتاب البيوع
من الاصل وعنه اي عن ابي حنيفة رواية ثالثة انه يتصدق به وهي رواية كتاب الكفالة منه لهما انه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه وفي ثبوت ملكه من
انه وجب له على الاصيل الخ فيسلم له ولابي حنيفة انه تمكن الخبث مع الملك اما لقصور ملكه بسبب ان الاصيل يسبيل من استرداده بان يقضي هو الطالب
فينتقض ملك الكفيل فيما قبض او لانه انما رضي بالملك اي بملك الكفالة فيه على اعتبار قضاء الكفيل فاذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به والوجه ان يعطف ما لا وفاقا
وجهان لا ان الوجه احدهما بل كل منهما ثابت وهو قصور الملك بسبب ثبوت ذلك الحيثية وعدم رضى الاصيل بملك الكفيل بما وقع له الا على ذلك التقدير
وهو منتف وشبه الخبث يعمل فيما يتعين وهو الكر لا فيما لا يتعين كالالف مثلا فيكون سبيله التصدق في رواية ويرده عليه في رواية اخرى وهي الاصح لان
الخبث حق الاصيل لا يجب الشرع فيرد اليه ليصل الى حقه ولان الحق له وهذا اليد انه طيب له فقير كان او غنيا وفيه روايتان والاوجه طيبه له
وان كان غنيا لما ذكرنا من ان الحق له الا انه استحباب لا جبر لان الملك للكفيل واعلم انه تكرر في هذه المسئلة مقابلة الاستحباب بالحكم فقال او لا احب الى
ان يرده ولا احب في الحكم اي في القضاء وثانيا لانه استحباب لا جبر يعني لا يجبر الحاكم على ذلك فاذا كان المراد بالاستحباب ما يقابل جبر القاضي يكون
المعنى لا يجبر القاضي ولكن يفعله هو ولا يلزم من عدم جبر القاضي وعدم الوجوب فيما بينه وبين الله تعالى اذ قد عرف ان المراد بالاستحباب عدم جبر القاضي
عليه فجاز ان يكون واجبا فيما بينه وبين الله تعالى ويستحب في القضاء غير محبور عليه والعبارة المنقولة عن فخر الاسلام في وجه قول ابي حنيفة رح وهو الاستحسان
قال ووجه الاستحسان ان ما قبضه الكفيل مملوك له ملكا فاسدا من وجه فان للاصيل استرداده حال قيام الكفالة بقضائه بنفسه واسترداد المقبوض حال
قيام العقد حكم ملك فاسد كما في البيع الفاسد وانما قلنا حال قيام الكفالة لان الكفالة لا تبطل باداء الاصيل ولكن تنتهي كما لو ادى الكفيل بنفسه فهلك المقبوض

قال ومن كفل عن رجل بأمر عليه مهتاع لا حمل ان يتعين عليه حريرا فعل فالشراء للكفيل والربح الذي ربح البائع فهو عليه ومعناه الامر ببيع العينة مثل ان يستقرض من تاجر عشرة فيقول له علي بيع منه قربايساوي عشرين بخمسة عشر مثلا رغبة في نيل الزيادة لبيعة المستقرض بعشرة ويحمل عليه خمسة سمي به لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم البخل ثم قيل هذا ضمان ما يخسر المشتري نظرا الى قوله علي وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل هو توكيل فاسد لان الحرير عند متعين وكذا الثمن غير متعارف بجهالة فاذا وعلى الدين وكيف ما كان فالشراء للمشتري وهو الكفيل والربح الزيادة حصلت له بالعقد

لكنا فاسدا من وجه صحيحا من وجه ولو كان فاسدا من كل وجه بان اشترى مكيلا او موزونا ملكا فاسدا وربح يجب التصدق بالربح او الرد على المالك لان الخبث كان تحقق فيرد ويرد عليه كالغاصب اذا آجر المغصوب ثم رده فان الاجر له يتصدق به او يرده على المغصوب منه فكذا في الملك الفاسد من كل وجه ولو كان الملك صحيحا من كل وجه لا يجب التصدق بالربح ولا رده فاذا فسد بين وجه وصح من وجه يجب التصدق او الرد على الاصيل عملا بالشبهين بقدر الامكان ظاهر قوي وجوب رده فيما بينه وبين الله تعالى او التصدق به غير انه يربح الرد هذا كله اذا اعطاه على وجه القضاء اي اعطاه المكفول عنه الكفيل على وجه قضاء دينه فلو اعطاه على وجه الرسالة الى الطالب فتصرف وربح صار محمد مع ابي حنيفة في انه لا طيب له الربح وطاب له عند ابي يوسف لما عرف في من غصب من انسان وربح فيه تصدق بالفضل في قولهما لانه استفاده من اصل حينئذ وقال ابو يوسف لا يتصدق مستدلا بحديث الخراج بالضمان

قوله ومن كفل عن رجل بأمر عن امره فامره اي فامر الكفيل الاصيل ان يتعين عليه حريرا اي ان يشتري له حريرا بالطريق العينة وهو ان يشتري له حريرا بثمن هو اكثر من قيمته ليبيعه باقل من ذلك الثمن لغير البائع ثم يشتريه البائع من ذلك الغير بالاقل الذي اشتراه به ويدفع ذلك الاقل الى بائعه فيدفع بائعه الى المشتري المديون فيسلم الثوب للبائع كما كان وتستفيد الزيادة على ذلك الاقل وانما وسطها لتهافي متحرزا عن شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن واما تفسيره بان يستقرض فيأبى المقرض الا ان يبيعه عينا تساوي عشرة مثلا من السوق باثني عشر فيفعل فيربح البائع ورب العين رغبته عن القرض المندوب الى البخل وتحصيل غرضه من الربا بطريق المواضعة في البيع فلا يصح هنا اذ ليس المراد من قوله التعيين على حريرا اذهب فاستقرض فان لم المقرض المسؤول ان يقرضك فاشتر منه الحرير باكثر من قيمته بل المقصود اذهب فاشتر على هذا الوجه فاذا فعل الكفيل ذلك كان مشتريا لنفسه والملك له في الحرير والزيادة يخسر بها عليه لان هذه العبارة جامعة لها ضمان التي لما يخسر المشتري نظرا الى قوله علي كانه امره بالشراء لنفسه فما خسر فعلي فضمان الخسران باطل لان ضمان الخسران لا يكون الا مضمونا والخسران غير مضمون على احد لو قال بائع في السوق علي ان كل خسران يلحقك فعلي او قال للمشتري ان ابق عبدك هذا فعلي لم يصح وقيل هو توكيل فاسد او تضمن معنى متعرف على الثمن فانه اذا قال الثمن علي يكون البيع له فاغنى عن قوله لي فهو توكيل بالكسب فاسد لانه غير معين مقداره ولا ثمنه فلا تصح الوكالة كما لو قال اشتر لي حنطة ولم يبين مقدارها ولا ثمنها ولو فرضنا ان الثمن معلوم منهما وهو قدر ما يقع به الايفاء لكان الحاصل اشتر لي حريرا يكون ثمنه الذهبي تبيعه به في السوق قدر الذي علينا وهو لا يعين قدر ثمن الحرير للوكيل بشرائه بل ما يباع به بعد شرائه لان الزائد على القدر الذي يقع به الايفاء غير معلوم وكيف ما كان توكيلا فاسدا او ضمانا باطلا لا يكون الشراء للمشتري وهو الكفيل والربح اي الزيادة التي يخسر بها عليه لانه العاقد ومن صور العينة ان يقرضه مثلا خمسة عشر ثم يبيع ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر يأخذ الخمسة عشر القرض التي وفيها منه فلم تخرج منه الا عشرة وثبت له خمسة عشر وفيها ان يبيع متاعه بالفين من المستقرض الى اجل ثم مبيت متوسطا ليشتريه بالفين حالة فيقبضه ثم يبيعه من البائع الاول بالف ثم يحيل المتوسط مبايعه على البائع الاول بالثمن الذي عليه وهو الف حالة فيها فيها الى المستقرض ويأخذ منه الفين عند الحلول

قالوا وهذا البيع مكروه لقوله صلى الله عليه وسلم اذا تبايعتم بالعينة واتبعتم اذناب البقر ذللتم ظهر عليكم عدوكم والمراد بتبايع اذناب البقر اشتغالكم بالحراثة لانهم حينئذ يتركون الجهاد وتألف النفس الحبين وقال ابو يوسف لا يكره هذا البيع لانه فعله كثير من الصحابة وحمد واذلك ولم يعدوه من الربا حتى لو باع كاغدة بالف يجوز ولا يكره وقال محمد رحمه الله هذا البيع قبلي كما مثال الجبال ذميم اخترعه اكلة الربا وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اذا تبايعتم بالعينة واتبعتم اذناب البقر ذللتم ظهر عليكم عدوكم اي اشتغلتم بالحرث عن الجهاد وفي رواية سلط عليكم شراركم فيدعو اخياركم فلا يستجاب لكم وقيل اياكم والعينة ثم ذموا البياعات الكائنات الآن اشد من بيع العينة حتى قال مشائخ بلخ منهم محمد بن سلمة البلخي للتجار ان العينة التي جاز

قال ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فاقام المدعي البينة على الكفيل بان له على المكفول عنه الف درهم لم تقبل بينته لان المكفول به مال متضى به وهذا في لفظة القضاء ظاهر وكذا في الاخرى لان معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء ومثل يقضي به هذا ما ضي ابتدائيته استدانت كفلت اما طال لبثه بقلبك فالدعوى مطلقة عن ذلك فلا تسمع ومن اقام البينة ان له على فلان كذا وان هذا كفل عنه بامره فانه يقضي به على الكفيل وعلى المكفول عنه ان كانت الكفالة بغير امره ويقضي على الكفيل خاصة واما قبل لان المكفول به مال مطلق لان ما تقدم واما يختلف بالامر وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة بامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير امر تبرع ابتداء وانتهاء فتبين عند وجود احدهما انه لا يقضي به الا حرا ذا قضي بها لا حر ثبت امر وهو تيسر الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه بالكفالة بغير امره لا تمس حاجته لانه تتقد تحتيها تيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه في الكفالة بامره ويرجع الكفيل بما ادى على الآمر دون المأمور لانه لما ان كان لم يفد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول صدقت ولكذبا شيء عاقبطل في زعمه

في الحديث خير من بيا عاكم نهو صحيح فكثير من البياعات كالاريث والسلم والشريح وغير ذلك استقر الحال فيها على وزنها منظروفه ثم اسقاط استدامة يعين على النظر وبه يصير البيع فاسدا ولا شك ان البيع الفاسد بحكم الغصب المحرم فاين هو من بيع العينة الصحيح المختلف في كراهته ثم الذي في قلبي ان ما يخرجه الدافع ان فعلت صورة يعود اليه فيها كعود الثوب او الحرير في الصورة الاولى وكعود العشرة في صورة اقراض الخمسة عشر والا فلا كراهة لاختلاف الاولى على بعض الاحتمالات كان يحتاج المديون فيبالي السؤال ان يقترض بل ان يبيع ماليساوي عشرة بخمسة عشر الى اجل فيشتريه المديون فيبيعه في السوق بعشرة حالة ولا باس في هذا فان الاجل قابله قسط من الثمن والقرض غير واجب عليه وانما هو مندوب فان تركه لحجر ورغبة عنه الى زيادة الدنيا لكثرة دواعي العارض لم يعذر به فلا واما يعرف ذلك في خصوصيات الافراد وما لم يرجع اليه العين التي خرجت منه لا يسمى بيع العينة لان من العين المشتراة جهة لا العين مطلقا والافحل بيع بيع العينة قوله ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فاقام رجل بينة على الكفيل انه له على المكفول عنه الف درهم لا تقبل القاضيه البينة ولا يقضي بها لانه قضى على غائب لم ينتصب عنه خصم اذ الكفيل في هذه الصورة لا يكون خصما عنه لانه انما كفل عنه بمال يقضى بعد الكفالة لانه وان كان ماضيا فالمراد به المستقبل كقولهم اطال الله بقاءك وهذا لان جعل الذوب شرطا والشرط لا بد من كونه مستقبلا على خطر الوجود فما لم يوجد الذوب بعد الكفالة لا يكون كفيلا والدعوى مطلق عن ذلك والبينة لم تشهد بقضاء مال وجب بعد الكفالة فلم تقم على من انتصب بكونه كفيلا عن الغائب بل على اجنبي اذ لا ينتصب خصما عنه هذا في لفظ القضاء ظاهر وكذا في الاخرى وهي لفظ ذاب لان معنى ذاب تقرر وجب وهو بالقضاء بعد الكفالة حتى لو ادعى اني قدمت الغائب الى قاضي كذا فقضى علي بكذا بعد الكفالة وقضى علي بذلك واقام البينة على ذلك صار كفيلا وصحت الدعوى وقضي على الكفيل بالمال بصيرورته خصما عن الغائب سواء كانت الكفالة بامره او بغير امره الا انه اذا كان بغير امره يكون القضاء على الكفيل خاصة وقدمنا من مسائل الذوب ونحوه عند مسئلة تعليق الكفالة بالشرط ولو ضمن ثمن ما باعه او اجره او اقرضه فغاب المطلوب فبرهن الطالب على الكفيل انه كفل به وقد دانيه او اقرضه بعده وجحد الكفيل ذلك قضي على الكفيل والغائب بلا خلاف لان الضمان يقيد بصفقة ولا يمكن القضاء به الا بعد القضاء على الغائب فينتصب الكفيل خصما عنه فيقع القضاء عليهما قوله ومن اقام البينة صورتها في الجامع وقال ليعقوب ومحمد رح اذا كفل عن رجل بمال مؤجل بامر المكفول عنه فغاب المكفول عنه فجاء الطالب بالكفيل فاقام عليه بينة ان له على فلان كذا فان هذا كفل لي بما فلان عن فلان فانا اقضي عشهادتهم بالمال على هذا او على المكفول عنه الغائب فان كانت الكفالة بغير امر الغائب قضيت بالمال على الكفيل ولم يكن الكفيل بخصم عن الغائب انتهى يعني فلا يقع القضاء على الاصيل وانما خص قولهما بالذكر لانه لم يحفظ عن ابي حنيفة نصا لان في المسئلة اختلافا وانما قبلت هذه البينة ولم تقبل فيما قبلها لان المكفول به هناك مال مطلق ودعوى الدين مطلقة اليه فصحت فقبلت البينة لانها بناء على صحة الدعوى بخلاف ما قبلها لان المكفول به هناك مال مقيد يكون وجوبه بعد الكفالة وان كان بعقد الخصوص كمسئلة ولم يطابقها دعوى المدعي ولا البينة وانما اختلف القضاء بالامر وعدمه حتى يقع القضاء عليهما في الامر فيرجع الكفيل ولو حضر الغائب لا يحتاج الى اقامة البينة عليه بالمال لانه قد قضي به عليه وعلى الكفيل وعنده اذا لم يكن امر فلا يرجع لانهما اي الكفالة بالامر وبغير الامر يتغايران لان الكفالة بالامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير الامر تبرع ابتداء وانتهاء فتبين عواقبهما وهو مجرد التبرع ابتداء وانتهاء لا يقتضي له بالآخر وهو المعاوضة ليثبت له الرجوع ويكون الغائب مقتضيا عليه واذا قضي بها اي بالبينة بالامر ثبت امره اي امر المكفول عنه وامره يتضمن اقرار الاصيل بالمال اذ لا يؤمر غيره بقضاء ما عليه الا وهو معترف بان عليه المقتضي له دينا فيصير مقتضيا عليه بالمال

قال ومن باع دارا لرجل جاء عنه بالدرك فهو تسليم لان الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمام ويقبل به ثم بالدعوى يستحق لنفسه دارهم من جانبه ان لم تكن مشروطة فيه فانما ادرجها لاحكام البيع وترغيب المشتري فيه اذ لا يرغب فيه دون الكفالة فتنزل منزلة الاقرار بالدرك **قال** ولا شهود عليه لم يكلفه يكون تسليما وهو على دعواه لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع وكذا على الاقرار بالملك لان البيع مرة يوجد من الملك فتارة من غيره ولعله كتب الشهادة بخط الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا اذا كتب في الصك باع وسلم كان امرا بقبضه فيكون اقرارا بالقبض **قال** وان كتب خمسة بذلك ثم شهدوا على اقرار البائع قبلت

الكفالة بغير امره فانها لا تنعقد جانبه اي جانب الاصيل لان صحة الكفالة بلا امر المكفول له انما يعتمد قيام الدين في زعم الكفيل فلا يعتمد على الاصيل اذ زعم لا يلزم غيره ثم في الكفالة بامره يرجع الكفيل بما ادى على الامر حيث ثبت الامر وقال زفر لا يرجع لانه لما انكر فقد ظلم في زعمه فلا نسلم غيره وهو الاصيل ونحن نقول قد صار الكفيل في انكار الدين على الاصيل مكذبا شرعا بقيام البينة بخلافه فيبطل زعمه فثبت حكم الكفالة بالامر وهذا كما لو اشترى عبدا واعترف بانه ملك البائع ثم استحق بالبينة فانه يرجع على البائع بثمنه ولو كان مستترا بان البائع ظلم واستشكل عليه قول محمد فيمن اشترى عبدا وباعه فرد عليه بالبينة بعد انكاره العيب فعند محمد لا يرده على بائعه خلافا لابي يوسف فلم يبطل زعمه بالقضاء بالبينة اجيب بانه انما لا يرده لان قوله لا عيب فيه يتضمن العيب في الحال والمال والقاضي انما كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الاول لان قيام العيب عند البيع الاول ليس شرطا للرد على الثاني وفي الجامع الكبير لو اقام البينة على اربعة اوجه فقال انا اريد ان اكفل الكفالة مطلقة يخير ان يقول كفلت بما لك على فلان او عقيد يخير ان يقول كفلت لك عن فلان بالف درهم وكل وجه على وجهين اما ان تكون الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره فان كانت مطلقة فالقضاء على الكفيل قضاء على الاصيل سواء كانت بامره او بغير امره لان الطالب لا يتوصل الى اثبات حقه على الكفيل الا بعد اثباته على الاصيل لما ذكرنا ان القول قول الكفيل اولا ليس للطالب على الاصيل شيء واذا كان كذلك صار الكفيل خصما عنه وان كان غائبا والبينة عند ان القضاء على الغائب لا يجوز الا اذا ادعى على الحاضر حقا لا يتوصل اليه الا باثباته على الغائب قال مشائخنا وهذا طريق من اراد اثبات الدين على الغائب من غير ان يكون بين الكفيل والغائب اتصال وكذا اذا خاصم الطالب بحضرة الشاهد وهو واضع مع رجل ويدعي عليه مثل هذه الكفالة فيقر الرجل بالكفالة ويذكر الدين فيقيم المدعي البينة على الدين فانه يقضي به على الكفيل والاصيل ثم يرى الكفيل مسائل القضاء على الغائب وكذا الحوالة على هذه الوجوه وكذا كل من ادعى حقا وان كانت مقيدة فان كانت بامر المكفول عنه كان القضاء على الكفيل قضاء على الاصيل وان كان بغير امره لا يكون القضاء على الكفيل قضاء على الاصيل ثم في فصل المطلقة والمقيدة للكفيل الرجوع على الاصيل ان كانت بامره وليس له الرجوع ان كانت بغير امره لا يثبت على المدعى عليه الا بالقضاء على الغائب يكون الحاضر خصما عن الغائب لكن قذف رجلا فادعى المقذوف الحد فقال القاذف قد قذفته وهو عبد فاقام المقذوف عليه بينة انه كان عبد فلان وانه اعتقه فقضى بعتقه على فلان لا يقضي بحقا وهو الحد لا يتوصل الى اثباته الا باثبات العتق فصار القاذف خصما عن فلان سيد العبد الغائب وثبت القضاء عليه وكذا عبد ماذون له في دين فقال رجل لصاحب الدين انا ضامن لما لك انا اعتقته فاعتقه ثم اقام صاحب الدين بينة ان مولاه اعتقه بعد كفالة الكفيل ولو كان فيه قضاء على الغائب وقضاء لغائب لا يجوز هذا كله استحسان وتمامه مما ضيانة للحقوق **قوله** ومن باع دارا فكفل عنه رجل بالدرك فهو تسليم وقد بينا ان ضمان الدرك هو قبول الثمن عند استحقاق المبيع وقوله تسليم اي تصديق من الكفيل ان المبيع ملك البائع فلو ادعاه لنفسه لا تسمع دعواه اذ لو صحت رجع المشتري بالثمن على الكفيل بحكم الكفالة فلا يفيد وايضا فالكفالة انما كانت مشروطة في البيع بان باع بشرط ان يكفل له فتمام البيع بقبوله اي بقبول الكفيل ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم به ولهذا تبطل شفعته لو كان الكفيل شفيعا وان لم يكن اي عقد الكفالة مشروطا فيه فالمراد اياه اصلا بعد ذلك هذا اذا كفل فاما اذا لم يكفل ولكن شهد على البيع ثم ادعاه بعد شهادته ان كان اسمه مكتوبا على الصك في الصك ما يفيد الاعتراف بملك البائع مثل اباع فلان بن فلان جميع الدار الجارية في ملكه او بيعا تاما نافذا ثم كتب شهد بذلك فكذلك لا تسمع دعواه لها وان لم يفد ذلك مثل ان كتب في الصك باع فلان بن فلان من فلان جميع الدار او اقر بالبيع بحضرتي واشتراه ثم كتب شهدت بذلك او كتب جرى ذلك لا تسمع دعواه فيها فلعله

وكذا عبد ماذون له الخ الوجه التانيث + كذا في بعض النسخ

فصل والضمان قال ومن باع لرجل ثوبا وضمن له ثمن متاع رب المال او مضارب ضمن ثمن متاع رب المال والضمان باطل لان الكفالة التزام المطالبة والمطالبة هي اليهما فيصير كل منهما ضامنا لنفسه وان المال امانة في يد كل واحد منهما والضمان تغيير لحكم الشرع فيبطل كما اشتراطه على المودع والمستعير وكذا اذا باع عبدا صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن لانه لو صح الضمان مع الشركة بان ضمن نصف الثمن مطلقا يصير ضامنا لنفسه ولو صح في نصيب احدهما يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه ولو ضمن نصيب احدهما بعينه فقبل قبض نصيبه جاز لانه لا ربا بينهما وان قبل قبض نصيبه لم يجز لان للمشتري ان يقبل نصيب احدهما ويقبض الباقي من حصة الآخر ثم يقبل الكل قال ومن ضمن عن رجل خراجه او ثوابا به فهو جائز ولو ضمن قسمة او جزاء الخراج فهو باطل لان الخراج يجب بالخارج والقسمة بفعل والجزاء بفعل ولانه قد يتعذر استيفاؤه من ضمنه لانه قد يموت من ضمنه فلا يوجد فيه ما يكون عينا كالدين والثواب فان ايهما يكون عينا كالدين المشترك والثواب المشترك للموظف لتجهيز الجيش ونحو الاسارى وغيره جاز لان الكفالة بهما على الاتفاق وان اريد بالثواب الذي يجب كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف المشائخ ومن عمل الى الصحة والاقام على البرد واما قسمة فقيل هي كالثواب بعينها او حصة شهرها والولاية باقية وقيل هي بمنزلة الموظفة الراتبة والمراد بالثواب ما يؤدى بغير راتب والحكم ما بينا

كتب الشهادة ليحفظ الحادثة ليسعى بعد ذلك في تثبيت البينة وقوله وختم هو امر كان في زمانهم اذا كتب اسمه في الصك جعل اسمه تحت رصاص مكتوبا ووضع نقش خاتمه كبلا يطرقه التبديل وليس هذا في زماننا

فصل في الضمان الضمان هو الكفالة لكن لما كانت هذه المسائل مسائل الجامع الصغير وذكرت فيه بلفظ الضمان اوردها مترجمة به كذلك

قوله ومن باع لرجل ثوبا اللام في لرجل لام الملك اي باع ثوبا هو لرجل بطريق الوكالة عنه في بيعه وضمن الوكيل له اي للرجل المالك الثمن او مضارب ضمن ثمن المتاع لرب المال فالضمان باطل لان الكفالة وهي الضمان التزام المطالبة والمطالبة اليهما اي الى الوكيل والمضارب فيصير كل منهما ضامنا لنفسه فيصير مطالبا وطالبا وهذا لان حقوق العقد ترجع اليهما حتى لو حلف المشتري للموكل عليه دين بر ولو حلف للوكيل عليه لم يحنث بخلاف الوكيل بالنكاح عن المرأة حيث يصح ضمانه المهر لها عن الزوج لانه سفير محض لا يرجع اليه حقوق العقد فليس له المطالبة بالمهر على ما سلف فلا يصير ضامنا لنفسه ولان المال في يد كل من الوكيل والمضارب امانة فلا يصير مضمونا عليهما ولا يصح الضمان لاستلزامه تغيير حكم الشرع وصار كاشتراط الضمان على المودع والمستعير وكذلك اي لا يصح الضمان ايضا فيما اذا باع رجلان عبدا مثلا بينهما صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن لانه لو صح الضمان مع الشركة بان ضمن نصف الثمن مطلقا يصير ضامنا لنفسه لان كل جزء من الثمن مشترك بينهما فما يستحق نصيب احدهما فللآخر ان يشاركه فيه فيما يؤديه الضامن للشريك يكون بينه وبين المضمون له فكان له الرجوع بنصفه على الشريك فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع الرجوع فيه ويصير كانه ما ادى الا الباقي فكان للضامن ان يرجع بنصف الباقي ثم وثم الى ان لا يبقى شيء ويبقى الجزء الذي لا يتجزى فيلزم بطلان الضمان من حيث صح ولو كان ضمن نصيب شريكه خاصة يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه وهو لا يجوز لانه في الذمة لا يقبل القسمة لانها اقرار ولا يمكن الا في عين جاحدة والدين وصف اعتباري وعليه اختبار الشافعي ونقل الاجماع على ان احدهما لو اشترى نصيبه من الدين يجوز كما انه لو باع نصيبه من العين يجوز وليس فيه معنى قسمة الدين قبل قبضه لعلى الوجه الذي صح هذا يكون نصيب شريكه المضمون له قال في الفوائد الظهيرية بعد ان اورد هذا ولكن التعويل على ما ذكرنا يريد ما قررناه من بطلان الضمان حيث صح لكن بعد ما صار الوجه مردودا بين كون الضمان بنصف شائع او بنصف شريكه ويبطل الاول بما ذكر للناظر ان يختار الثاني ويدفع لازمه الباطل بما ذكرنا الا ان يفرق بين شركة حصته وبين ضمانها او يخص البطلان بما اذا اريد ضمان النصف شائعا ويحكم بانه المراد وقوله بخلاف ما اذا باعا عبدا صفقتين يعني بخلاف ما لو باع الشريكان العبد صفقتين باع هذا نصيبه على حدة وهذا الك من ذلك المشتري ثم ضمن احدهما للآخر نصيبه او باعا معا وسميا لكل نصيبه ثمنا ثم ضمن صح الضمان لانه لا شركة بينهما بحكم الشرع بذلك وكذلك لو قبل المشتري نصيب احدهما فيما اذا باعا معا دون الآخر صح ولو قبل الكل ثم نقد حصة احدهما ملك قبض نصيبه على الخصوص ولا يخفى ان هذا في الثاني محمول على ما اذا باعا مع تفصيل الثمن لفظة البيع عند ابي حنيفة والا فهو على قولهما في تعدد الصفقة على ما سلف في البيع قال الامام قاضي خان ولو تبرع يعني الشريك بالاداء في هذه الفصول من غير ضمان جاز تبرعه لان التبرع لا يتم الا باداء وعند الاداء يصير مستوفيا حصته في الشركة فيصح وجاز هذا التبرع لا يدل على جواز الكفالة لان التبرع اسرع جوازا من الكفالة الا ترى انه يجوز التبرع ببدل الكتابة ولا يجوز الكفالة به قوله ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز اما الخراج فقد ذكرناه قبل هذا الفصل بقوله والرهن والكفالة جائزان في الخراج وهو يخالف الزكوة لانها مجرد فعل هو تمليك طائفة من ماله مقدرا دين ثابت في الذمة لان الدين اسم لمال واجب في الذمة يكون بدلا عن مال اتلفه او

نيكون

ومن قال لغريمك على مائة الى شهر وقال المقر له حي حالة فالقول قول المدعي ومن قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له حي حالة فالقول قول الضامن ووجه الفرق ان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تاخير المطالبة الى اجل في الكفالة ما اقر بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح اقر بحق المطالبة بعد الشهر لان الاجل لا يلحق العارض حتى يثبت لا بشرط لكان القول قول من انكر الشرط كما في الخيار واما الاجل في الكفالة فنوع منها حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلا على الاصيل والشافعي رحمه الله الحق الثاني بالاول وابو يوسف رحمه الله فيما يروى عنه الحق الاول بالثاني والفرق قد ضحناه

اقترضه او جميع عقد بيعه او نفقته عقد عليها او من بضع امرأته وهو المهر او استجارعين والزكوة ليس كذلك بل ايجاب اخراج ماله ابتداء بدلا عن مال نفسه فليس بدين حقيقي ولو وجبت في نصاب استهلك وانما اشبه الدين في بعض الاحكام على ما قدمناه بخلاف الخراج لانه مال يجب في مقابلة الدين عن جوزة الدين وحفظه فكان كالاجرة وقد قيدت الكفالة بما اذا كان خراجا موظفا لاخراج مقاسمة وهو ما يجب فيما يخرج فانه غير واجب في الذمة واما النوائب فان اريد بها ما يكون بحق ككري النهر المشترك للعامة واجرة الحارس للمحلة الذي يسمى في ديار مصر الخفير والموظف لتجهيز الجيش في حق فداء الاساري اذا لم يكن في بيت المال شئ وغيرها مما هو بحق فالكفالة به جائزة بالاتفاق لانها واجبة على كل مسلم موسر باعتبار طاقته ولي الامر فيما فيه مصلحة المسلمين ولم يلزم بيت المال اولزمه ولا شئ فيه وان اريد بها ما ليس بحق كالجبايات الموظفة على الناس في زماننا ببلادنا فارس على الخياط والصباغ وغيرهم للسلطان في كل يوم وشهر او ثلاثة اشهر فانها ظلم فاختلف المشائخ في صحة الكفالة بها فقيل تصح اذ العبرة في صحة الكفالة وجود المطالبة اما بحق او باطل ولهذا قلنا ان من تولى قسمتها بين المسلمين فعدل فهو ماجور وينبغي ان كل من قال ان الكفالة تضمن في الدين يمنع صحتها ههنا ومن قال في المطالبة يمكن ان يقول بصحتها ويمكن تنبيهنا بناء على انها في المطالبة بالدين او معناه او مطلقا ومن يميل الى الصحة الامام البزدوي يريد فخر الاسلام اما اخوه صدر الاسلام فابى صحة الكفالة بها واما القسمة فقيل هي النوائب بعينها او حصته منها اذ قسمها الامام ولا حاجة الى كون الرواية قسم بلا باء لان القسمة في القرآن بمعنى القسم قال تعم وبينهم ان الماء قسمة بينهم اذ لا معنى لضمان حقيقة القسمة بالمعنى المصدري لكن لو كان كذلك لكان ينبغي كون الرواية بالواو ليكون من عطف الخاص على العام لكن الرواية باو وقيل المائية الموظفة الراتبة والمراد بالنوائب ما هو منها غير راتب فتعتبر اولا الحكم يعني في القسمين ما بيناه من الصحة في احدهما والخلاف في الاخرى ثم من اصحابنا من قال الافضل للانسان ان لا يباشر اهل محلته في اعطاء النائبة قال شمس الائمة هذا كان في ذلك الزمان لانه اعانة على الجائحة والجباة في زماننا فاكثر النوائب توخذ ظلما ومن تمكن من دفع الظلم عن نفسه فهو خير له وان اراد الاعطاء فليعط من هو عاجز عن دفع الظلم عن نفسه لفقره ليستعين به الفقير عن الظلم وينال المعطي الثواب وقوله الحكم ما بيناه يعني ما ذكره في ان الكفالة فيما كان بحق جائز وبغير حق فيما خلاف قوله ومن قال لآخر المراد بالفرق بين مسئلتين احدهما من اقر بدين مؤجل لرجل فاعترف بالدين المقر له وانكر الاجل القول للمقر له ولو اقر بكفالة لرجل بدين مؤجل فاعترف المقر له وانكر الاجل القول للكفيل في ظاهر الرواية خلافا للشافعي حيث الحق الاول بالثاني فجعل القول في المسئلتين للمقر وللابي يوسف على رواية ابراهيم بن رستم حيث الحق الثاني بالاول فجعل القول فيهما للمقر وواقع في اكثر نسخ الهداية من عكس ذلك فهو ان الشافعي الحق الثاني الاول وابو يوسف قلبه وهو من الكاتب وجه قول الشافعي ان الدين نوعان حال ومؤجل فاعترافه بالمؤجل اعتراف بنوع الاعتراف بخطئه ردية واحدة ولا يلزم النوع الآخر فالقول للمقر كالكفيل وجه ابي يوسف انهما تصادقا على وجوب المال ثم ادعى احدهما الاجل على صاحبه وهو ينكر فلا يصدق الا بحجة كما في الاول وصار الاجل كالخيار فيما لو اقر بالكفالة على انه بالخيار وانكر الطالب القول للطالب في انكار الخيار ووجه المذهب ان المقر بالدين اقر بما هو سبب المطالبة في الحال اذ الظاهر ان الدين كذلك لانه انما ثبت بدلا عن قرض او اتلاف او بيع ونحوه والظاهر ان العاقل لا يرضى بخروج مستحقه في الحال الا لبدل في الحال فكان الحلول الاصل والاجل عارض فكان الدين المؤجل معروضا للعارض لا نوعا ثم ادعى لنفسه حقا وهو تاخيرها والآخر ينكره وفي الكفالة ما اقر بالدين على ما هو الاصح بل بحق المطالبة بعد شهر للمكفول له يدعيها في الحال والكفيل ينكر ذلك فالقول له وهذا لان التزام المطالبة ينوع الى التزامها في الحال او في المستقبل كالكفالة بما ذاب والدرك فانها نوع منها فلا يلزم

(قال) ومن اشترى جارية فكفل له رجل بالدرك واستحقت فله ان يأخذ الكفيل حتى يقضيه بالثمن على البائع لان عجزه عن الاستحقاق كان بقضاء وهذا ظاهر الرواية فانه لم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب له على الاصيل براءة الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها فصار المحلية فيرجع على البائع والكفيل وعن ابي يوسف انه يبطل البيع بالاستحقاق فعلى قياس قوله يرجع بمجرد الاستحقاق وموضعه اوائل الزيادات في ترتيب الاصل ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل لان حرمة الغلظة مشتبهة فلا تقع على الصحيح القول بوجوب الملك للبائع فلا يصح ضمانه وقد تقرر على الخيار لكل واحد ذلك وجه تعذر العمل بها بخلاف الدرك لانه استعمل في ضمان الاستحقاق وهو ضمان لا يصح عند ابي حنيفة لانه بيان عجز المبيع عن تسليمه لا محالة وهو غير قادر عليه وعندهما تعتبر الحالة وهو تسليم المبيع او قيمته فيصير

بالنوع الآخر بخلاف الكفالة على انه بالخيار فانها خفيفة لتمكنه وجودا فتنزلت منزلة العدم وهذا مخلص من روى ما لا فهو موجل في الواقع فان اعترف به سوجل والا يصدق وان انكر يكون كاذبا او خاف ان اعترف به كذلك لا يصدق في الاجل فلا يحتاج ان يقول للمدعي هذا المال الذي تدعيه موجل امهل مؤجل فان قال مؤجل حصل المقصود وان قال مؤجل فينكر ويحلف وفي العيون من عليه دين موجل او حلف عليه اليوم فقال شيئا ارجو ان لا يكون به باس فهو انكار الا يقصد به الواقعة قوله ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك فاستحقت له ان يأخذ الكفيل وفاعل يأخذ ضمير من له الكفيل مفعول يعني له ان يطالبه حتى يقضي له بالثمن على البائع لان بمجرد الاستحقاق او القضاء به وبالبيع لا ينتقض البيع اي ينتقض على ظاهر الرواية واحترز بظاهر الرواية عن رواية الامالي عن ابي يوسف انه ياخذ الكفيل قبل ان يقضي على البائع بالثمن لان الضمان توجه على البائع وجب للمشتري مطالبته فكذلك على الكفيل وجه ظاهر الرواية ما ذكرنا من ان مجرد الاستحقاق لا ينفسخ البيع فبالضرورة لا يجب الثمن على البائع وهو على ملكه ولا يعود الى ملك المشتري حتى لو كان الثمن عبدا فاعتقه البائع بعد القضاء بالاستحقاق لم يعتق لانه لو كان المشتري باعها من غيره وقاسخت من يد الثاني ليس للمشتري الاول ان يرجع على بائعه ما لم يرجع عليه المشتري الثاني كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد واذا لم يجب الثمن على الاصيل لا يجب على الكفيل بخلاف ما لو قضى بحرية العبد ونحوه لان البيع يبطل بهذه المحلية للبيع فيكون استحقاقا مبطلا للملك رأسا وما نحن فيه استحقاق ناقل للملك فحلية للملك بقيد احتمال اجازة المستحق للبيع القائم فثبت بهذا الاحتمال بقي الملك بخلاف ما اذا قضى على البائع برد الثمن لارتفاعه وصح في فصول الاستروشني انه لو استحق ان يجيز بعد قضاء القاضي ورد الثمن قبل ان يرجع المشتري على بائعه بالثمن والرجوع بالقضاء يكون فسخا والاستحقاق المبطل لدعوى النسب ودعوى المرأة الحرية الغلبة ودعوى الوقف في الارض المشتراة انها كانت مسجدا وشارك الاستحقاق الناقل في ان كلا منهما يجعل المستحق عليه من يملك ذلك الشيء من جهته مستحقا عليهم حتى انه لو اقام واحد منهم البينة على المستحق بالملك المطلق تقبل بينته وتختلفان في ان كل واحد من البائعة في الناقل لا يرجع على بائعه ما لم يرجع عليه ولا يرجع على كفيل الدرك بالنقض على المكفول عنه وفي المبطل يثبت لكل منهم الرجوع على بائعه وان لم يرجع عليه ويرجع على الكفيل ان لم يقض على المكفول عنه واسقطنا من مسائل الاستحقاق جملة وقوله وهو ضمان اي الاستحقاق اوائل الزيادات في ترتيب الاصل يريد ترتيب محمد فانه بدأ بباب الماذون واحترز بالاصل عن ترتيبها الكائن الآن فانه ترتيب ابي عبد الله الزعفراني تلميذ محمد بن الحسن فانه غير ترتيب محمد التي هي عليه الآن وانما سماه محمدا بالزيادات لان اصول ابوابه ليست الا امالي ابي يوسف وكان محمد يجعل ذلك الباب من كلام ابي يوسف املاء ثم تزيد عليه فتقرر بها قوله من اشترى عبدا وضمن له رجل بالعهدة الآن هذه اللفظة مشتبهة المراد فانها تقال للصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقال الشيخ ابو بكر الرازي هو كتاب الشراء وهو ملك المشتري فهو غير لازم ضمن رجل لمكة دفي بلاد ما يقال لخاص منه وهو مكتوب شراء الجواري ويقيم النفس العقد لان العهدة من العهد كالعقد من العقد والعهد والعقد واحد ويقع على جميع الاسباب المؤثرة على خيار الشرط وهي في الحديث عهدة الرقيق ثلاثة ايام اي خيار الشرط فيه ولكل ذلك وجه قد بيناه واذا تعددت المفاهيم تعذر العمل بها قبل البيان بخلاف ضمان الدرك فانه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا فلا تعذر وذكر بعض المشايخ ان عند ابي حنيفة ضمان العهدة هو ضمان الدرك وهو ضمن الخلاص لا البيع عند ابي حنيفة رح لانه عبارة عن تخليص المبيع والتسليم وهو غير قادر عليه وعندهما هو تبرز الدرك وهو تسليم المبيع ان قدر عليه وتسليم قيمته ان لم يقدر عليه وذكر الصدر الشهيد في ادب القاضي للخصاف ان تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحد عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فيكون صحيحا لان ضمان الدرك عندهما صحيح لكلام فتست الالفاظ ثلاثة ضمان الدرك جائز بالاتفاق وضمان العهدة لا يجوز بالاتفاق ظاهر الرواية وضمان الخلاص مختلفة فيه في ظاهر الرواية وقد ذكر الوبري في شروطه ان ابا حنيفة وابا يوسف كانا يكتبان في الشروط فما ادرك فلان بن فلان فعلى فلان فعلامة الضمان وان لم يذكر والثمن يسقط لا يبقى الضمان تخليص المبيع وعلم من هذا الخلاف فيما اذا ذكر ضمان الخلاص مطلقا اما اذا قال خلاص المبيع او رد الثمن

باب كفالة الرجلين

واذا كان الدين على شخصين كل واحد منهما كفيل عن صاحبه كل واحد بالف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما اداى احدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما اداه على النصف فيرجع بالزائد وان كفل احدهما بالنصف صحيح وكفل الآخر بالنصف كذلك وتعارضا بين بالاصالة تحاص الكفالة كالاول بالثاني مطالبة ثم يتبع الاول الغريم عن وكل الثاني اذا اداه معارضة فيقع عن الكفالة وتقع النصف عن صاحبه فيرجع عليه وان صاحبه ان عجز احدهما اداه فيؤدي الى الدور واذا كفل رجلان عن رجل المال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل اداه رجع على صاحبه بنصفه فان كفلا على التعاقب رجع الثاني على الاصيل والاول على الثاني والاصيل على كل واحد منهما بالكل وان كفل كل واحد منهما عن صاحبه بالنصف فاداه رجع على صاحبه بالنصف وان كفلا عن الاصيل بالنصف كل واحد منهما بالكل عن الشركاء فاداه رجع على الاصيل بالكل وعلى شريك

تم رجعان على الاصيل القضاء عنه لحقهما بنفسه ثم آخر بالجميع على المكفول عنه بامره كفل بجميع المال عنه بامره قال واذا اوى رب المال احدهما اخذ الآخر بالجميع لان الكفيل الموجب براءة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل ولهذا اخذ به واذا اخذ به قال واذا افترق الشفيعان او ضمان فاصحاب الدين ان يأخذ ايهما شاؤا بجميع الدين لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة وكل واحد منهما رجع على صاحبه بنصف ما ادى قال واذا كان الضمان على رجلين بمال واحد فاخذ الطالب احدهما بالمال كله فصالحه على خمسمائة ثم ابرأه عن المال كله فان الصلح جائز على الخمسمائة ويرجع بها على صاحبه نصفين لان الصلح كان عن المال كله

ومن ادعى على عبد لا كفل له رجل بنفسه فمات العبد برئ الكفيل لبراءة الاصيل كما اذا كان الكفيل بنفسه حر **قال** فان ادعى رقبة العبد وكفل به رجل فمات العبد فاقام المكفول له البينة انه كان ضمن الكفيل قيمتين على المولى ادّاهما اليه يتحالفهما ثم يتبعا وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت يبقى القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل بخلاف الاول **قال** واذا كفل العبد عن مولاه بامره بغير اذنه فاداه او كان المولى كفل عنه فاداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه قال زفر يرجع ومعنى الوجه الاول ان لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال عن المولى اذا كان بامره اما كفالته عن العبد فتصح على كل حال لما انه تحقق للمرجع المرجوع به وهو الكفالة بامره وللمانع وهو الرق قد زال ولنا انها وقعت غير موجبة للرجوع كان المولى لا يستوجب على عبده دينا وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة ابدا كمن كفل عن غيره بغير امره بجيازه

بتعلقه به اى بتعلق الدين بذمته والكفيل غير معسر فالمانع الذى تحقق فى الاصل منتف عن الكفيل مع وجود المقتضى وهو الكفالة المتعلقة بمال غير موجل فيطالب به فى الحال فصار كما لو كفل عن مفلس او غائب يلزمه فى الحال مع ان الاصيل لا يلزمه وهذا احسن فى حلول نجوم الكفالة بخلاف وجه تاخير الدين الى العتق وهو العسرة وعدم رضى المولى فانه لو تم لزم تاخير دين الاستهلاك المعاين لعسرته وعدم رضى المولى بل الوجه عدم نفاذ تصرف عنيه المولى فى حقه بما يضره اعنى تصرف المقر ض والبائع للعبد ولم يرض بايداع المودع عند عبده ولا تمكين المراة وعدم نفاذ قول العبد فى حق المولى اذا كان يكذبه بخلاف الاستهلاك المعاين فانه لم يبق فيه احد هما فينفذ فى حقه وفعا للضرر لم تسبب فيه على نفسه فيجب الدين فى الحال فيؤخذ من كسبه ان كان له كسب والا اتباع رقبته فيه الا ان يفديه المولى هذا هو الراجح فى قول محمد فى العبد الذى استهلك بالمال الذى لا يجب حتى يعتق بخلاف الدين المؤجل لانه متاخر بوصف صحيح ولو كان كفل بدين الاستهلاك المعاين ينبغى ان يرجع قبل العتق اذا ادى لانه دين غير موخر الى العتق فيطالب السيد بتسليم رقبته او الفداء عنه وبحث اهل الدرس هل المعتبر فى هذا الرجوع الامر بالكفالة من العبد او السيد وهو عندى كون المعتبر امر السيد لان الرجوع فى الحقيقة عليه قوله ومن ادعى على عبد مالا وكفل رجل بنفسه فمات العبد برئ الكفيل لبراءة الاصيل وهو ظاهر للفرق فى ذلك بين كون المكفول به حرا او عبدا او اشار فضمانى العبد ليرتب عليها مسئلة دعوى الرقبة وهى قوله فلو كان ادعى رقبة العبد وكفل به رجل فمات العبد فاقام المدعى البينة ان العبد كان لزم ضمن الكفيل قيمته لان على المولى رد رقبة العبد على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل وهو كالوكيل بالمغصوب حيث يؤخذ برد عينه فان عجز فبقيمته فحاصله انه كفل بمال هو رقبة العبد والمكفول عنه المولى بخلاف مالو كفل بالمال الذى على العبد فمات يجب ضمانه والمكفول عنه فيه هو العبد وكذا عن الحر فمات الحر مفلسا لا يبرأ الكفيل فى قولهم جميعا بخلاف من كفل عن المفلس بعد موته على ما تقدم من الخلاف فيه قوله واذا كفل العبد عن مولاه بامره فعتق فادى او كان المولى كفل عن عبده وادى بعد عتق عبده ولم يرجع واحد منهما على الآخر بشئ ونقل عن زفر فى شرح الجامع انه يرجع قال الصدر ومعنى الوجه الاول يعنى ضمان العبد عن سيده ان لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته عن سيده وهذا لان الاصل ان كفالة العبد لا تصح مطلقا لان الكفالة انما تصح ممن يصح منه التبرع على ما قدمناه اول الباب فلا تصح من الصبى غير المأذون لعدم ان امر السيد بها لا يفك الحجر فيه فيصلح حتى يتباع رقبته فى دين الكفالة اذا كفل بغير امر السيد فاذا كان على العبد دين لا يملك السيد ماليته لتعلق حق الغرماء بها فلا يملك امره اياه بالكفالة بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين فان لمولاه الحق فى ماليته فيعمل اذنه له فى ان يكفل عنه وفى بعض نسخ الهداية ومعنى المسئلة ان يكون عليه دين وليست صحيحة لما بينا واما كفالة السيد عن العبد فصحيحة على كل حال سواء كان على العبد دين او لا فان قيل دين العبد الذى يظهر فى حق المولى يتقضى فى ماليته وهى ملك المولى فاى فائدة فى هذه الكفالة اجيب بان الغالب ذمة المولى بالمطالبة مع الدين او لا معه يتقضى من جميع اموالها بخلاف ما اذا لم يكفل فانه لا يلزمه عينا الا ان يسلمه ليباع وقد لا يفى ثمنه بالدين فلا يصل الغرماء الى تمام الدين وبالكفالة يصلون لرجحان تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بامره والمانع وهو كونه عبده ولا يستوجب واحد من السيد والعبد دينا على الآخر فتزال بالعتق فان الادا منهما بعد العتق يوجب الرجوع ولنا انها وقعت من كل منهما غير موجبة للرجوع بما قلنا ان واحدا منهما لا يستوجب دينا على الآخر فلا تنقلب موجبة ابدا كمن كفل عن غيره بغير امره فبجازه فادى الكفيل لا يرجع لان معنى الامر وان تحقق فى حالة البقاء لم يوجب حكم الابتداء وهو الرجوع لان الاصل انما يقع لاجله فلا يكون لبقائه حكم الابتداء وهذه الكفالة حين وقعت وقعت غير موجبة للرجوع لما قلنا من ان كل واحد من السيد والعبد

صحت

ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة ولا بما على عبد لازم دين ثبت مع المنافي فالبضع في حق صحة الكفالة وفي حق نفسه سقط ولا حكم لبقاء على هذا الوجه في ذمة الكفيل وبقاؤه في الثاني في الفهم من شرحه لاتحاد بدل السعاية كمال الكتابة قال الكاتب قال رحمه الله عليه رحمة الله

كتاب الحوالة

الا يستوجب على الآخر دينا الا ان يكون العبد مديونا فح ثبت له الدين على السيد واذا وقعت غير موجبة فلو انقلبت موجبة كان في حال البقاء وليس لبقائها حكم الابتداء لانها تقع لازمة وقد طلب بالفرق بين هذه وبين الراهن اذا اعتق العبد الراهن فهو معسر فان العبد يسعى في ذلك الدين ثم يرجع به على سيده فلم لا يرجع هنا بحر قلت اذ ذاك فجاز ان يرجع على المولى اما هنا فزمان استيجاب الدين وهو زمان الكفالة كان عبدا فيه فقوله ولا تجوز الكفالة بدل الكتابة حر تكفل به او عبد وكذا لا تجوز بمال آخر للسيد على المكاتب لانه اي عقد الكتابة ثبت مع المنافي وهو عبدية للسيد المكاتب لانه عبد ما بقي عليه درهم وذلك يقتضي نفي الدين للسيد على عبده فاما ثبت على خلاف القياس للنص لتحقيق العتق للتشوق الشارع اليه فيقتصر عليه فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولان المكاتب لو عجز نفسه سقط هذا الدين ولا يمكن اثباته اي اثبات هذا الدين على هذا الوجه على الكفيل وهو كونه اذا عجز المكفيل نفسه يسقط عنه واثباته مطلقا في ذمة الكفيل عن هذا الوصف ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد ولو اثبتنا على الاطلاق على الكفيل وعلى تمكنه من اسقاطه على الاصيل لم يتحد الدين عليهما وبدل السعاية كمال الكتابة في قول ابي حنيفة رح لانه كالمكاتب عنده للعتابة الاولى لان له احكام العبد عنده حتى لا تقبل شهادته ولا يتزوج اكثر من نتين وعندهما هو دون العتابة الثانية اذ لا يقدر على ان يسقط عنه دين السعاية بتعجيز نفسه وعندهما تصح الكفالة به لانه حر مديون عندهما واما الكفالة للمكاتب بدين له على السيد ليس من جنس بدل الكتابة فجائزة واما العبد التاجر اذا دان مولاه دينا وانكان عليه دين صحت الكفالة لان كسبه حق الغرماء لا السيد فكان الدين واجبا في ذمته كما في ذمة غيره فصحت الكفالة والكفالة بالنفس مثل ذلك ان لم يكن على العبد دين لا يصح وان كان صحت

كتاب الحوالة

الحوالة تناسب الكفالة لان كلا منهما عقد التزام ما على الاصيل للموثق الا ان الحوالة تتضمن براءة الاصيل براءة مقيدة وعلى ما علم بخلاف الكفالة فانها لا تتضمنها فكانت كالمركب مع المفرد والمفرد مقدم فاخر الحوالة عنها واليه اشار الكفالة اقرب الى الاصيل وهو عدم السقوط بعد الثبوت واثر الحوالة ابعد منه والحوالة اسم من الاحالة ومنه يقال احلت زيدا بحقه على عمرو فاحتال اي قبل فانا محيل وزيد محال ويقال المحتال والمال محال به والرجل محال عليه ويقال محتال عليه فتقدير الاصل في محتال الواقع اسم فاعل محتول بكسر الواو وفي الواقع منصوبا محتول بالفتح كما يقدر في مختار الفاعل مختير بكسر الياء وبفتحها في مختار المفعول والصحيح صلته لمع المحتال الفاعل فلا حاجة اليها بل الصلة مع المحال عليه لفظة عليه فهما محتال ومحتال عليه فالفرق بينهما بعدم الصلة وبصلة عليه وفي المغرب تركيب الحوالة يدل على الزوال والنقل ومنه التحويل وهو نقل الشيء من محل الى محل ويقال للمحتال تحويل الفيا فالمحيل هو المديون والمحال والمحتال رب الدين والمحال عليه والمحتال عليه هو الذي التزم ذلك الدين للمحتال والمحال به نفس الدين وهي في الشرع نقل المطالبة من ذمة المديون الى ذمة الملتزم بخلاف الكفالة فانها ضم في المطالبة لا نقل فلا يطالب المديون بالاتفاق وانما اختلف المشايخ في ان الدين اليه ينتقل او لا يسقط وسيذكر وجه ترتيب

قال وهي جائزة بالديون قال عليه السلام من احيل على ملئ فليتبع ولانه التزم ما يقدر على تسليمه فيصح كالمقالة وانما اختصت بالديون لانها تنبئ عن النقل والتحويل في الدين لا في العين **قال** وتصح الحوالة برضاء المحيل والمحتال والمحتال عليه اما المحتال فلان الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه واما المحتال عليه فلانه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه واما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه لانه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره **قال** واذا قبلت الحوالة برئ المحال من الدين بالقبول

فلو اريد اتعريف على قول المتقدمين بخصوصهم قبل نقل الدين او قول المتأخرين قبل نقل المطالبة فقط **قوله** وهي جائزة بالديون قال صلى الله عليه وسلم فيما رواه ابو هريرة مطل الغني ظلم واذا اتبع احدكم على ملئ فليتبع متفق عليه واما لفظ احيل مع لفظ تبع كما ذكره المصنف فرواية الطبراني عن ابي هريرة في الوسط قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مطل الغني ظلم ومن احيل على ملئ فليتبع ورواه احمد وابن ابي شيبة ومن احيل على ملئ فيحتمل قبول وقد يروى فاذا احيل بالفاء فيفيد ان الامر بالاتباع للمبالغة على معنى انه اذا كان مطل الغني ظلما فاذا احيل على ملئ فليتبع لانه ملئ لا يقع في الظلم والله اعلم ثم اشار بقوله العلم على ان الامر المذكور امر استحباب وعن احمد الوجوب والحق الظاهر انه امر اباحة هو دليل جواز نقل الدين شرعا والمطالبة فان بعض الاعلياء عندنا من المذهب في الخصومة والتعيير ما يكثر به الخصومة والمضارة فمن علم من حاله عند الاطلاب الشارع اتباعه بل عدمه لما فيه من تكثير الخصومات والظلم واما من علم منه الملاءة وحسن القضاء فلا شك في ان اتباعه مستحب لما فيه من التخفيف على المديون والتيسير عليه ومن لا يعلم حاله فمباح لكن لا يمكن اضافة هذا التفصيل الى النص لانه جمع بين معنيين مجازيين بلفظ الامر في اطلاق واحد فان جعل للاقرب ضم معه القيد والا فهو دليل الجواز للاجماع على جوازها وقعا للحاجة وانما خصت بالدين لان النقل الذي تضمنه نقل شرعي وهو لا يتصور في الاعيان بل المتصور فيها النقل الحسي فكانت نقل الوصف الشرعي وهو الدين **قوله** وتصح برضى المحيل والمحتال والمحتال عليه اما المحتال فلان الدين حقه وهو الذي ينتقل بها اي بالحوالة والذمم متفاوتة في حسن القضاء والمطل فلا بد من رضاه والالزمه الضرر بالزامه اتباع من لا يوفيه واما المحتال عليه فلانه الذي يلزمه الدين ولا لزوم الا بالتزامه ولو كان مديونا للمحيل لان الناس يتفاوتون في الاقتضاء من بين سهل ميسر وصعب معسر واما المحيل فالحوالة تصح بلا رضاه وذكره في الزيادات لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو اي المحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه عاجلا باندفاع المطالبة عنه في الحال واجلا بعدم الرجوع عليه لانه لا يرجع الا بامره وحيث تثبت الحوالة بغير رضاه كان بغير امره واول في الاضح المذكور في القدوري بما اذا كان للمحيل على المحتال عليه دين بعد ما يقبل الحوالة فان قبول الحوالة ح من المحتال عليه يكون اسقاطا لمطالبة المحيل عن نفسه اعني نفس المحتال عليه والاصح الابرضاه وكذا في الخبازية واشترط رضى المحيل قول الائمة الثلاثة قالوا الان للمحيل ايفاء ما عليه من اي جهة شاء فلا يتعين عليه لبعض جهات ونقل ابن قدامة ان رضى المحيل لا خلاف فيه ليس بصحيح وصورته ان يقول رجل لصاحب الدين لك على فلان بن فلان الف فاحتل بها علي فرضي الطالب واجاز صحت الحوالة حتى لا يكون له ان يرجع بعد ذلك وسنبين الحق فيه عندنا هذا ولا تصح الحوالة في غيبة المحتال في قول ابي حنيفة ومحمد كما قلنا في الكفالة الا ان يقبل رجل الحوالة للغائب فيتوقف على اجازته اذا بلغه وكذا لا يشترط حضرة المحتال عليه حتى لو احال على غائب فبلغه فاجاز صحت **قوله** واذا قبلت الحوالة بالقبول برئ المحيل من الدين هذا قول طائفة من المشائخ وهو الصحيح من المذهب وقول طائفة اخرى لا يبرأ الا من المطالبة فقط وقال زفر لا يبرأ من المطالبة ايضا فالنظر في خلاف المشائخ اولا حتى يثبت المذهب ثم ينظر في خلاف زفر وقالوا ان المذهب لا يبرأ عن الدين استدلوا بمسائل ذكرها محمد تقتضي ذلك منها

وقال زفر رحمه الله عليه لا يبرأ اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما عقد توثق ولنا ان الحوالة النقل لغة ومنه حوالة الغريم والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية والتوثق باختيار الاتمة والاحسن في القضاء وانما يجبر على القبول اذا فقد المحيل لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن متبرعا

ان المحتال اذا ابراء المحتال عليه صح ولا يرتد برده كابراء الكفيل ولو انتقل اصل الدين الى ذمة المحتال عليه وجب ان يرتد برده كما لو ابراء المحتال المحيل قبل الحوالة لما فيه من معنى التمليك ومنها ان المحيل اذا افلس فقد المحتال بالحوالة يجبر على القبول فاذا انتقل اصل الدين بالحوالة كان متبرعا بمال للمحتال فلا يجبر على قبوله لغيره ومنها ان المحتال اذا وكل المحيل بقبض مال الحوالة من المحتال عليه لا يصح ولو انتقل الدين صار المحيل اجنبيا عنه وتوكيل الاجنبي بقبض الدين صحيح ومنها ان المحتال اذا ابراء المحتال عليه لا يرجع المحتال عليه بذلك على المحيل ولو كانت الحوالة بامر المحيل ولو وهب من المحتال عليه يرجع به على المحيل كما في الكفيل ان لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين والا التقيا قصاصا ولو كان الدين يتحول الى ذمته كان الابراء والهبة في حقه سواء فلا يرجع والفائدة تظهر في المذهب فيتقل الدين فاستدلوا بان المحتال اذا وهب الدين من المحيل او ابراه من الدين بعد الحوالة لا يصح ابراؤه وهبته ولو بقي الدين في ذمته صح وجعل شيخ الاسلام هذا الخلاف بين ابي يوسف ومحمد فعند ابي يوسف يتقل الدين والمطالبة وعند محمد يتقل المطالبة لا الدين قال وفائدة هذا الخلاف تظهر في مسئلتين احداهما ان الراهن اذا حال المرتهن بالدين فله ان يسترد الرهن عند ابي يوسف كما لو ابراه عنه وعند محمد لا يسترده كما لو اجل الدين بعد الرهن والثانية اذا ابراء الطالب المحيل بعد الحوالة لا يصح عند ابي يوسف لانه بري بالحوالة وعند محمد يصح فيبرى المحيل لان اصل الدين باق في ذمته وانما تحولت المطالبة ليس غير وقد انكر هذا الخلاف بينهما بعض المحققين وقال لم يتقل عن محمد نص يتقل المطالبة دون الدين بل ذكر احكاما تشابهه واعتبر الحوالة في بعضها تاجيلا وجعل المحول بها المطالبة لا الدين واعتبرها في بعض الاحكام ابراء وجعل المحول بها المطالبة والدين وانما نقل هكذا لان اعتبار حقيقة اللفظ يوجب نقل المطالبة والدين اذ الحوالة مبنية عن النقل وقد اضيف الى الدين واعتبار المعنى يوجب تحويل المطالبة لان الحوالة تاجيل معنى الا ترى انه اذا مات المحتال عليه مفلسا يعود الدين الى ذمة المحيل وهذا هو معنى التاجيل فاعتبر المعنى في بعض الاحكام واعتبر الحقيقة في بعضها نعم يحتاج الى بيان كيفية خصوص الاعتبار في كل مكان ويجيب المصنف عن بعضها في خلافية زفر وهذه اذا عرف المذهب حينئذ الى خلاف زفر للاعتبار بالكفالة بجامع ان كلا منهما عقد توثق ولم يتقل فيهما دين ولا مطالبة بل اشترك ولان عدم الانتقال ادخل في معنى التوثق اذ يصير له مكنة ان يطالب كلا منهما فكذا هذا ولنا ان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغريم فوجب نقل الدين والدين اذا انتقل عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم لغة لانها من الكفل وهو الضم فوجب فيها اعتبار ضم الذمة الى الذمة لان الاحكام يعني العقود الشرعية اسماء تعتبر فيها معاني تلك الاسماء وهو فائدة اختصاصها باسمائها فوله عقد توثق والتوثق ان يطالب كل منهما قلنا بل التوثق لم ينحصر في ذلك بل يصدق باختيار الاملى والايسر في القضاء فكفى به في تحقيق معنى التوثق في مسمى لفظ الحوالة غير متوقف على خصوص ما ذكر من التوثق وهذا الدليل ينتهض على زفر فانه قال يبقى الدين والمطالبة على الاصيل اما الطائفة من المشايخ القائلون بنقل المطالبة دون الدين فلانه

قال وإن توى المحتال على المحيل لا ان يتوى حقه وقال الشافعي رحمه الله عليه لا يرجع وان توى لان البراءة قد حصلت مطلقة فلا يعود الا بسبب جديد ولنا انها مقيدة بسلامة حقه له اذ هو المقصود او بفسخ الحوالة لانه تقابل الفسخ فصار كوصف السلامة في المبيع

اذا قال الحوالة مبنى على النقل فيعتبر فيها ذلك قالوا سلمنا واعتبار نقل المطالبة كاف في تحقيق معنى النقل غير متوقف على نقل الدين كما قلت لزفر تحقيق التوثق بتحصيل باستيفاء الا ملى الى آخره غير متوقف على كل ما يحصل به التوثق وقوله وانما يجبر الى آخره جواب النقض من قبل زفر وهو ما سبق من ادلة القائلين من المشايخ بعدم نقل الدين وهو ان المحيل اذا نقد المحتال الدين المحال به قبل نقد المحال عليه اجبر المحتال على القبول فلو لم يكن الدين باقيا على المحيل لم يجبر لانه حينئذ متبرع بشيء من ماله فلا يجبر على قبوله اجاب بانه لا يلزم على تقدير النقل ان يكون متبرعا محضا وانما يكون ذلك لو لم يكن عود الدين المنتقل اليه بعينه ممكنا بخوف قد يقع فاما ان كان فلانه على ذلك التقدير دافع عن نفسه مطالبة على تقدير تحقق سببها فهذا الجواب يدفع هذا الوارد من حيث هو نقض لزفر وليل لتلك الطائفة وقد نقض من قبل زفر بوجود الحوالة ولا نقل اصلا بما اذا وقعت بغير اذن المحيل واجيب بان معنى النقل تحقق فيه بعد اداء المحتال عليه حتى لا يبقى اذ ذاك على المحيل شيء الا ان قد يقال لوضح هذا الصح ان يقال الكفالة بغير امر المكفول عنه فيها نقل الدين ايضا بهذا الوجه لانه اذا ادى الكفيل عنه لم يبق عليه شيء والحق ان اصل الجواب ساقط فان انتفاء الدين عن المحيل باداء المحتال عليه ليس هو نقل الدين بل انتفاؤه من الوجود بالكلية وليس هذا نقلا بل نقله تحوله عن محيل هو ذمة المحال عليه وعندي ان الجواب هو ان الحوالة بغير اذن المحيل ليست حوالة من كل وجه لان حقيقة الحوالة ان كان فعل المحيل فهو الاحالة او الحاصل من فعله فهو منتف الانتقال الفعل منه والنقل انما هو في حقيقتها ولهذا اجاز المالكية هذا المعنى واخرجوه من الحوالة وسموه حمالة وحكموا شطره حكم الحوالة وهو اللزوم على المتحمل دون شطره الآخر وهو انتقال الدين عن المديون فلم تكن حوالة والا استعقب تمام حكمها وهذا ما عندنا قوله ولم يرجع المحتال على المحيل الا ان ينوي حقه وقال الشافعي رح لا يرجع وان توى بموت او افلاس او غيره وهو قول احمد والليث وابي عبيد وعن احمد اذا كان المحال عليه مفلسا ولم يعلم الطالب بذلك فله الرجوع الا ان يرضى بعد العلم وهو قول مالك لان الافلاس عيب في المحال عليه فله ان يرجع بسببه كالمبيع ولان المحيل غره فهو كما لو دلس المبيع يرجع به وللشافعي ان البراءة الحاصلة بالانتقال حصلت مطلقة فلا تعود الا بسبب جديد ولا سبب فلا عود ويؤيده ما روي عن ابن المسيب انه كان له على علي دين فاحاله به على اخر فمات المحتال عليه فقال ابن المسيب اخرت علينا فقال ابعدك الله فمنع رجوعه ونحن نمنع كون البراءة مطلقة بل هي مقيدة يعني بشرط السلامة وان كانت مطلقة وهذا القيد يثبت بدلالة الحال وهو ان المقصود من شرط الحوالة ليس مجرد الوجوب على الثاني لان الزعم باعتبار هذا القدر شاذ به وانما تفاوت في احسان القضاء وعدمه فالمقصود التوصل الى الاستيفاء من المحل الثاني على وجه لا يحسن والا لم ينتقل عن الاول فصارت السلامة من المحل الثاني

قال التوى عند ابى حنيفة رحمه الله عليه احد الامرين وهو اما ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه او يموت مفلسا لان
العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما وهو التوى في الحقيقة وقالا هذان الوجهان وجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم
بافلاسه حال حيوته وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما كان المال غائبا او دينا

كالشرط عادة في العقد الاول فاذا لم يحصل مشروطا عاد حقه على الاصيل وصار كما لو صالح على عين فهلكت قبل التسليم يعود
الدين لان البراءة ما تمت مطلقة بل بعوض فان لم يسلم يعود ويؤيده ما روي عن عثمان رضه مرفوعا وموقوفا في المحتال
عليه اذا مات مفلسا قال يعود الدين الى ذمة المحيل كما كان وقال الاتوني على مال امرؤ مسلم وفي لفظ الا سرار قال اذا توى
المال على المحال عليه عاد الدين على المحيل كما كان ولا توى على مال مسلم وذكر محمد في الاصل عن ابي هريرة مثل ذلك وهذان الحديثان مشتهران
فان كانا صحيحين اولم يثبتا فقد تكافا هذا واختلف عبارات اصحابنا في كيفية العود فقيل تفسخ الحوالة اي يفسخها المحتال ويعاد الدين كما كان مستترا
اذا وجد بالمبيع عيبا قبل يفسخ ويعود الدين كما لو هلك المبيع اذا هلك قبل القبض وقيل في الموت عن افلاس يفسخ ويعود الدين في الحجود
يفسخ ويعاد وفي طريقة الخلاف قالوا لو مات المحيل والمحال عليه مفلسين لا يرجع فكذا ما نحن فيه قلنا لا نسلم بل له الرجوع
الا انه سقطت المطالبة بالاعسار ولهذا كل ما ظهر لاحدهما مال اخذ وكما في الكفيل والمكفول عنه اذا ماتا مفلسين
تبطل الكفالة ثم لا تدل على ان المطالبة لا تثبت حالة حياة المكفول عنه وقالوا مال الحوالة جعل كالمقبوض لانه لو هلك
كالمقبوض لادى الى الافتراق عن دين بدين ولانه تجوز الحوالة برأس مال السلم والصرف ولولا انه كالمقبوض لم تجز
الحوالة واذا مات المحيل مفلسا لا يكون المحتال اسوة للغرماء واذا كان كالمقبوض لا يرجع قلنا ليس كالمقبوض والا يجاز
للمحتال ان يشتري شيئا من غير المحال عليه كما يجوز ان يشتري به من المحتال عليه وقولهم لو لم يكن كالمقبوض صار
دينا بدين انما يلزم لو كان القصد منه المعاوضة وليس كذلك كالقرض واما الصرف والسلم فمجمع لنا انه لو
كان كالمقبوض يجوز ان يتفرقا عن المجلس من غير قبض وليس كذلك فانه اذا حال بهما فلو افترقا من غير قبض بقي العقد
ولو كانت الحوالة قبضا لكان هذا افتراقا بعد القبض فلا يفسد العقد واما كون المحتال لا يصير اسوة للغرماء واذا
مات المحيل ولا مال له سوى ما على المحال عليه ممنوع قال في الجامع الكبير ولو ان المحال آخر الحويل
سنة ثم مات المحيل وعليه دين آخر سوى دين المحال يقسم دينه على الحويل بين المحال وبين الغرماء بالحصص
لان هذا مال المحيل ولم يصر بالحوالة ملكا للمحال لان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يتصور لكن تعلق به
حق المحال وبهذا الاصيبة المحال اخص به مالم تثبت اليد بدليل ان العبد الماذون اذا كان له على عبد دين يتعلق
صاحب الدين برقبته وكسبه ثم لو وجب بعد ذلك دين آخر كان رقبته وكسبه بين الكل بالحصص انتهى واذا
ان يرجع بالتوى بين التوى بقوله والتوى عند ابي حنيفة بكل من امرين اما ان يجحد الحوالة ويحلف
للمحتال ولا فلا فقوله لا يعني كلا من المحيل والمحتال او يموت مفلسا لا مال له عينا ولا دينا
عنه بدين المحتال وعندهما بهذين وجه آخر وهو ان يحكم حاكم بافلاسه وهذا بناء على ان تفليس القاضي
عندهما وعنده لا يصح لانه لا يتوهم ارتفاعه بحدوث مال له فلا يعود بتفليس القاضي على المحيل والتوى التلف
يقال منه توى يتوى بوزن علم يعلم وفي توى ثلاث لغات ولو قال المحتال مات مفلسا وقال المحيل بخلافه فعلى الثاني

قال ط فان طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل احلتك بدين لي عليك لم يقبل قوله ولا بينة وكان عليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاؤه دينه بامره لان المحيل يدعي عليه دينا وهو منكر والقول للمنكر وذلك يكون الحوالة اقرارا بالدين عليه لا ان تكون بدين في ذمته قال ط فان طالب المحيل المحتال يا ايها به فقال انما احلتك لتقبضني وقال المحتال بل احلتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل كان المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر ولفظة الحوالة مستعارة في الوكالة فيكون القول قوله من غير يمين قال ومن اودع رجلا الف درهم واحال بها عليه آخر فهو جائز لانه اقدر على القضاء لتيسير ما يقتضيه به وحضوره بخلاف الاول ثم ان هلكت بالمحتال عليه وهو الموضوع لتقييدها بها اي لتقييد الحوالة بالوديعة التي هلكت فانه اي الرجل ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت الحوالة مقيدة بعين مغصوب عرض او الف شلدراهم فانه اذا هلك المغصوب المحال به لا تبطل الحوالة ولا يبرأ المحال عليه لان الواجب على الغاصب رد العين فان عجز رد المثل او القيمة فاذا هلك في يد الغاصب المحال عليه لا يبرأ لان له خلفا وهو القوات اذ لا خلف كالفوات فبقيت متعلقة بخلفه فيرد خلفه على المحتال وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا بان يحيله بدينه الذي له

والمبسوط القول للطالب مع اليمين على العلم لانه تمسك بالاصل وهو العسرة لو كان حيا فزعم انه مفلس فالقول له لتمكنه لكن يعسره وفي شرح الناصح القول للمحيل مع اليمين لانكاره وعمود الدين قوله واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل انما احلتك بدين لي عليك لم يقبل قوله وعليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق في حقه وهو قضاؤه دينه بامره لان المحيل يدعي دينا عليه وهو منكر والقول للمنكر ولا يقال قبول الحوالة من المحتال عليه اقرار بالدين عليه لانا نقول ليس من ضرورة قبول الحوالة ذلك بل قد يكون بما عليه وهو المقيدة وقد تكون مطلقة والمطلقة هي حقيقة الحوالة اما المقيدة فلو كانت بالاداء من وجه التبرع واذا طالب المحيل المحتال بما احاله به وقال اني احلتك لتقبضه لي فقال محتال بل احلتني بدين لي عليك فالقول للمحيل لان المحتال يدعي عليه اي عن المحيل دينا وهو ينكر فالقول له لان فراغ الذمة هو الاصل وبه قال الشافعي في وجه وفي وجه آخر القول للطالب لان الحوالة بالدين ظاهرا فانه قاله المحيل توكيل فهو خلاف الظاهر وهو قول احمد وقول المصنف ولفظة الحوالة يستعملة في الوكالة متعلق بقوله مع يمينه جواب حسنة وهو بناء على تسامحهم في الاستعمال ومنع كونها بالدين الحقيقة فالحوالة متواطئ فيهما والافادعاه مجاز استعارة فانتفى قولهما فان الحقيقة عند ابي حنيفة مقدمة على المجاز المتعارف وقد تكلف شمس الائمة حين استبعد التواطئ وتقديم المجاز المتعارف فحملها على ما اذا استوفى المحتال الالف المحال بها وقد كان المحيل باع متاعا من المحتال عليه بهذه الالف فيقول المحتال كان المتاع ملكي وكنت وكيلا في بيعه عني والمقبوض مالي ويقول المحيل كان المتاع ملكي وانما بعته لنفسي فالقول للمحيل لان اصل المنازعة وقع بينهما في ملك ذلك المتاع واليد كان للمحيل فالظاهر انه له انتهى وظاهر تخصيص المسئلة بهذه الصورة وليس كذلك بل جواب المسئلة مطلق في سائر الامهات والحق انه لا حاجة الى ذلك بعد تجويز كون لفظ احلتك بالف يراد به الف للمحيل لان ثبوت الدين على الاصيل لا يمكن بمثل هذه الدلالة بل لا بد من القطع بها من جهة اللفظ او دلالة مثل له على او في ذمتي لان فراغ الذمة كان ثابتا يقينا فلا يلزم فيه ضرر شغل ذمة الاصيل من اللفظ ومنه نحو قوله اترنها في جواب له علي الف للتيقن بعود الضمير في اترنها على الالف المدعاة بخلاف مجرد قوله احلتك قوله ومن اودع رجلا الف درهم واحال بها عليه آخر فهو جائز لانه اقدر على القضاء لتيسير ما يقتضيه به وحضوره بخلاف الاول ثم ان هلكت بالمحتال عليه وهو الموضوع لتقييدها بها اي لتقييد الحوالة بالوديعة التي هلكت فانه اي الرجل ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت الحوالة مقيدة بعين مغصوب عرض او الف شلدراهم فانه اذا هلك المغصوب المحال به لا تبطل الحوالة ولا يبرأ المحال عليه لان الواجب على الغاصب رد العين فان عجز رد المثل او القيمة فاذا هلك في يد الغاصب المحال عليه لا يبرأ لان له خلفا وهو القوات اذ لا خلف كالفوات فبقيت متعلقة بخلفه فيرد خلفه على المحتال وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا بان يحيله بدينه الذي له

وحكم المقيدة في هذه الجملة ان لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن فان كان اسوة للغرماء بعد موت المحيل وهذا لانه لو بقيت له مطالبة به فيأخذ منه لبطلت الحوالة وهي حق المحتال بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه به بل بذمته فلا تمنع الحوالة باخذ ما عليه دينا عن ذمته

على فسلان المحال عليه فصارت المقيدة بالتفصيل ثلاثة اقسام مقيدة بعين امانة وبعين مضمونة وبدين خلص وحكم المقيدة في هذه الجملة اعني الاقسام الثلاثة ان لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بذلك العين ولا بذكر الدين لان الحوالة لما قيدت بها تعلق حق المطالب به وهو استيفاء دينه منه على مثال الرهن واخذ المحيل يبطل هذا الحق فلا يجوز فلو دفع المحال عليه العين او الدين الى المحيل ضمنه للطالب لانه استهلك ما تعلق به حق المحتال كما اذا استهلك الرهن احد يضمنه للمرتهن لانه يستحقه ولما كان تشبيه المصنف بالرهن تنبيها بما بينهما انه لو هلك المحيل وعليه دين آخر غير دين المحتال ينبغي ان تختص المحتال بذلك الدين احيل به او العين وليس كذلك بينه المصنف فقال وان كان اي المحتال اسوة الغرماء فيه بعد موت المحيل وهذا لانه لو بقي للمحيل حق المطالبة بما احال به من الامر العين فيأخذه منه بطلت الحوالة والواقع انها حق المحتال فليس له ان يبطل حقه وترك الفرق بين الرهن والمحال به دينا او عينا والفرق ما قدمناه وان كان حق المحتال متعلقا بالعين المخصوصة او الدين كما يتعلق حق الدائن بالرهن المعين لكن ليس له بدل للملك والمرتهن له بدل ثابتة مع الاستحقاق وكان لزيادة اختصاص اذا كان المحتال اسوة الغرماء فلو قسم ذلك الدين او العين بين غرماء المحيل واخذ المحتال حصته لا يكون له ان يرجع على المحال عليه بقية دينه وهو ظاهر لتقييد الحوالة بذلك المقسم هذا من احكام المقيدة الحوالة المقيدة بالدين او العين انه لو ابراء المحتال المحتال عليه صح الابراء وكان للمحيل ان يرجع على المحال عليه بدينه ولو وهب المحتال دينه من المحتال عليه او مات المحتال له وورثه المحتال عليه لا يكون للمحيل ان يرجع على المحتال عليه والفرق ان الهبة من اسباب الملك وكذا الارث فملك المحتال عليه ما في ذمته بالهبة وكذا بالارث فهو كما لو ملكه بالاداء ولو ادى لا يرجع المحيل عليه فكذا اذا ملكه بالهبة بخلاف الابراء فانه في الاصل موضوع للاسقاط فلا يملك به المحتال عليه ما في ذمته وانما خرج به عن ضمانه للمحتال وهو الشاغل لدين المحيل فبقي دين المحيل على المحتال عليه بلا شاغل فيرجع به عليه وقوله بخلاف المطلقة تعليل لقوله لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه بالعين المحال به والدين والحاصل ان الحوالة قسمان مقيدة كما ذكرنا ومطلقة وهو ان يقول المحيل للمطالب احلتك بالالف التي لك رجل على هذا الرجل ولم يقل ليؤدي ما من المال الذي لي عليه فاذا احال كذلك وله عند ذلك الرجل وديعة او مغصوبة او دين كان له ان يطالب به لانه اي الشان لا تعلق لحق المحتال به اي بذلك الدين او العين موقوعها مطلقة عنه بل بذمة المحتال عليه وفي الذمة سعة فيأخذ دينه او عينه من المحتال عليه لا تبطل الحوالة وما عليه يرجع الى الدين او المغصوب او عنده يرجع الى الوديعة ومن المطلقة ان يحيل على رجل ليس له عنده ولا عليه شيء ومنقسم المطلقة الى حالة وموجلة فالحالة ان يحيل الطالب بالف وهي على المحيل حالة فتكون على المحتال عليه حالة لان الحوالة التحويل والدين يتحول بالصفة التي هي على الاصيل وليس للمحتال عليه ان يرجع على الاصيل قبل ان يؤدي

تال ويكره السفاتج وهي قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق وهذا نوع نفع استفيد به وقد نهى الرسول عليه السلام عن قرض جر نفعا

كتاب ادب القاضي

ولكن له اذا لزوم ان يلازمه واذا حبس ان يحبسه والمطالبة الموجلة له على رجل الف الى سنة فاحال الطالب عليه الى سنة كانت عليه الى سنة ولو حصلت الحوالة مبهمة لم يذكره محمد وقالوا ينبغي ان تثبت موجلة كما في الكفالة لانه يحتمل ما على الاصيل بامي صفة كان فلو مات الاصيل لم يحل المال على المحتال عليه لان حلول الاجل في حق الاصيل لاستغنائه عن الاجل بموته ولا يأتي ذلك في حق المحتال عليه لانه محتاج الى الاجل ولو حل عليه انما يحل بناء على حاله لا على حاله على الاصيل فلا وجه له لان الاصيل برئ عن الدين في احكام الدنيا والمتحق بالاجانب ولو مات المحال عليه قبل الاجل والاصيل حي حل المال على المحتال عليه لاستغنائه عن الاجل بموته فان لم يترك وفاء يرجع الطالب على الاصيل الى اجله لان الاصيل سقط حكما للحوالة وقد انتقضت الحوالة بموت المحتال عليه مفلسا فينتقض ما في ضمنها وهو سقوط الاجل كما لو مات المديون بدين موجل عبد امن الطالب ثم استحق العبد عاد الاجل لان سقوط الاجل كان بحكم البيع وقد انتقض كذا هنا **قوله** ويكره السفاتج جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء وهو تعريب سفته وهو الشيء المحكم سمي هذا القرض به لاحكام امره وصورته ان يرفع في بلدة الى مسافر قرضا ليدفع الى صديقه او وكيله مثلا في بلدة اخرى ليستفيد به من اختصر الطريق لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن قرض جر نفعا رواه الحارث بن ابي اسامة في مسنده عن حفص بن حمزة ابنا نا سوادبن مصعب عن عمارة الهمداني قال سمعت عليا رضه يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل قرض جر نفعا فهو ربا وهو ضعيف بسوادبن مصعب قال عبد الحق متروك وكذا قال غيره ورواه ابو الجهيم في جزئه المعروف عن سواد ايضا واخرج ابن عدي في الكامل عن جابر بن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم السفتجة حرام واعله بعمر وبن موسى بن وجيه ضعفه البخاري والنسائي وابن معين وذكره ابن الجوزي في الموضوعات واحسن ما هنا ما عن الصحابة والسلف ما رواه ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا خالد الاحمر عن حجاج عن عطا قال كانوا يكرهون كل قرض جر منفعة وفي الفتاوى الصغرى وغيرها ان كان السفتج مشروطا في القرض فهو حرام والقرض بهذا الشرط فاسد وان لم يكن مشروطا جاز وصورة الشرط ما في الواقعات رجل اقرض رجلا مالا على ان يكتب له بها الى بلد كذا فانه لا يجوز وان اقرضه بغير شرط وكتب جاز وكذا لو قال اكتب لي سفتجة الى موضع كذا على ان اعطيك هنا فلا خير فيه وروي عن ابن عباس ما يدل على ذلك الا ترى انه لو قضاه احسن مما له عليه لا يكره واذا لم يكن مشروطا قالوا انما يحل ذلك عند عدم الشرط اذا لم يكن فيه عرف ظاهر فان كان يعرف ان ذلك يفعل كذلك فلا وال الذي يحكى عن ابي حنيفة انه لم يقع في ظل جدار غريمه فلا اصل له لان ذلك لا يكون انتفاعا عليه بملكه كيف ولم يكن مشروطا ولا متعارفا وانما اورد القدوري هذه المسئلة هنا لانها معاملة تنشأ من القروض كالكفالة والحوالة والله اعلم

كتاب ادب القاضي

لما كان اكثر المنازعات في الديون والبياعات والمنازعات تحتاج الى قطعها اعقبها بما هو القاطع لها وهو القضاء والادب الخصال الحميدة والقاضي يحتاج اليها فافاد بها وهو ان ذكر ما ينبغي للقاضي ان يفعله ويكون عليه وسميت الخصال الحميدة ادبا لانها تدعو الى الخير والادب في الاصل من الادب بالكسر الدعاء وهو ان تجمع الناس وتدعوهم الى طعامك فيقال صنع ادبا يأدب ادبا وادبا

فتح القدير في الفقه الحنفي للكمال ابن الهمام على الهداية شرح بداية المبتدي لشيخ الاسلام برهان الدين ابي الحسن علي بن ابي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني

والى ولا ينبغي ان يولي القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من اهل الاجتهاد اما الاول فلان حكم القضاء يستفاد من حكم الشهادة لان كل واحد منهما ملزم والمراد بالولاية التي تكون اصلا للقضاء ويكون القضاء من توابعها هي الولاية العامة وهي ولاية

بزيد ضرب ابنه ضربا اذا وعاد الى طعامه فهو ادب والمادبة المصنوع المدعو اليه ومنه قول طرفة بن العبد يمدح قومه نحن في المشتاة ندعو الجفلى لا ترى الآدب فينا ينتقر ومنه ما ذكر ابو عبيد في نزل ابن مسعود ان هذا القرآن مأدبة الله فمن دخل فيه فهو آمن وروي عنه ايضا ما دبه الله فتعلموا من مأدبته بفتح الدال اي تأديبه وكان الاصمعي يحيلها بالفتحين قال ابو عبيد لم اسمع احدا يقول هذا غيره واما القضاء فقال ابن قتيبة يستعمل لمعان كلها ترجع الى انحتم والفراغ من الامر يقال بالكمال وفي الشرع يزاد به الزام يقال للحكم وهو منع الظالم عن الظلم من الحكمة التي تجعل في رأس الفرس واما وصف القضاء ففرض كفاية فلو امتنع الكل اثموا والسلطان ان كره من يقيم قدرته عليه لانه لا بد من القيام بالحقوق الى اربابها بالزام الممانعين منها ولا يكون ذلك الا بالقضاء وقد امر الله به نبيه صلى الله عليه وسلم بقوله وان احكم بينهم بما انزل الله اليك وقبله صلى الله عليه وسلم داود بقوله لتحكم فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى وبعث صلى الله عليه وسلم عليا قاضيا على اليمن ومعاذا وقال لهما بم تقضيان فقال لهما بكتاب الله قال فان لم تجدا قال فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فان لم تجدا قال اجتهد رأيي فاقره وعليه اجماع المسلمين قوله لا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من اهل الاجتهاد وهذا لفظ القدوري وذكر المولى على لفظ المعقول للاشارة بانه الذي عليه العمل من غير طالب له منه كما هو الاولى اما الاولى وهو انه لا بد ان يكون من اهل الشهادة فلان حكم القاضي يستقي من حكم الشهادة يعني كلا من القضاء والشهادة يعتمد من امر واحد هو شروط الشهادة من الاسلام والبلوغ والعقل والحرية وكونه غير اعمى ولا محدود في قذف والكمال فيه ان يكون عدلا عفيفا عالما بالسنة وبطريق من كان قبله من القضاة فرع قلد عبد فعتق جاز ان يقضي بتلك الولاية من غير حاجة الى تجديد كما لو تحمل الشهادة حال الرق ثم عتق كذا في الخلاصة في اول كتاب القضاء وذكر بعد ورقة ولو قلد قضاء مصر لصبي فادرك ليس له ان يقضي بذلك الامر ولو قلد كافر القضاء فاسلم قال محمد هو على قضائه ولا يحتاج الى توليه ثانية فصار الكافر كالعبد والفرق ان كلا منهما لا ولاية له بالكفر والاسلام يرفع اما الصبي فلا ولاية له اصلا وفي الفصول لو قال لصبي او كافر اذا ادركت فصل بالناس او اقض بينهم جاز ولا يخالف ما ذكر في الصبي لان هذا تعليق الولاية والمعلق معدوم قبل الشرط ولو تقدم تنجيز واذا لم تصح ولاية الصبي قاضيا لم يصح سلطانا في زماننا من تولية ابن صغير للسلطان اذا مات ففي فتاوى النسفي صح بعد موم ولايته فان منعه ان يكون الاتفاق على وال عظيم يسير سلطانا ولا تعلق القضاء منه بغير انه يعزل نفسه تبعا لابن السلطان تعظيما وهو السلطان في الحقيقة انتهى ومقتضى هذا انه يحتاج الى تجديد بلوغه وهذا لا يكون الا اذا عزل ذلك الوالي العظيم نفسه من السلطنة وذلك لان السلطان لا ينعزل الا بعزل نفسه وهذا غير واقع واما الذكورة فليست بشرط الا للقضاء الكبرى والدماء فتقضي المرأة في كل شيء الا فيهما وقد اختلف في قضاء الفاسق فاكثر الائمة على انه لا يصح ولايته كالشافعي وغيره كما لا تقبل شهادته وعن علمائنا الثلاثة في النوادر مثله لكن الغزالي قال اجماع هذه الشروط من العدالة والاجتهاد وغيرها متعذر في عصرنا فخلو العصر عن المجتهد والعدل فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة وان كان جاهلا فاسقا وهو ظاهر المذهب وعندنا فلو قلد الفاسق الجاهل صح ويحكم بفتوى غيره ولكن لا ينبغي ان يقلد والحاصل انه ان كان في الرعية عدل عالم لا تحل توليته من ليس كذلك ولو ولي صح حتى تمتنع شهادة الفاسق لا تحل تنبيه لساء ان قيل تقدم الحكم بهذا في غير موضع ذكر الاولوية يعني الاولى ان لا تقبل شهادة

والفاسق اهل للقضاء حتى لو قلده يسع الا انه لا ينبغي ان يقلد كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي ان يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا ولو كان القاضي عدلا ففسق يأخذ الرشوة اعفيه لا ينعزل ويستحق العزل وهذا ظاهر المذهب وعليه مشائخنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله عليه الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا يقبل شهادته عندنا وعن علمائنا الثلثة رحمهم الله في المولد انه لا يجوز قضاؤه

وان قبل جاز ومقتضى الدليل ان لا يحل ان يقضي بها فان قضى جاز ونقد لو كان عدلا قبل الولاية فولي ففسق وجار يأخذ الرشوة وغيرها من اسباب الفسق لا ينعزل ويستحق العزل هذا هو ظاهر المذهب وعليه مشائخنا البخاريون والسمرقنديون ومعنى يستحق العزل انه يجب على السلطان عزله ذكره في الفصولين وقيل اذا ولي عدلا ثم فسق ينعزل لان عدالته في معنى المشروط في ولايته لانه حين ولاه عدلا واعتمد عدالته فكانت ولايته مقيدة بعدالته فيزول بزوالها ولا شك انه لو لزم ذلك العزل فان الولاية تقبل التقييد والتعليق بالشرط كما اذا قال له اذا وصلت الى بلدة كذا فانت قاضيها واذا وصلت الى مكة فانت امير الموسم والاضافة بان يقول جعلتك قاضيا في رأس الشهر ويستثنى منها كما يقول جعلتك قاضيا الا في قضية فلان او لا تنظر في قضية كذا لكن لا يلزم ذلك اذ لا يلزم من اختيار ولايته لصلاحيته تقييدها به على وجه يزول بزواله فلا ينعزل وبهذا التقرير اندفع المرور من ان البقاء اسهل من الابتداء وفي الابتداء تجوز ولاية الفاسق وفي البقاء لا ينعزل واتفقوا في الامرة والسلطنة على عدم الانعزال بالفسق لانها مبنية على القهر والغلبة ثم الدليل على جواز التعليق الامارة واضافتها قوله صلى الله عليه وسلم حين بعث الناس الى موته وامر عليهم زيد بن حارثة ان قتل زيد فجعفر اميركم وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة وهذه القصة مما اتفق عليها جميع اهل السير والمغازي ثم الرشوة اربعة اقسام منها ما هو حرام على الآخذ والمعطي وهو الرشوة على تقليد القضاء والامارة ثم لا يصير قاضيا الثاني ان ارتشى القاضي ليحكم وهو كذلك حرام من الجانبين ثم لا ينفذ قضاؤه في تلك الواقعة التي ارتشى فيها سواء كان بحق او بباطل اما في الحق فلانه واجب عليه فلا يحل اخذ المال عليه واما في الباطل فلظهور حكمي في الفصول في نفاذ قضاء القاضي فيما ارتشى فيه ثلاثة اقوال لا ينفذ فيما ارتشى فيه وينفذ فيما سواه وهو اختيار شمس الائمة لا ينفذ فيهما ينفذ فيهما وهو ما ذكره البزدوي رحمه الله وهو حسن لان حاصل امر الرشوة فيما اذا قضى بحق ايجابها فسقه وقد فرض ان الفسق لا يوجب العزل فولايته قائمة وقضاؤه بحق فلم لا ينفذ وخصوص هذا الفسق غير مؤثر وغاية ما وجه به انه اذا ارتشى عامل لنفسه او ولده يعني والقضاء عمل لله تعالى وارتشاء القاضي او ولده او من لا تقبل شهادته له او لبعض اعوانه سواء اذا كان بعلمه ولا فرق بين ان يرتشي ثم يقضي او يقضي ثم يرتشي وفيه لو اخذ الرشوة ثم بعث الى شافعي ليقضي لا ينفذ قضاؤه لان الاول عمل في هذا النفس حين اخذ الرشوة واما كان كتب الى الثاني ليسمع الخصومة واخذ مثل اجر الكتاب صح حكم المكتوب اليه والذي قلد بواسطة الشفعاء كالذي قلده احتسابا في انه ينفذ قضاؤه وان كان لا يحل طلب الولاية بالشفعاء الثالث اخذ المال ليسعى في امره عند السلطان دفعا للضرر او جلبا للنفع وهو حرام على الآخذ لا الدافع وحيلتها للاخذ ان يستأجره يوما الى الليل او يومين فتصير منافعه مملوكة ثم يستعمله في الذهاب الى السلطان لامر الفلاني وفي الاقضية قسم الهدية وجعل هذا من اقسامها فقال حلال من الجانبين كالاهداء للتودد وحرام من الجانبين كالاهداء ليعينه على الظلم حلال من جانب المهدي حرام على الآخذ وهو ان يهدي

ف حد الاجتهاد كلام عرف في اصول الفقه حاصله ان يكون صاحب حديث لا معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار وصاحب فقه له معرفة بالحديث ليلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل ان يكون صاحب قريحة مع ذلك يعرف بها عادات الناس من الاحكام ما يبتنى عليها

قال ولا بأس بالدخول في القضاء لمن وثق بنفسه انه يؤدي فرضه لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف

بانه ضعيف وضعف العقيلي وقال انما يعرف هذا من كلام عمر بن الخطاب رضي الله عنه واخرجه الطبراني من غير طريق حسين هذا عن ابن عباس رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من تولى من امر المسلمين شيئا فاستعمل رجلا وهو يعلم ان فيهم من هو اولى بذلك واعلم منه بكتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وروى ابو يعلى الموصلي في مسنده عن حذيفة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل استعمل رجلا على عشرة انفس وعلم ان في العشرة من هو افضل منه لله فقد غش الله ورسوله وجماعة المسلمين والذي له ولاية التقليد الخليفة والسلطان الذي نصبه الخليفة واطلق له التصرف وكذا الذي ولاه السلطان ناحيته وجعل خراجها واطلق له التصرف فان له ان يولي ويعزل كذا قالوا ولا بد من ان الصريح له بالمنع او يعلم ذلك بعرفهم فان نائب الشام وحلب في ديارنا لا يطلق لهم التصرف في الرجبة والخراج ولا يولون القضاة ولا يعزلون ولو ولى فحكم المولى ثم جاء كتاب السلطان لا يكون ذلك امضاء للقضاء والحرية شرط في السلطان وفي التقليد بالاصالة لا بطريق النيابة فان السلطان اذا امر عبده على ناحيته وامره بنصب القاضي جاز فان نصبه كنصب السلطان بنفسه **قوله** وفي حد الاجتهاد وكلام عرف في اصول الفقه وحاصل ذلك الكلام ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار وصاحب فقه له معرفة بالحديث ليلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه والفرق بين القولين ان على الاول نسبته الى معرفة الحديث اكثر من معرفته بالفقه وفي الثاني عكسه ثم ان المصنف رتب على الاول كونه يعرف معاني الآثار والمراد بمعاني الآثار المعاني التي هي مناطات الاحكام الدالة عليها الفاظ الحديث وعلى الثاني سلامته من القياس مع معارضة النص وقد وقع التصريح بانهما قولان ولا شك في ذلك لانهما متضادان لان كونه ادرى بالحديث من الفقه يقضي كونه ادرى بالفقه من الحديث وانت تعلم ان المجتهد يحتاج الى الامرين جميعا وهي تحذره من القياس في معارضة النص ومعرفة معاني الآثار ليتمكن من القياس فالوجه ان يقال صاحب حديث وفقه ليعرف معاني الآثار ويمتنع عن القياس بخلاف النص والحاصل ان العلم الكتاب والسنة باقسامهما من عباراتهما واشاراتهما ودلالتهما واقتضائهما وباقي الاقسام ناسخهما ومنسوخهما ومناطاتها احكامهما وشروط القياس والمسائل المجمع عليها لئلا يقع في القياس في مقابلة الاجماع واقوال الصحابة لانه قد يقيد على القياس فلا يقيس في معارضة قول الصحابي ويعلم عرف الناس وهذا قوله وقيل ان يكون صاحب قريحة الخ فهذا القيد لا بد منه في المجتهد فمن اتقن هذه الجملة فهو اهل للاجتهاد فيجب عليه ان يعمل باجتهاده وهو ان يميل حيث يميل ظنه بحكم شرعي عن هذه الادلة ولا يقلد احدا **قوله** ولا بأس بالدخول في القضاء لمن وثق بنفسه ان يؤدي فرضه لان الصحابة رضوان الله تعالى عليهم تقلدوا ولانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف اما ان الصحابة تقلدوا فحديث معاذ معروف وكذا على رضي الله عنه لما رواه ابو داود عن علي رضي الله عنه قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن قاضيا فقلت يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ترسلني وانا حديث السن ولا علم لي

قال ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يأمن على نفسه الحيف فيه لكبره ويصير شرطا لمباشرته التأثيم وكره بعضهم الدخول فيه مختارا لقوله عليه السلام من جعل على القضاء فقد ذبح بغير سكين والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل والترك عزيمة فلعله يخطئ ظنه ولا يوفق له أو لا يعينه عليه غيره ولا بد من الاجابة اذا كان هو الاهل للقضاء ودون غيره فحينئذ يفترض عليه القبول صيانة لحقوق العباد ولحلاة للعالم عن العسف

بالقضاء فقال ان الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك فاذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الاول فانه احرى ان يتبين لك القضاء قال فما زلت قاضيا وما شككت في قضاء بعد ورواه احمد واسحق بن راهويه والطيالسي والحاكم وقال صحيح الاسناد واخرج ابن ماجة وفيه ضرب صدري وقال اللهم اهد قلبه وثبت لسانه قال فما شككت الحديث وصححه ايضا الحاكم في المستدرك ايضا عن ابن عباس قال بعث النبي صلى الله عليه وسلم عليا رضي الله عنه الى اليمن فقال علمهم الشرائع واقض بينهم الحديث وصححه ثم قلد علي شريحا الامام واما انه فرض كفاية فقد قدمنا غير ان مقتضاه ان يكون الدخول فيه مستحبا وعبارة لا باس اكثر استعمالها في المباح وتركه اولى وحاصل ما هنا انه ان لم يأمن على نفسه الحيف اي الجور او عدم اقامة العدل كره له الدخول كراهة تحريم لان الغالب الوقوع في محظور وح وان امن ان ابيح رخصة والترك هو العزيمة لانه وان امن فالغالب هو خطأ ظن من ظن من نفسه الاستدلال فخطر مخالفة فيوخر عن الاستحباب هذا اذا لم تنحصر الاهلية فيه وان انحصر صار فرض عين عليه وعليه ضبط نفسه الا ان كان السلطان ممن يمكن ان يفصل الخصومات ويتفرغ لذلك وحديث من ولي القضاء فكانما ذبح بغير سكين اخرجه اصحاب السنن الاربعة من حديث ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من جعل على القضاء فقد ذبح بغير سكين حسنه الترمذي واخرجه ابن عدي في الكامل من حديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من استقضي فقد ذبح بغير سكين وحكي ان بعض القضاة استحياب بهذا الحديث ثم دعي من يسوي محيته فبينما هو يحلق تحت محيته في حلقه اذ اعطس القاضي فالقى الموسى رأسه وقد جاء في التحذير من القضاء آثار وقد اجتنبه ابو حنيفة رح وضربه رح على القضاء والسجن حتى مات في السجن وقال البحر عميق فكيف اعبره بالسباحة فقال ابو يوسف رح البحر عميق والسفينة وثيقة والملاح عالم فقال ابو حنيفة رح كما في بك قاضيا وقوله ابي حنيفة رح كقوله ابي قلابة ما وجدت القاضي الا كالسباح في بحر فكم يسبح حتى يغرق وكان دعي للقضاء فهرب حتى اتى الشام فوافق موت قاضيها فهرب حتى اتى اليمامة فاجتنبه كثير من السلف وقيد محمد بن الحسن رح نيفا وثلاثين يوما او نيفا واربعين يوما ليتقلده وقد اخرج مسلم عن ابي ذر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال له يا ابا ذر اني احب لك ما احب لنفسي لا تأمرن على اثنين ولا تولين مال اليتيم واخرج ابو داود عن ابي بريدة عن ابيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم القضاة ثلثة اثنان في النار وواحد في الجنة رجل عرف الحق فقضى به فهو في الجنة ورجل عرف الحق فلم يقض به وجار في الحكم فهو في النار ورجل لم يعرف الحق فقضى للناس على جهل فهو في النار وفي صحيح ابن حبان عن عائشة رضي الله عنها قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول يدعى بالقاضي العادل يوم القيمة فيلقى من شدة الحساب ما يتمنى انه لم يقض بين اثنين في عمره واخرج الحاكم عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ولي عشرة فحكم بينهم بما احبوا او كره جيء به يوم القيمة مغلولة يده الى عنقه فان حكم بما انزل الله وفك اسره او تشي في حكمه ولم يحف فك الله عنه غلته وان حكم بغير ما انزل الله وارتشى في حكمه وخان فيه

قال ويبغي ان يطلب الولاية ولا يسأل لما قوله عليه السلام من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل ملك يسدده ولا يكلف من طلبه مجتهد على نفسه فيغرم ومن اجبر عليه يتوكل على ربه فيكفيه ثم يجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوا من معاوية رضي الله عنه والحق كان بيد علي رضي الله عنه في نوبته والتابعين تقلدوا من الحجاج وكان جائرا الا اذا كان يمكنه من القضاء بحق كان القضاء احسن بالتقي خيرا له اذا كان

ست ذات يسار الى يمينه ثم رمى به في جهنم وروى النسائي عن مكحول لو خيرت بين ضرب عنقي وبين القضاء لاخترت ضرب عنقي واخرج ابن سعد في الطبقات قال استعمل ابو الدرداء على القضاء فاصبح الناس يهنؤنه بالقضاء فقال اتهنؤني بالقضاء وقد علمت على راس معوذ منزلتها الجب من عدن ابين واما في النجاري سبعة يظلهم الله في ظله يوم لا ظل الا ظله امام عادل فلا ينافي مجيئه اولا مسئولية يدوا لي ان لفيكها عدله فيظله في ظله فلا تعارض قوله ويستحب ان لا يطلب الولاية ولا يسأل لما قوله صلى الله عليه وسلم من طلب القضاء وكل الى نفسه الخ اخرجه ابو داود والترمذي وابن ماجه من حديث انس ثم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من سال القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل اليه ملك يسدده ولفظ ابي داود ومن طلب القضاء فاستعان عليه واخرجه الترمذي البغوي عن انس مرفوعا من ابتغى القضاء وسال فيه شفعاء وكل الى نفسه ومن اكره عليه انزل الله عليه ملكا يسدده وقال حسن غريب وهو اصح من حديث اسرائيل يزيد سند الاول واصح من الكل حديث البخاري قال صلى الله عليه وسلم يا عبد الرحمن بن سمرة لا تسال الامارة فانك ان اوتيتها عن مسئلة وكلت اليها وان اوتيتها من غير مسئلة اعنت عليها واذا كان طلب الولاية ان يوكل الى نفسه وجب ان لا يحل لما علم وقوع الفساد منه لانه مخذول قوله ويجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوا من معاوية رضي والحق كان بيد علي رضي الله عنه في نوبته والتابعين تقلدوا من الحجاج هذا تصريح بجور معاوية والمراد في خروجه لا في القضية ثم انما يتم اذا ثبت انه ولي القضاء وقبل تسليم الحكم له واما بعد تسليم فلا نسبي ذلك العام عام الجماعة واستقضى معاوية ابا الدرداء بالشام وبهامات وكان معاوية استشاره فمن يولي بعده فاشار عليه بفضالة بن عبيد الانصاري فولاه الشام بعده وقوله في نوبته على التي ذكرها المصنف يكون بعد زمان وقيد بنوبته احترازا عن قول الرافضة انه كان الحق بيده في سائر النوب حتى من ابي بكر وانما كان الحق معه في تلك النوبة لصحة بيعته وانعقادها فكان على الحق في قتال اهل الجمل وقتال معاوية بصفين وقوله عليه الصلاة والسلام تقتلك الفئة الباغية وقد قتله اصحاب معاوية يصرح بانهم بغاة لقد اظهرت عائشة رضي الله عنها الندم بكما اخرجه ابن عبد البر في الاستيعاب قال قالت عائشة رضي الله عنها لابن عمر يا ابا عبد الرحمن ما منعك ان تنهاني عن مسيري قال رايت رجلا غلب عليك يعني ابن الزبير فقالت له اما والله لو نهيتني ما خرجت واما الحجاج فحاله معروف في تاريخ البخاري بسنده عن ابي اسحق قال كان ابو بردة بن ابي موسى الاشعري قاضي الكوفة فعزله الحجاج وجعل انباء مكانه واسنده في موضع آخر عن عمرة قال استقضى الحجاج ابا بردة بن ابي موسى واجلس معه سعيد بن جبير ثم قتل سعيد بن جبير وذات الحجاج بعد بسنة اشهر وفي تاريخ اصبهان للحافظ ابي نعيم عبد الله بن ابي مريم الانصاري ولي القضاء باصبهان للحجاج ثم عزله الحجاج واقام محبوسا بواسطة فلما هلك الحجاج رجع الى اصبهان فتوفي بها قال ابن القطان في كتابه في باب الاستقصاء طلحة بن عبد الله بن عوف ابو محمد الذي يقال له طلحة الندى ابن اخي عبد الرحمن بن عوف تقلد القضاء من يزيد بن معاوية على المدينة وهو تابعي يروي عن ابن عباس وابي هريرة وابي سعيد رضي الله عنهم

قال ومن قلد القضاء يسأل عن ديوان القاضي الذي كان قبله وهو الحرائط التي فيها السجلات وغيرها لانها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فيجعل في يد من له ولاية القضاء ثم ان كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل الى اهله وكذا اذا كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذها قد يتلاعوه ويبعث بنين يستظهر بها عند العزل او امينه ويسأله شيئا شيئا ويجعلان كل نوع منها في خريطة كيلا يشتبه على المولى وهذا السؤال لكشف المحال لا للالزام

قوله الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق استثناء من قوله لا يجوز التقليد من السلطان الجائر لان المقصود الاصيل من التقليد هو ظاهر غير انه اذا لم يكن سلطان ولا من يجوز التقليد منه كما هو في بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار في بلاد المغرب كقرطبة الآن فانها بلدة بلاد الحبشة وافرد المسلمين عنهم على مال يوخذ منهم يجب عليهم ان يتفقوا على واحد منهم يجعلونه واليا ليولي قاضيا او يكون هو الذي يقضي بينهم وكذا اذا نصبوا لهم اماما يصلي بهم الجمعة فروع في العزل للسلطان عزل القاضي بريبة بلا ريبة ولا يعزل حتى يبلغه العزل ويعزل نائبه بعزله بخلاف ما اذا مات القاضي لا ينعزل نائبه وكثير من المشايخ على ان النائب لا ينعزل بعزل القاضي لانه نائب السلطان وينعزل القاضي بعزل نفسه اذا بلغ السلطان وما لم يبلغه لا ينعزل كعزل الوكيل نفسه لا ينعزل حتى يبلغ الموكل وقيل لا ينعزل القاضي بعزل نفسه لان قضاءه صار حقا للعامة فلا يملك ابطاله وعن ابي يوسف رح لا ينعزل بعزل السلطان حتى يأتي قاض آخر صيانة لحقوق الناس ومثله وصي القاضي اذا عزل نفسه يشترط علم القاضي ويجوز تعليق العزل بالشرط ومن صوره اذا كتب الخليفة اليه اذا وصل اليك كتابي هذا فانت معزول لا ينعزل حتى يصل اليه الكتاب ولم يجز ظهير الدين تعليق العزل وليس بشيء وينعزل خلفاء القاضي بموته ولا ينعزل امراء الخليفة وموقدو رجل قضاء بلدة لها قاض هل ينعزل الاول عن ابي اليسر لا ينعزل قال في الخلاصة وهو الاشبه ولو شرط في القضاء شرطا مثل ان لا يتمثل امر احد فخالف العدل وعن ابي حنيفة لا يترك القاضي على القضاء اكثر من سنة ثم يعزله ويقول له شغلنا كاذهب فاشتغل ثم اعلم انا قوله ومن قلد القضاء ينبغي ان يسأل اولا عما يبدأ به من الاعمال هذا وهو ان ينبغي ان يطلب من القاضي المعزول ديوانه ثم يرد ديوان نفسه وهي الحرائط التي فيها السجلات وغيرها من كتب الاوقاف وكتب نصب الوصايا والمحاضر والصكوك وتقدير النفقات للايتام وغيرهم مما تقتضيه الحال وانما يطلبه لانها انما وضعت عند القاضي ليكون حجة وثيقة محفوظة عند القاضي اذا دعت الحاجة الى الحجة ومعرفة الاحوال فتجعل عند من له ولاية النظر في امورهم وما كانت عنده الاول الا لانه كذلك ثم ان كان القاضي الذي كتب فيه ورقا من بيت المال او من باب الرباب القضايا فظاهر في بيت المال وكذا الآخر في الصحيح لانه رضي به لانه القاضي لا لانه تملك الذات وقد انتقل الى القاضي وان كان ملك القاضي فكذلك في الصحيح لانه اتخذه وقتيا ليحفظ به امور الناس وحاجاتهم لا ليورثه ويعيش المولى اثنين او واحدا اما مولا ليقيضها بحضرة المعزول او من امينه ويسأله لان امين المعزول شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع في خريطة مستقلا كالصكوك في خريطة والنفقات في خريطة وكتب الاوقاف في خريطة ليكون اسهل عليهما وان يجعلا في كل خريطة ما يخالف ما في الخريطة الاخرى فان في كشف عشر حرج عسر اشديدا وفي عرفنا ليس عند القاضي صكوك لنا سجل ولا كتب انما هي عند القاضي حين ناظر الوقف وهذا السؤال لكشف الحال لا ليلزم العمل بمقتضى الجواب من القاضي فانه التحق بسائر الاملاك بالعزل ثم اذا قضاه حتما عليه خوفا من طريق التغيير واما القيم يجبان عند دفع الوقف وصرفها فليس الى ذلك حاجة فان كتب الاوقاف

قال وينظر في حال المحبوسين لانه نصب ناظرا فمن اعترف بحق لزمه اداؤه كان الاقرار ملزما ومن انكر لم يقبل قول المدعي عليه الا ببينة لانه بالعزل التحق بالرعايا وشهادة الفرد ليست بحجة لا سيما اذا كانت على فعل نفسه فان لم تقم لم يحل تخليته حتى ينادي عليه وينظر في امره كان فعل القاضي المعزول حقا ظاهرا فلا يعجل كيلا يؤدي الى ابطال حق الغير وينظر في الودائع وارتفاع الوقوف فيعمل فيه على ما تقوم به البينة او يعترف به من هو في يده لان كل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول لما بينا الا ان يعترف المدعي في يده ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله فيها لانه ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضي فيصح اقرار القاضي كانه في يده في الحال لانه ابدا بالاقرار لغيره ثم اقر بتسليم القاضي فيسلم ما في يده الى المقر له لاول لسبق حقه ويضمن قيمته للقاضي باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي

مشتملة على عدد الضياع الموقوفة والدور والحوانيت محدودة قوله وينظر في حال المحبوسين فيسعى الى السجن من يخبرهم فيأتيه باسمائهم وانسابهم ويسأل المحبوس عن سبب حبسه لان القاضي ناظر في امور المسلمين وهؤلاء مسلمون محبوسون ولا بد ان يثبت عنده سبب يوجب حبسهم وثبوته عند الاول ليس حجة يعتمد بها الثاني في حبس هؤلاء لان قول الاول لم يتم حجة فمن اعترف بحق لزمه اداؤه ورد الى السجن الا ان يبلغ المقدار الذي يخرج من السجن عنده واذا لم يثبت له مال وكذا من انكر وشهد الشهود عليه والقاضي يعرف هؤلاء الشهود بالعدالة فان لم يعرف عدالتهم اخذ منهم كفيلا واطلقهم حتى ينظر في حالهما فان ظهرت عدالة الشهود رده الى السجن اذا طلب الخصم ولو اخبر القاضي المعزول بسبب حبسهم لا يقبل لانه التحق بواحد من الرعايا وشهادة الفرد ليست حجة موجبة للعمل لا سيما وهو على فعل نفسه وبهذا قال الشافعي ومالك وقال احمد يقبل قوله بعد العزل كما قبل العزل لانه امين الشرع وعند مالك لا يقبل قوله قبل العزل ايضا لانه حجة واذا لم يقبل قول المعزول عليه ولم تقم بينة بما يوجب حبسه لا يحل باطلاقه لان فعل القاضي ظاهرا ما كان الا بحق فيحتاط لخصم الغائب فينادي عليه وصفته ان يأمر كل يوم اذا جلس منادیا ينادي في محلته من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس بحق فليأت الى القاضي ليفعل ذلك اياما فاذا حضر ادعى وهو على حجوده ابتداء الحكم بينهم وان لم يحضر اخذ منه كفيلا بنفسه اذا علم محبوس بحق الغائب واما بينة انه في حبس قاضي والظاهر انه بحق فان قال لا كفيل لي وابى ان يعطي كفيلا وجب ان يحتاط نوعا آخر من الاحتياط فينادي شهرا فان لم يحضر احد اطلقه وقيل اخذ الكفيل هنا قولهما اما على قول ابي حنيفة فلا كما قال في اصحاب الميراث اذا اقتسموا على ما سيأتي والمختار ان اخذ الكفيل هنا اتفاق والفرق لابي حنيفة ان المال ظاهرا حق لهذا الوارث وفي ثبوت وارث آخر شك فلا يجوز تأخير حقه الى زعان حصول الكفيل للامر الموهوم وهنا الظاهر ان حبسه بحق لظهور ان فعل القاضي بحق ولكنه مجهول فليس اخذ الكفيل لموهوم ولو قيل فبالنظر الى هذا الظاهر يجب ان لا يطلقه لقوله اني مظلوم حتى تمضي مدة يطلق فيها مدعي الاعسار كان جيدا قوله وينظر في الودائع وارتفاع الاوقاف الكائنة تحت ايدي امناء القاضي والذي في ديارنا من هذا الزمان اموال الاوقاف تحت ايدي جماعة يوليهم القاضي النظر والمباشرة وفيها ودائع للناس تحت يد الذي يسميه امين الحكم فيعمل فيها على حسب ما تقوم به البينة انه لفلان او غير ذلك او يعترف الذي هو في يده ولا يقبل قول المعزول على من هو في يده اذا انكر وقال هي لي الا ببينة لما بينا انه التحق بواحد من الرعايا بخلاف القاضي لانه هو المخصوص بان يخلفه بقوله في الالزام حتى ان الخليفة الذي قلد القاضي لو اخبر القاضي انه شهد عنده الشهود بكذا الا يقضي به حتى يشهد عنده الخليفة مع آخر والواحد لا يقبل قوله الا ان يعترف الذي في يده ان القاضي المعزول سلمها الى فلان او يقول سلمها الى ولا ادري لمن هي او يقول سلمها الى وقال هي لفلان بن فلان وهو الذي اقر له القاضي المعزول ففي هذين يقبل قول المعزول فيها لا ثبت باقرار من في يده ان اليد فيها كانت للقاضي فيقبل اقرار القاضي فيها كما لو كانت في يده حال اخباره او يقول دفعه الى القاضي المعزول وهو لفلان وقال المعزول بل لفلان رجل آخر فالقول

قال ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد الجامع اولى لانه اشهر قال الشافعي رحمه الله يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والحائض وهي ممنوعة عن دخوله ولنا قوله عليه السلام انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يفصل الخصومة في معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء عبادة فيجوز اقامتها في المسجد كالصلوة ونجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فلا يمنع من دخوله والحائض تخرج لحاجتها فيخرج القاضي اليها او الى باب المسجد ويبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما اذا كانت الخصومة في الدابة ولو جلس في داره لا بأس به ويأذن للناس بالدخول فيها ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة

ما قال المعزول وتدفع الى من اقر به له لانه اقر به للقاضي فصار المال في يده ثم اقر انه لفلان فلا يصح اقراره او بدأ بالاقرار لفلان وقال هو لفلان بن فلان ثم قال رفعه الى القاضي ففي هذا يؤمر بالتسليم الى من اقر له الاول ويضمن مثله اذا كان مثليا او قيمته للمعزول فيدفعه المعزول الى من اقر به لانه لما بدأ بالاقرار صح اقراره ولزم لانه اقر بما هو في يده فلما قال ورفعه الى القاضي فقد اقر ان اليد كانت للقاضي والقاضي يقر به لغير من اقر هو به له فيصير هو متلفا ذلك على من اقر له القاضي باقراره لغيره فلا يبرأ بهذا واما لو شهد قوم انهم سمعوا القاضي الاول يقول استودعت فلانا مال فلان اليتيم وجحد من في يده واشهدوا على بعينه مال فلان اليتيم فانه يقبل ويؤخذ المال ممن ذكروه وكذا لو مات الاول واستقضي غيره فشهد بذلك يأمر هذا لو شهد شاهد ان ان القاضي قضى لفلان على فلان بكذا او قال القاضي لم اقض بشيء لا تجوز شهادتهما عنده هما ويعتبر قول القاضي وعنده محمد تقبل وينفذ ذلك قوله ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين في الخلاصة ولا يتعب نفسه في طول الجلوس ولكن يجلس في طرف النهار وكذا المفتي والفقيه والمسجد الجامع اولى لانه اشهر ثم الذي تقام فيه الجماعات وان لم تصل فيه الجمعة قال فخر الاسلام هذا اذا كان الجامع في وسط البلد اما اذا كان في طرف منها فلا لزيادة المشقة على اهل المشقة لمقابلته له فالاولى ان يختار مسجدا في وسط البلد وفي السوق ويجوز ان يحكم في بيته حيث كان الا ان الاولى ما ذكرنا لقولنا قال مالك واحمد في الصحيح عنه وقال الشافعي يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه اي القضاء يحضره المشرك وهو نجس بالنص قال تعالى انما المشركون نجس والحائض وهي ممنوعة عن دخوله ولان المساجد بنيت للصلوة والذكر والخصومات تقترن بالمعاصي كثيرا من اليمين الغموس والكذب في الدعاوى ولنا ما في الصحيحين من حديث اللعان من حديث سهل بن سعد وفيه فتلاعنا في المسجد ولا بد من كون احدهما كاذبا ثانيا يمين غموس وفي الصحيحين من حديث اللعان ايضا عن كعب بن مالك انه تقاضى ابن ابي حدرد دينا كان له عليه في المسجد فارتفعت اصواتهما حتى سمعها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في بيته فخرج اليهما حتى كشف سجف حجرته فنادى يا كعب فقال لبيك يا رسول الله فاشار بيده ان ضع الشطر من دينك قال كعب قد فعلت يا رسول الله قال قم فاقضه واخرج الطبراني الى ابن عباس قال بينا رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب يوم الجمعة اذ اتى رجل فتخطى الناس حتى قرب اليه فقال يا رسول الله اقتسم على الحد فقال اجلس فجلس وقام الثانية فقال يا رسول الله اقتسم على الحد فقال اجلس فجلس ثم قام الثالثة وقال يا رسول الله اقم على الحد فقال وما حدك قال اتيت امرأة حراما فقال صلى الله عليه وسلم لعلك وابن عباس وزيد بن حارثة وعثمان بن عفان رضوان الله عليهم اجمعين الخ فلما قوا به فاجلدوه ولم يكن تزوج فقيل يا رسول الله الاتجلد التي خبث بها فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم من صاحبتك قال فلانة فدعاها ثم سألها فقالت يا رسول الله كذب علي والله اني لا اهرة فقال صلى الله عليه وسلم من شاهدك قال يا رسول الله ما لي شاهد فامر به فجلد حد القذف ثمانين وانما ان الخلفاء الراشدين كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات فنقل بالمعنى يعني

قال ولا يقبل هديته الا من ذي رحم محرم او ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته كان الاول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جرى على العادة وفيما دراء ذلك يصير كالرشوة بقضائه حتى لو كانت للقريب خصومة لا يقبل هديته وكذا اذا زاد المهدي على المعتاد او كانت له خصومة لانه لاجل القضاء فيتحامى

وقع منهم هذا والايكاد يشك في ان عمر او عثمان وقع لهما ذلك ومن تتبع السير رأى من ذلك شيئا كثيرا ففي البخاري الاعن عمر عند شبر رسول الله صلى الله عليه وسلم واسند الامام ابو بكر الرازي الى الحسن انه رأى عثمان يقضي في المسجد وذكر القصة وذلك فيما قيل انه غريب بنى على ان المراد رواية هذا الافراد وليس كذلك وفي الطبقات لابن سعد بسنده والى ربيعة بن ابي عبد الرحمن انه رأى ابا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم يقضي في المسجد عند القبر وكان على القضاء بالمدينة في ولاية عمر بن عبد العزيز واسند الى سعد بن مسلم بن بابك قال رأيت سعد بن ابراهيم بن عبد الرحمن بن عوف يقضي في المسجد وكان قد ولي القضاء بها فكان يقضي في المسجد وقال ابو المولاة ثقة يروي عن انس والى اسماعيل بن ابي حازم قال رأيت قيسا يقضي في المسجد والى اسود بن سفيان يقول قال رأيت الشعبي هو يلزمه قاضي الكوفة يقضي في مسجد وكل قضاء صدر من هؤلاء كان بين السلف مشهورا وهم الصحابة والتابعون ولم يرد انكاره على احد واما الحديث الذي ذكره المصنف انما نهيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم فلم يعرف وانما اخرج مسلم حديث الاعرابي الذي قام يبول في المسجد فقال اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم مه فقال صلى الله عليه وسلم لا تزرموه ودعوه فتركوه حتى بال ثم دعاه صلى الله عليه وسلم فقال ان هذه المساجد لا تصلح لشيء من هذه البول والقذر وانما هي لذكر الله تعالى والصلوة وقراءة القرآن قال وامر رجلا من القوم فجاء بدلو من ماء فشنه عليه وانما نجاسته اشكل ففي الاعتماد على سعة التشبيه والحاصل ان تعين لها فليخرج اليها القاضي او يرسل نائبه كما لو كانت الدعوى في داره ولو جلس في داره فحسن بشرط ان يأذن للناس على العموم ولا يمنع احدا من الناس لان لكل احد حقا في مجلسه على قياس ما ذكرنا في المسجد ان الاولى ان يكون في وسط البلد وفي المبسوط ولا يقضي وهو شيء او يسير على دابته لا يفاه اذ ذلك غير معتدل الحال ولما فيه من الاستخفاف به بالقضاء ولانه مشغول بما هو فيه ولا بأس بان يتكئ لانه نوع جلسة كالتربع وغيره وطباع الناس في الجلوس مختلفة وينبغي ان لا يقضي وهو غضبان او فرحان او جائع او عطشان او مهموم او ناعس او في حال يدهشه او يحزنه او يدافع الاخبثين او به حاجة الى الجماع والحاصل لا يقضي حال شغل قلبه وجملة حديث لا يقضي القاضي وهو غضبان معلول به ولا ينبغي ان يتطوع بالصوم في اليوم الذي يريد الجلوس ولا يسمع من رجل حجتين فاكثر الا ان يكون الناس قليلا ولا يقدم رجلا جاء الآخر قبله ولا يضرب في المسجد حدا ولا تعزيرا وينبغي ان يجلس معه من كان يجالسه قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة الكبر او التعظم وروي عن عثمان رضي الله عنه انه كان لا يحكم حتى يحضر اربع من الصحابة ويستحب ان يحضر مجلسه جماعة من الفقهاء ويشاورهم وكان ابو بكر يحضر عمر وعثمان رضي الله عنهما حتى قال احمد يحضر مجلسه الفقهاء من كل مذهب ويشاورهم فيما يشكل عليه وفي المبسوط فان دخل عليه قوم فتحدثوا او اشتغلوا عن فهم امور المسلمين جلس وحده فان طباع الناس تختلف فمنهم من يمنعه حشمة الفقهاء من فصل القضاء ومنهم من يزيد قوة على ذلك فاذا كان من يدخل حصر جلس وحده وفي المبسوط ما حاصله انه ينبغي للقاضي ان يعتذر للمقضي عليه ويبين وجه قضائه ويبين له انه لم يسمع حجته ولكن الشرع كذا يقتضي القضاء عليه فلم يمكن غيره وليكون ذلك ادفع لشكايته للناس ونسبته اياه الى انه جار عليه ومن يسمع بخلافه تغير ما يعتقد العامة عرضه وهو بيء واذا امكن اقامة الحق مع عدم الايذاء والصد وكان اولى قوله ولا يقبل الهدية الحاصل ان المهدي اما له خصومة او لا فان كانت لا يقبله مطلقا وان كان له عادة بمهاداته او ذو رحم محرم وان لم تكن خصومة فان كان له عادة بذلك قبل القضاء بسبب قرابته او صداقته قبل وان لم يكن لا ينبغي

ولا يحضر دعوة الا ان تكون عامة لان الخاصة لاجل القضاء فيتهم بالاجابة بخلاف العامة ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قولهما وعن محمد رحمه الله يجيبه وان كانت خاصة كالحديثة والخاصة ملازم الضيف ان القاضي لا يحضرها فلا يتخذها

ان يقبل وانكان جاز بشرط ان لا يزيله على المقدار المعتاد قبل القضاء بسبب قرابة او صداقة فان زاد لا تقبل الزيادة وذكر فخر الاسلام الا ان يكون مال المهدي قدرا وقدره رمازا ومالا اذا زاد في الهدية لا باس بقبولها وهذا يقتضي ان لا يقبل الهدية من القريب الا اذا كان له عادة بالمهاداة كغيره فان لم يكن للقريب قبل القضاء عادة فاهدى بعد القضاء لا تقبل وعبارة الهداية مع القدوري حيث قال ولا تقبل الهدية الا من ذي رحم محرم او من له عادة قبل القضاء يفيد قبولها من القريب الذي ليس له عادة بالمهاداة قبل القضاء اذا لم يكن الخصومة والوجه هو ظاهر النهاية ثم صرح في مسئلة الدعوة عن شيخ الاسلام بانه لا فرق بين القريب والبعيد في انه لا تقبل هديته الا اذا كان له عادة نعم يمكن ان يقال في القريب الذي ليس له عادة بمهاداة قبل القضاء انكان ذلك لفقر ثم اليسر بعد ذلك ولاية قريب فصار يهدي اليه جاز لان الظاهر ان المانع ما كان الا الفقر وهذا على شبه قوله فخر الاسلام في الزيادة اذا كثرت اما اذا اخذ الهدية في موضع لا يباح اخذها قيل يضعها في بيت المال لانها بسبب عملهم وعاشتهم على انه يردها على اربابها ان عرفهم والا يشارك في السير الكبير وان لم يعرفهم او كان كثيرا يتعذر الرد ففي بيت المال ويكون حكمها حكم اللقطة فان جاء المالك يوما يعطاها وكل من عمله للمسلمين عملا احكمه في الهدية حكم القاضي وفي شرح الاقطع الفرق بين الرشوة والهدية ان الرشوة يعطيه بشرط ان يعينه والهدية لا يشترط معها شيء والاصل في ذلك ما في البخاري عن ابي حميد الساعدي قال استعمل النبي صلى الله عليه وسلم رجلا من الازد يقال له ابن اللتبية على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا لي قال عليه السلام هل جلست في بيت ابيه او بيت امه فينظر اليهدى له ام لا قال عمر بن عبد العزيز كانت الهدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم هدية واليوم رشوة ذكره البخاري واستعمل عمر ابا هريرة فقدم بمال فقال له من اين لك هذا قال تلاحقت الهدايا فقال له عمر اي عدو الله هلا قعدت في بيتك فتنظر اليهدى لك ام لا فاخذ ذلك منه وجعل في بيت المال وتعليل النبي صلى الله عليه وسلم دليل على تحريم الهدية التي سببها الولاية ولهذا ابو حنيفة والهدى على المعتاد وكانت له خصومة كره عندنا وعند الشافعي هو محرم كالرشوة هذا ويجب ان يكون هبة المستقرض للمقرض كالهدية للقاضي ان كان المستقرض له عادة قبل استقراضه عنه فاهدى الى المقرض فللمقرض ان يقبل منه قدر ما كان يهدي بلا زيادة قوله ولا يحضر دعوة الا اذا كانت عامة يعني لا خصومة لصاحب الوليمة العامة ويدخل في هذا الجواب قريبه فلا يجيب دعوته الا اذا كانت عامة ولا خصومة له وعن محمد يجيب قريبه وان كانت خاصة هكذا حكى الخلاف من الطحاوي وقال الخصاف يجيب الخاصة لقريبه بلا خلاف لصلة الرحم وعلى تقدير الخلاف طولب بالفرق في القريب بين الهدية قال لقبل منه مطلقا ولم يفصل بين جري العادة وغيره وفي الدعوة فصل بين العامة والخاصة كما ذكر في المتن قال شيخ الاسلام قالوا اذا ذكر في الضيافة فمحمول على ما اذا كان المحرم لا يجري بينهما الدعوة والمهاداة وصلة القرابة وابتدأ به بعد القضاء ذلك فاذا كانت الحالة هذه فهو كالاجنبي سواء وما في الهداية محمول على انه كان جرى بينهما المهاداة وصلة القرابة الرحم قبل القضاء فاذا اهدى بعد القضاء فلا باس بقبوله استحسانا فقد آل الحال الى انه لا فرق بين القريب والبعيد في الهدية والضيافة سوى ذلك الامكان الذي قدمناه واختلف

قال ويشهد الجنازة ويعود المريض لان ذلك من حقوق المسلمين قال عليه السلام للمسلم على المسلم ستة حقوق وعد منها هذين ولا يضيف احد الخصمين دون خصمه كان النبي عليه السلام نهى عن ذلك ولان فيه تهمة قال واذا حضر اسوى بينهما في المجلس والاقبال لقوله عليه السلام اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والاشارة والنظر

في الخاصة والعامة فقيل ما دون العشرة خاصة والعشرة وما فوقها عامة وقال المصنف الخاصة هي التي لو علم الضيف ان القاضي يحضرها لا يتخذها والعامة هي التي تتخذها حضرها القاضي او لا وعند ابي حكى عن القاضي ابي علي النسفي وهو ان العامة دعوة العرس والختان وما سواهما خاصة حسن فان الغالب هو كون الدعوة العامة باتين وربما مضى عمر ولم يعرف من اصطنع طعاما ابتداء العامة الناس بل ليس الا هاتين الخصلتين او الخصوص من الناس لانه اضبط فان معرفة كون الرجل لو لم يحضره القاضي لم يصنع او يصنع غيره محقق فانه امر مبطن وان كان عليه لوائح ليس كضبط هذا وكفى عادة الناس في ذلك وعادة الناس هي ما ذكر النسفي والله اعلم وعند الشافعي واحمد يحضر الولائم مطلقا لانه صلى الله عليه وسلم كان يحضر وهو الذي يقتضي قلنا كان صلى الله عليه وسلم معلوم العصمة عند الكل لا يضره حضوره ولا قبول هديته فلقد ابعدت قوله ويشهد الجنازة ويعود المريض المراد من المريض عرفي لا حقيقته لان الا لا يعود وانما وجب ذلك لما روى مسلم عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حق المسلم على المسلم خمس رد السلام وتشميت العاطس واجابة الدعوة وعيادة المريض واتباع الجنازة واذا استنصحك فانصح له ونهى عنه هي الساعة ورواه ابن حبان وقال فيه واذا عطس فحمد الله فشمته وروى البخاري في كتابه المفرد في الادب من حديث عبد الرحمن بن زياد بن انعم الافريقي قال كنا غزاة في البحر فمن معاوية فانضم مركبنا الى مركب ابي ايوب الانصاري فلما حضر غداؤنا ارسلنا اليه فاتانا فقال دعوتمونا واتانا صائمون فلم يكن لي بد من ان اجيبكم لاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان للمسلم على اخيه ست خصال واجبة ان ترك منها شيئا فقد ترك حقا واجبا عليه لاخيه يسلم عليه اذا لقيه ويجيبه اذا دعاه ويشمته اذا عطس ويعوده اذا مرض ويحضره اذا مات وينصحه اذا استنصحه ولا بد من حمل الوجوب فيه على الاعم من الوجوب في اصطلاح الفقه الحادث فان ظاهره وجوب الابتداء بالسلام وكون الوجوب وجوب عين في الجنازة فالمراد به ما ثبت عليه اعم من كونه ندبا او وجوبا بالاصطلاح قوله ولا يضيف احد الخصمين دون خصمه الآخر لما روى اسحق بن راهويه في مسنده عن الحسن قال جاء رجل فنزل على علي قاضيا فلما قال اني اريد ان اخاصمه قال له علي رض تحول فان النبي صلى الله عليه وسلم نهانا ان يضيف الخصم الا ومعه خصمه وكذا رواه عبد الرزاق ثم الدارقطني ولان فيه تهمة الميل قوله واذا حضر اسوى بينهما في المجلس والاقبال لما روى اسحق بن راهويه في مسنده انا بقية بن الوليد عن اسمعيل بن عياش ثنى ابو بكر الهذلي عن عطاء بن يسار عن ام سلمة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ابتلي بالقضاء بين المسلمين فليساو بينهم في المجلس والاشارة والنظر ولا يرفع صوته على احد الخصمين اكثر من الآخر وخرجه الدارقطني في سننه عن عباد بن كثير عن ابي عتيبة الله عن عطاء بن يسار عن ام سلمة عن النبي صلى الله عليه وسلم من ابتلي بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لحظه واشارته ومقعده وروى عن ابن عمر انه كتب الى ابي موسى عبد الله بن قيس الاشعري ان سوى بين الناس في وجهك ومجلسك وعدلك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك ولا تسار احدهما ولا تشير اليه ولا تلقنه حجة لتهمة

ولا يسار احدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة للتهمة ولان فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه ولا يضحك في وجه احدهما لانه يجترئ على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه يذهب بمهابة القضاء

ولان فيه تكسرة لقلب الآخر فيترك حقه ولا يضحك في وجه احدهما لانه يجترئ بذلك على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه يذهب بمهابة القضاء والمستحب باتفاق اهل العلم ان يجلسهما بين يديه ولا يجلس واحدا عن يمينه والآخر عن يساره لان لليمين فضلا ولذا كان صلى الله عليه وسلم يخص به ابا بكر رضي الله عنه دون عمر وفي سنن ابي داود ان عبد الله بن الزبير رضي الله عنه خاصم عمر رضي الله عنه وابن الزبير الى سعد بن وقاص وهو على السرير قد اجلس عمر وابن الزبير على السرير فلما جاء عبد الله بن الزبير وسع له سعد من شقته الآخر فقال ههنا فقال عبد الله الارض الارض فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم او قال منه رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يجلس الخصمان بين يدي القاضي وفي النوازل والفتاوى الكبرى خاصم السلطان مع رجل فمجلس السلطان مع القاضي في مجلسه ينبغي للقاضي ان يقوم من مقامه ويجلس خصم السلطان فيه ويقعد هو على الارض ثم يقضي بينهما وهذه المسألة تظهر ان القاضي يصلح قاضيا على السلطان الذي ولاه والدليل عليه قصة شريح مع علي رضي الله عنه فانه قام واجلس عليا مجلسه وينبغي للخصمين ان يجثوا بين يديه ولا يتربعان ولا يقعيان ولو فعلا ذلك منعهما القاضي تعظيما للحكم كما يجلس المتعلم بين يدي المعلم تعظيما له وبعد ما جلسا قدر ذراعين او نحو ذلك من غير ان يرفعا اصواتهما يسند القاضي ظهره الى المحراب وهو مستحب عند الائمة الثلثة ويقف اعوان القاضي بين يديه ليكونوا احبى واذا حضرا فالقاضي بالخيار ان شاء ابتدأ فقال مالكما وان شاء تركهما حتى يبتدئا بالنطق وبعض القضاة يختار السكوت ولا يكلمهما بشيء تخييرا بينهما فاذا تكلم المدعي اسكت الآخر حتى يفهم حجته لان في تكلمهما معا شغبا وقلة حشمة لمجلس القضاء ثم يستنطق الآخر وان لم يسأل المدعي ذلك وقيل لا الا بعد سؤال المدعي بان يقول اسألك لتتفكر في الدعوى لتظهر لك صحتها والا فلا لانه قد يصح دعواه واذا صحت الدعوى يقول فما ذا تريد ان اصنع فان قال اريد جوابه سأله والاصح عندنا انه يستنطقه ابتداء للعلم بالمقصود واذا كانت الخصومة بين النساء والرجال فلابد من تقدم من اختار محمد ان يقدم المدعي الاولى فالاولى وشيء على ذلك مسبتا لا يرى شيئا يعرفه السابق وليبكر على باب القاضي ولا يكون عنده وطمع ولو تكلم السابق يقرع بينهم ولا يستعجل على الخصوم بل يمهل معهم فان بالعجلة تنقطع الحجة ويدخل عليها الملل والاخوف فيكون هيبا لا يخافه الناس وانكر الامير ما رأى من اختلاف بواب القاضي شيئا ليمكنه من الدخول وهو يعلم قالوا هو فساد عظيم ليس لاحد ان يمنع احدا من التقدم الى القاضي في حاجة والمأخوذ على ذلك رشوة محرمة وعلى هذا القياس حال الذي يسمى في زماننا نقيب القاضي قيل ينبغي ان يقوم بين يديه اذا جلس للحكم رجل يمنع الناس من التقدم اليه معه صوت يقال له الجلواز وصاحب المجلس يقيم الخصوم بين يديه على البعد والشهود تقرب من القاضي واعلم ان القيام بين يدي القاضي للخصومة لم يكن معهودا قبل ان المجلس هكذا ذكرنا فيما مضى ايضا من الحادثات المنافية من الحاجة اليه وعن ابن عمر رضي الله عنه انه كان اذا سافر استصحب رجلا يسمى الادب فقيل له في ذلك فقال اما علمت ان الشيطان بالشر يدفع والمقصود ان الناس مختلفو الاحوال والادب وقد حدث في هذه الازمان امور وسفهاء فيعمل بمقتضى الحال يراد به الخير لاحتمال النفس المؤدي الى الاعجاب ولا حول ولا قوة الا بالله

قال ويلزمه تلقين الشاهد ومعناه ان يقول له اتشهد لكذا ولكذا هل لك علم بذلك اعانة لاحد الخصمين فيكره لتلقين الخصم واستحسنه ابو يوسف رح في غير موضع التهمة لان الشاهد قد يحضر نهاية المجلس فكان تلقينه احياء للحق غير له الاشخاص التكفيل **فصل في الحبس**

ويستحب ان تكون فيه علية بلا غصب وان يلتزم التواضع في غير وهن ولا ضعف ولا يترك شيئا من الحق ويتخذ كاتبا امينا صالحا يكتب المحاضر والسجلات عارفا بها كيلا يقع في السجل فاسد ابالاخلال ببعض الشروط كما هو مذكور في كتاب السجلات والمحاضر ويقعده حيث يرى الناس ويكتب خصومة كل منهما وشهادة شهوده بها في صحيفة وهي المحضر في عرف الفقهاء بخلاف عرف العادة اليوم قوله ويكره تلقين الشاهد وهو ان يقول له القاضي كلما يستفيد به الشاهد علما عليه الائمة الثلثة وعن ابي يوسف وهو وجه للشافعي لا باس به لمن استولته الحيرة او الهيبة فترك شيئا من شرائط الشهادة فيعينه بقوله اتشهد بكذا وكذا الشرط كونه في غير موضع التهمة امافيها بان ادعى المدعي الفا وخمسمائة والمدعى عليه ينكر الخمسمائة وشهد الشاهد بالالف فيقول القاضي يحتمل انه ابرأه عن الخمسمائة واستفاد الشاهد بذلك علما فوقف به في شهادته كما وفق القاضي فنفذ الا يجوز بالاتفاق كما في تلقين احد الخصمين وفي المبسوط ما قالاه عزيمة لان القاضي منهي عن اكتساب ما يجيء به التهمة الميل وتلقين الشاهد لا يخلو منه وقول ابي يوسف رخصة فانه لما ابتلي بالقضاء شاهد الخصم عند اداء الشهادة لان مجلس القضاء مهاب فيضيع الحق اذا لم يعنه على اداء الشهادة ويحضر مضارع حضر من باب علم اذا امتنع عليه وضاق صدره به وتقدمت هذه اللغة في كتاب الصلوة وايضا امر باكرام الشهود فان الله يحيي بهم الحقوق وهذا التلقين اعانة واكرام حيث لا ينسب اليه المقصود وقوله بمنزلة الاشخاص هو ارسال شخص ليأتي بخصمه يقال شخص من البلد الى بلد اذا ذهب من حد منع قيل وتاخير قول ابي يوسف وتسميته بالاستحسان دليل على انه مختار المصنف وهذا بناء على ان قوله استحسنه معناه دليل الاستحسان الاصطلاحي وقد لا يلزم ويكفي كونه آخر دليله في ذلك وفي فتاوى قاضي خان لا ينبغي للقاضي ان يبيع ويشتري بنفسه بل يفوض ذلك الى غيره وبه قالت الائمة الثلثة وعن احمد رح يتخذ وكيلا لا يعرف انه وكيل القاضي تحرزا عن المباهاة وشرط شريح على عمر حين ولاه ان لا يبيع ولا يشتري ولا يرتشي وقال بعض المشايخ المالكية ينبغي للقاضي ان يرتفع عن طلب العواري من الماعون والدابة وما اشبه ذلك وعن محمد رح لا باس ان يبيع ويشتري في غير مجلس القضاء وينبغي للخصوم اذا وصلوا ان لا يسلموا على القاضي فان سلموا لا يجيب على القاضي رد سلامهم فان رد فقيه على قوله وعليكم ويخرج في احسن ثيابه والله الموفق

فصل في الحبس

احكام القضاء كثيرة فذكر منها الحبس لانه اختص باحكام كثيرة فافرده بفصل على حدة والحبس مشروع بالكتاب لانه المراد بالنفي المذكور بقوله تعالى او ينفوا من الارض وبالسنة على ما سلف انه صلى الله عليه وسلم حبس رجلا في تهمة وذكر الخصاف ان ناسا من اهل الحجاز اقتتلوا فقتل منهم قتيل فاحبث بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فحبسهم ولم يكن في عهده صلى الله عليه وسلم وابي بكر رض سجن انما كان يحبس في المسجد او الدار حتى اشترى عمر رض دارا بمكة باربعة آلاف درهم واتخذه محبسا وقيل بل لم يكن في زمن عمر رض ولا عثمان رض ايضا الى زمن علي رض فبناه وهو اول سجن بني في الاسلام قال في الفائق ان عليا رض بنى سجنا سماه نافعا فنقبه اللصوص

قال واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وهذا اذا ثبت الحق باقراره لانه لم يعرف كونه مماطلا في اول الوهلة فلعله ظلمه في الامهال فلم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله اما اذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره **قال** فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناؤه به واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر على اداءه والمراد بالمهر معجله دون مؤجله

وتسبب الناس سنة ثم نبي سجنا من بدر فسماه مخيسا وفي ذلك يقول علي رضي الله عنه ؎ الا ترا اني كيسا كيسا ونيت بعد نافع مخيسا ؎ باجصينا وابنا كيسا ؎ والمخبس موضع التخبيس وهو التذليل والكيس حسن الثاني في الامور والكيس المنسوب الى الكيس واراد بالامين السجان الذي نصبه فيه والمحبوس في الدين لا يخرج لصوم رمضان ولا لعيد ولا لجمعة ولا لصلوة جماعة ولا لحج فريضة ولا لحضور جنازة لبعض اهله ولو اعطى كفيلا بنفسه لانه شرع لتضجر قلب فيسارع للقضاء ولهذا قالوا ينبغي ان يكون موضعا خشنا ولا يبسط له فراش ولا وطاء ولا يدخل له احد نستانس به وقيل يخرج بكفيل بجنازة ابي الدين والاجداد والجدات والاولاد وغيرهم وعليه الفتوى وفيه نظر لان البطال حق آدمي بلا موجب وموت الاب ونحوه غير مبطل بنفسه نعم اذا لم يكن له من يقوم بحقوق دفنه فعل ذلك وسئل محمد عما اذا مات والداه او اخ فقال لا ولو مرض في السجن فاصبناه ان كان له خادم لا يخرج حتى يموت ان لم يكن له خادم يخرج لانه قد يموت بسبب عدم المرض ولا يجوز ان يكون الدين مقتضيا للتسبب في هلاكه ولو احتاج الى الجماع تدخل زوجته او جاريته فيطأ حيث لا يطلع عليه وقيل يمنع منه لان الجماع ليس من الحوائج الاصلية ولا يمنع من دخول اهله وجيرانه عليه لانه قد يفضي الى المقصود من الايفاء بشورتهم ورأيهم ويمنعون من طول المكث والمال غير مقدر في الحبس فيحبس في الدراهم وما دونها لان ظلمه يتحقق بمنع ذلك **قوله** واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحبه حبس غريمه لم يعجل بحبسه حتى يامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة لقوله صلى الله عليه وسلم في الواجد يحل عرضه وعقوبته رواه ابو داود وفسر عبد الله بن المبارك احلال عرضه بالغلاظة بالقول له وعقوبته بالحبس فلا بد من ظهوره المماطلة ولم يحبسه بمجرد ثبوت الحق بالاقرار او بالبينة لما طبع في الامهال فلم يستصحب المال وانما يظهر اذا امره بعد اقراره او قيام البينة فحبسه كما ظهر بظهور المماطلة بانكاره وفي الفوائد الظهيرية وعن شمس الائمة السرخسي عكس هذا وهو انه اذا ثبت بالبينة لا يحبسه لاول وهلة لانه يعتذر بانه كان يعلم ان علي دينا له فجاء به بالاقرار لانه كان عالما بالدين ولم يقبضه حتى احوجه الى شكواه وعلى قول الخصاف لا يحبسه حتى يامره في الاقرار والبينة **قوله** فان امتنع اي بعد امره بقضاء حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كالقرض وثمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة لانه اذا ثبت المال في يده ثبت غناؤه والمراد بالغنى القدرة على الايفاء والا فالمدين قد يكون دون النصاب ويحبس به يعني اذا دخل المال في يده ثبت قدرته على ايفائه ولم يكن بدل مال لكنه لزمه عن عقد التزمه كالمهر والكفالة لان اقدامه على مباشرة ما يلزم ذلك المال دليل القدرة عليه فيحبسه ولا يسمع قوله لا فقير لانه كالمتناقض لوجود دلالة اليسار ولا يحبسه فيما سوى هذين النوعين اذا قال اني فقير الا ان يثبت غريمه ان له مالا فيحبسه حينئذ لانه وجد دلالة اليسار اي قدرته على الدين المدعى به هكذا ذكر في الكتاب ويروى ان القول لمن عليه في جميع ذلك اي فيما كان بدل مال او لزمه بعقد او حكما لفعله لا بعقده كالاتلاف وضمان الغصب وهو قول الخصاف

قال لا يحبسه فيما سوى ذلك إذا قال إني فقير الآن يثبت عزيمه أن له مالا فيحبسه لأنه لم يوجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الدين وعلى المدعي إثبات غناه وروي أن القول لمن عليه الدين في جميع ذلك لأن الأصل هو العسر وروي أن القول له لا فيما يدل للمال وفي النفقة القول قول الزوج أنه معسر في إعتاق العبد القول للمعتق وللمسألة ثلاث روايات هذان القولان الآخران هما التخريج على ما قال في الكتاب أنه لا حبس بين مطل بل هو مطل حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق وكذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه في إعتاق الشفيع فيما كان القول قول المدعي أنه لا مال له أو قامت له بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبسه شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه فالحبس يظهر ظلمه في الحال وإنما يحبسه مدة ليظهر ما له لو كان يخفيه وذا بين من امتد المدة ليفيد هذه الفائدة فقدر بما ذكره ويروى غير ذلك من التقدير بشهر أو أربعة إلى ستة أشهر

لأن الأصل هو العسرة في حق كل أحد لأنه عدم المال ولهذا قال إذا ثبت الحق فلا أحبسه حتى يسأله الملك مال ولا فإن قال لا أستحلفه فإن لكل حبسه وإن حلف الطلقة إلا أن يقيم المدعي البينة على قدرته وعند ذا يحبسه ولا أعلم فإن قال أنا فقير حينئذ ويروى أن القول له للمديون إلا فيما يدل له مال كالقرض وثمن المبيع بخلاف المهر والكفالة فإن القول فيهما قول المدعي ونسب الخصاف هذا القول لأبي حنيفة وأبي يوسف ومن العلماء من قال يحكم الزي إن كان يزي الفقراء فالقول قول في الفقر إلا أن يثبت المدعي قدرته وإن كان يزي الأغنياء فالقول للمدعي إلا في الفقهاء والعلوية والعباسية لأن الزي فيهم لا يحكم لأنهم يتكلفون في لباسهم مع فقرهم وجاههم وعلى هذا القول لو كان على المطلوب بزي الفقراء فادعى المدعي أنه غني وقد كان عليه زي الأغنياء قبل أن يحضر مجلس الحكم فإن القاضي يسأله المدعي البينة على ذلك فإن أقام البينة أنه كان عليه زي الأغنياء جعل القول قول المدعي فإن لم يقدر على البيان حكم زيه في الحال فيجعل القول قول المديون وكلما تعارضت بينتا اليسار والإعسار فبينة اليسار لأن معها زيادة علم اللهم إلا أن يدعي المدعي أنه يوسر وهو يقول أعسرت بعد ذلك وأقام بذلك بينة فإنها تقدم لأن معها علم بأمر حادث وهو حدوث ذهاب المال ثم ذكر المصنف مسئلتين مخطوطتين نصا عن أصحابنا بخلاف أحدهما أن المرأة إذا ادعت أنه موسر لتأخذ نفقة اليسار وقال إنه معسر ليعطي نفقة الإعسار أن القول للزوج والثانية أحد الشريكين إذا أعتق نصيبه وزعم أنه معسر فلا يضمن للساكت شيئا ولكن يستسعى العبد وقال شريكه بل موسر ليضمنه كان القول قول المعتق قال المصنف والمسئلتان تؤيدان القولين الأخيرين يعني قول القائل القول لمن عليه في جميع ذلك وقول القائل القول لمن عليه الا فيما يدل له مال أما تأييدهما الأول فلأنه جعل القول قول الزوج والمعتق فلو كان الصحيح المذكور أولا كان القول للمرأة والشريك الساكت في دعوى اليسار وأما تأييدهما الثاني فلأنه لما لم يكن بدل المهر وبدل العتق مالا جعل القول قول من عليه علم بهذا أن الصحيح هو القولان الأخيران كذا في النهاية ومنهم من استروح في الأول فقال إنما يتأيد به القول من قال القول له في جميع ذلك فظاهر وذكر في الثاني ما ذكر في النهاية ولا يخفى أنهما يبطلان القول المفصل في الكتاب بين كون الدين ثابتا بما لا بعقد فلا يكون القول للمطلوب وكونه بخلافهما فالقول للمطلوب فإن البدل فيهما التزم بعقد أو شبهته وهو الفعل الحسن الموضوع سببا عن العتق ويؤيد ان القول الأخير هو أن القول للمديون الا فيما يدل له مال فإن البدل في المسئلة ليس مالا فيجعل القول للمديون فائدة القول بأن ما بدل له ليس مال يكون القول فيه للمطلوب وإن التزمه بعقد ثم هذه الثانية باعتبار صدقهما مع جزم كل من القولين بمطابقة كل منهما يوهم أنه يفيد الشمول وإلا فلم يلزم من كون القول للمطلوب فيما إذا التزم بعقد كون القول له في جميع الديون مما في النهاية والدراية وغيرهما من قوله بعد توجيه الثاني وكان الصحيح هما القولان الثاني ظاهر وكيف يمكن أن يجمع بينهما في الصحة وهما متباينان فإن كون القول للمطلوب في الكل إذا كان هو الصحيح لا يكون المفصل بين كون الدين مالا فالقول للمدعي أو غير مال فالقول للمطلوب صحيحا فلا شبهة فيه إنما يبطلان القول المذكور

والحجر عن التقدم مفوض الى رأي القاضي لاختلاف احوال الاشخاص فيه فان لم يظهر له مال على سبيله يعني بعد مضي المدة لانه استحق النظرة الى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة تقبل في رواية وفي رواية لا تقبل وعلى الثانية عامة المشايخ رحمهم الله قال في الكتاب خلى سبيله ويحول بينه وبين غرمائه وهذا كلام في الملازمة وسنذكر ان كنا بالجواز ان شاء الله تعالى وفي الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسأل عنه فان كان موسرا ابى حبسه وان كان معسرا خلى سبيله ومراده اذا اقر عند غير القاضي او عنده مرة فظهرت مماطلته والحبس اذا كان لمدينه قد يبنا له فلا نعيده **قال** ويحبس الرجل في نفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع

في الكتاب ليس غيره واجاب المصنف عن الابطال المذكور بان دين النفقة وضمان الغصب ليس بدين مطلق بل هو صلة واجبة ولذا سقطت النفقة بالموت بالاتفاق وكذا ضمان الاعتاق عند ابي حنيفة وهذا قوله والتخريج على ما قال في الكتاب اي آخرا فلم يرد القضاء فيرجع قول الكتاب المفصل على قوته وشبوته ثم قيدا اذا كان القول قول المدعي او ثبت ذلك بالبينة بحبس المديون شهرين او ثلثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور المماطلة ثم انما يحبس ليظهر ماله فيودي ما عليه فلا بد ان تبلغ المدة تقييده والفائدة مقدرة بما ذكره وهو شهران او ثلاثة وهو رواية محمد عن ابي حنيفة في كتاب الحوالة والكفالة وبه وبي غيره ذلك من التقدير بشهر وهو اختيار الطحاوي لان ما ذكر على الشهر في حكم الاجل وما دون الشهر في حكم العاجل فصار ادنى الاجل شهرا الا الاقصى لاغاية له فيقدر بشهر وروي او اربعة اشهر وهو رواية الحسن ما بين اربعة اشهر الى ستة اشهر عن ابي حنيفة قوله والصحيح الخ ذكر هشام عن محمد نحوه وكذا الصدر الشهيد فالتقدير في هذا غير معتبر بل هو منوط برأي القاضي اذ المقصود بالحبس ان يضجر قلبه فيقضيه ان كان له مال فرج عن نفسه بسؤال غيره واهل الخبرة فان تبين عنده عسرته وانه قادر على قضاء الدين بعد حبسه وان قالوا انه ضيق الحال اطلقه ولو رأى ان سؤال القاضي بعد القضاء مدة الحبس كان له ذلك واما السؤال قبل الحبس وقبوله بينة الاعسار ففيه اختلاف الرواية عن محمد ففي رواية يقبل قبل الحبس وبه افتى محمد بن الفضل واسمعيل بن حماد بن ابي حنيفة ونصير بن يحيى وهو قول الشافعي واحمد والاكثر على انها لا تقبل قبل الحبس وهو قول مالك وهو الاصح فان بينة الاعسار مبنية على النفي فلا تقبل حتى تتأيد بمؤيد وبعد مضي المدة تأيدت اذ الظاهر انه لو كان له مال لم يتحمل ضيق السجن ومر ارتد واعلم ان سؤال القاضي بعد المدة للاحتياط والا فبعد مضي المدة التي يغلب ظن القاضي انه لو كان له مال دفعه وجب اطلاقه ان لم يقم المدعي بينة يساره ومن غير حاجة الى سؤال واليه اشير قوله فان لم ينكشف له مال خلى سبيله ولو طلب المديون يمين المدعي انه ما يعلم انه معسر حلف فان الكل اطلقه ولو قبل الحبس وان حلف اعاد حبسه ولا شك ان مضي ما لم يقيم بينة على حدوث عسرته قال ابو القاسم في كفيته شهادة الاعسار ان يقول اشهد انه مفلس لا نعلم لها الا سوء حالته التي عليه وشاب ليلته وقد اخبرنا امره سرا وعلانية بخلاف ما اذا مضت المدة فسأل فانه يكفيه الواحد العدل في اختياره بالميسرة والاثنان احوط والاشتراط فيها الشهادة ذكر في باب الحبس من كفالة شيخ الاسلام قوله في الجامع الصغير رجل اقر بدين عند القاضي فانه يحبسه ثم يسأله عن حاله استاذكره لما في ظاهره من المخالفة لما قدمه من قوله اذ اثبت الدين بالاقرار الا يحبسه في اول الوهلة فان هذا ظاهر في فصل الحبس باقراره فذكره تنبيها وله يقوله ومراده واذا اقر عند غير القاضي او عنده مرة وظهر مماطلته فترافعا الى القاضي فانه يحبسه بحجر وجوابه انه لم يثبت عنده الى الان شيء كما لا يخفى قوله وحبس الرجل في نفقة زوجته فانه ظالم وتحقيق ذلك ان تقدم في اليوم الثاني من يوم فرض النفقة وان كان مقدار النفقة متفاوتا فاذا اتى اذا راى القاضي ذلك فانه يحبسه وفرضنا انه لو طلبت حبسه لم يحبسه لان العقوبة تستحق بالظلم والظلم بالمنع بعد الوجوب

لا يحبس الوالد في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد كالحدود والقصاص لا اذا امتنع من الانفاق عليه لان فيه احياء ولده ولانه لا يتدارك لسقوطها بمضي الزمان والله اعلم

باب كتاب القاضي الى القاضي

قال ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اذا شهد به عند المحاجة على ما نبين فان شهد واعلى خصم حاضر حكم بالشهادة وان جحد المدعو سجاة وان شهدوا بغيبة خصمه لم يحكم لان القضاء على الغائب لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي

ولم تحقق وهذا يقتضي انه اذا لم يفرض لها ولم تنفق الزوج عليها اني يوم مضى ان قدمت في اليوم الثاني ان يأمر بالانفاق فان رجع فلم ينفق اوجب عقوبة وانكانت النفقة سقطت بعد الوجوب نحو ظالم لها وهو قياس ما استثنا في باب القسم من قولهم اذا لم يقسم لها فرضت بالقسم وعدم الجواز فان ذهب ولم يقسم فرضيته اوجب عقوبة وان كان ما ذهب لها من الحق لا تقضي ويحصل بذلك ضرر كبير قوله ولا يحبس الوالد في دين ولده لانه عقوبة ولا تستحق عقوبة الوالد لاجل الولد لان التأفيف للمحرم كان الحبس حراما لانه فوقه وكذا الايحد له اذا قذفه ولا يقتص منه اذا قتله اما اذا امتنع من الانفاق عليه فانه يحبس وكذا الكل وجبت عليه النفقة فابى عن الانفاق لانه يتدارك لسقوطها اي لسقوط النفقة بمضي الزمان بخلاف الدين فانه لا يسقط وفي الذخيرة والعبد لا يحبس لمولاه لان المولى لا يستوجب عليه دينا ولا المولى لعبده والمأذون غير المديون لان كسبه لمولاه فكيف يحبس له فان كان عليه دين يحبس لانه ظلم ماوفي التحقيق يحبس مولى المكاتب للمكاتب اذا لم يكن دينه من جنس بدل الكتابة لان في الحبس له منعا من اخذه فاذا اخذ يتقيدان قصاصا وفي غير جنسه لا يقع المقاصة والمكاتب في اكسابه كالحر فله حق المطالبة فيحبس لمطله اما المكاتب فلا يحبس بدين الكتابة لمولاه لانه بالامتناع لا يصير ظالما ولو كان عليه دين غير بدل الكتابة يحبس فيه لانه لا يتمكن من فسخ ذلك الدين وهو ظاهر الرواية وعن بعض مشائخنا هما سواء لانه يتمكن من اسقاطه بتعجيز نفسه فيسقط الدين عنه لان المولى لا يستوجب على عبده دينا وفي ظاهر الرواية ان بدل الكتابة صلة من وجه خلاف سائر الديون

باب كتاب القاضي الى القاضي

هذا ايضا من احكام القضاء غير انه لا يتحقق في الوجوه الا بتقدير فهو كالمركب بالنسبة الى فعل قاض واحد وفي التجنيس والعمل بكتاب القاضي الى القاضي على خلاف القياس لانه لا يزيد على اخبار رسوله والقاضي لو اخبر قاضي البلد الآخر بانه ثبت عنده بينة قبلها بانه حق فلان الكائن في بلد القاضي الآخر لم يجز العمل به لان اخبار القاضي لا يثبت حجة في غير محل ولايته فكتابته اولى ان لا يعمل به لكنه جاز باجماع الصحابة والتابعين لحاجة الناس الى ذلك فان الانسان قد لا يقدر على ان يجمع بين شهوده والمدعى عليه بان كانا في بلدتين فجوز لذلك ايصال الحقوق الى مستحقيها لما وجه القياس بما فيه من شبهة التزوير فان الخط والختم يشبه الخط والختم فليس بذلك لان هذه الشبهة منتفية باشتراط شهادة الشهود على نسخة مافيه الى القاضي المرسل وانه ختمه وقيل ما روى الضحاك بن سفيان انه عليه السلام كتب ان ورث امرأة اشيم الضبابي من ديته زوجها رواه ابو داود والترمذي واجمع الفقهاء عليه لا يقال لا نسلم مساس الحاجة الى كتاب القاضي لان الشاهدين على الكتاب يجوز ان يشهدا على شهادة الاصول ويوديان عند القاضي الثاني فلم يحتج اليه لانا نقول في الشهادة على الشهادة يحتاج القاضي الثاني الى تعديل الاصول وقد يتعذر ذلك في بلده وبالكتاب يستغني عن ذلك لانه يكتب بعد الله الذين شهدوا عنده قوله ويقبل كتاب القاضي في الحقوق اي التي تثبت مع الشبهات بخلاف الحدود والقصاص اذا شهد به اي بالكتاب عند القاضي المكتوب اليه ما بينا من ان المشهود فيه ما هو عن قريب تم قضاء

وتقبل الشهادة في الحقيقة ويحتمل شرائط نذكرها ان شاء الله وجواز لمساس الحاجة لان المدعى قد يبعث عليه الجحد بين شهود وخصمه فاشبه الشهادة على الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنصب والغصب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة

فقال فان شهدوا على خصم حاضر يحكم بالشهادة ويريد بالخصم الحاضر ان كان وكيلا من جهة المدعى عليه او مسخرا وهو من نصبه القاضي وكيلا عن الغائب ليسمع الدعوى عليه والا لو اراد بالخصم المدعى عليه اذا كيلا لم تبق حاجة الى الكتاب الى القاضي الآخر لان الخصم حاضر عند هذا القاضي وقد حكم عليه واذا حكم كتب بحكمه الى قاضي البلدة التي فيها الموكل ليقضي منه الحق وهذا الكتاب المتضمن للحكم هو المدعو سجلا في عرفهم وان شهدوا بالخصم حاضر لم يحكم لانه قضاء على غائب وانما يكتب بالشهادة الى القاضي الآخر ليحكم هو بها وهذا هو الكتاب الحكمي في عرفهم نسبوه الى الحكم باعتبار غايته وهو في الحقيقة نقل الشهادة الى ذلك القاضي وسنذكر شروط الحكم من القاضي الثاني به والفرق بين الكتابين ان السجل يلزم العمل وان كان المكتوب اليه لا يرى ذلك الحكم لصدوره الحكم في محل مجتهد فيه والكتاب الحكمي لا يلزم اذا كان يخالفه لانه لم يقع حكم في محل اجتهاد فله ان لا يقبل ولا يعمل به ويندرج في الحقوق الدين والنكاح والنسب والغصب والاب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة ما يعرف بالوصف غير محتاج الى الاشارة واستشكل بان دعوى النكاح لا بد من الاشارة الى الرجل والى المرأة وكذا في الامانة والمغصوب وكان هذا بمنزلة الاعيان واجيب بان المدعى بها نفس النكاح الذي هو الفعل والغصب وذلك لا يحتاج الى الاشارة لانها من الافعال وان كان يلزم في ضمنه الاشارة الى الرجل والمرأة او كل خصم والاشارة الى الخصم شرط ولا يخفى ما فيه لان الاشارة اذا لزمت بناء على انه ضمنا او قصدا متعينة على شهود القاضي الكاتب فالحق ان الاشارة لا تلزم من الاصول الى الخصم الغائب بل الشهود يشهدون على مسمى الاسم الخاص والنسب والشهرة فاذا وصل الكتاب هناك وقع التعيين كما سنذكر ان شاء الله تعالى فكتب فيها كما يكتب في الدين والعبد ويقبل في العقار ايضا اذا بين حدودها الاربع لان التعريف يحصل به ولا يقبل في الاعيان المنقولة كالحمار والثوب والعبد للحاجة الى الاشارة فيها وعن ابي يوسف انه يقبل في العبد دون الامة لغلبة الاباق في العبد لانه يسهل خارج البيت فاما قد يتيسر لمساس الحاجة فيه بخلاف الامة لانها داخل البيت فلا يتعذر اما تيسر له وعن محمد انه يقبل في جميع ما ينقل من الدواب والثياب والاواني وعليه المتأخرون وفصل الاسبيجابي في ان الفتوى عليه وهو قول مالك واحمد والشافعي في قوله فان المانع منها كان الحاجة الى الاشارة في الاعيان وهي ممكنة في بلد المكتوب اليه ولا شك ان في الدين ايضا لا بد من الاشارة الى المديون ليقضي عليه ومع ذلك اكتفي باسمه وشهرته في الاثبات عليه وقبول القاضي الكاتب الشهادة عليه وما ذاك الا لان عند القضاء من الثاني تتحقق معنى الاشارة والتعيين وتتبين بذلك بايراد الصور فصورة الدين اذا شهدوا على فلان بن فلان الفلاني ان يكتب كما ذكره الحسن في المجرد من فلان قاضي كورة كذا الى فلان قاضي كورة كذا سلام عليك فاني احمد اليك الله الذي لا آله الا هو اما بعد فان رجلا اتاني يقال له فلان بن فلان وذكر ان له حقا على رجل في كورة كذا ولم يذكر في المجرد ويقال له فلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان بن فلان الفلاني والد بمنه كما سنذكره وسألني ان اسمع بينته واكتب اليك بما يستقر عندي من ذلك فسألته البينة فاتاني بعدة منهم فلان وفلان وفلان ويحليهم وينسبهم فشهدوا عندي ان لفلان بن فلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان الفلاني كذا كذا درهما

ويقبل في العقار ايضا كان التعريف فيه بالتحديد ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن ابي يوسف رحمه الله يقبل في العقار ومنقولة لعلمة الباقي فيه دونها وعنه انه يقبل فيما اشترط التعرف في موضعه وعن محمد رحمه الله يقبل في جميع ما ينقل ويحول وعليه المتاخرون رحمهم الله

حالا او سألني ان احلفه بالله ما قبض منها شيئا ولا قبضه له قابض بوكالة ولا باحتال بشيء منها وحلفته بالله الذي لا اله الا هو ما قبض من هذا المال الذي قامت البينة عندي ولا قبضه له وكيل ولا احاله ولا قبضه له قبض وانها عليه سألني ان اكتب له كتابا باليك بما استقر عندي من ذلك فكتبت اليك هذا الكتاب واشهدت عليه شهودا انه كتابي وخاتمي وقرأته على الشهود وقال ثم ليطوي الكتاب ويختمهم عليه فان ختم عليه شهود وفهوا ما فيه ثم يكتب على ظهره عنوان من فلان قاضي كورة كذا الى فلان قاضي كورة كذا ثم يدفعه الى المدعي فاذا اتى به المدعي الى القاضي الذي بالكورة فذكر ان هذا كتاب القاضي اليه سأله البينة على كتاب القاضي ولا ينبغي ان يسمع بينة المدعي حتى يحضر الخصم فاذا حضر واقر انه فلان بن فلان بن فلان الفلاني قبل بينته وسمع منه فان انكر قال له احضر بينتك ان هذا فلان بن فلان الفلاني فاذا جاء بها وعدلوا سمع بينة المدعي ح على ان هذا كتاب القاضي الذي ذكر فيقول لهم اقر اعليكم ما فيه فاذا قالوا اقراه علينا واشهدنا ان هذا كتابه وختمه فاذا سمع منه لا يفك الختام حتى يسأل عنهم فاذا عدلوا لم يفكه حتى يحضر الخصم فاذا حضر فكه وقرأه عليهم وعليه فان اقر الزمه اياه وان انكر قال الك حجة والا قضيت عليك فان لم يكن له حجة قضى عليه وان كانت له حجة قبلها وان قال لست انا فلان بن فلان الذين شهدوا عليه بهذا المال بريد بلبه هو آخر قال له هات بينة ان في تلك الصناعة او القبيلة رجلا ينتسب بمثل ما انتسب اليه الا الذي شهد بك ما شهد به فان جاء بينة على ان في تلك الصناعة او القبيلة من ينتسب بمثل ما انسب اليه ابطل الكتاب وان لم يكن في تلك القبيلة او الصناعة احد على اسمه واسم ابيه قضى عليه انتهى فقد علمت ان التعيين الذي هو المقصود بالاشارة يحصل باخره الامر قبل القضاء عليه وفي هذه الصورة مواضع وان كانت ظاهرة ينبه عليها منها قوله في شهود الكتاب بنسبهم فلان وفلان وبحليتهم وبنسبهم لم يذكر كتب بعدالتهم ولا بد منها وقالوا لو كتب واقام شهودا عدولا غيرهم بالعدالة او سكت عنهم فعدلوا كفى عن تسميتهم وتسميتهم عندي لا بد ان يقول احرار عدول اذ لم يسمهم والذي يظهر من كلام محمد غيره انه لا بد من تسميتهم تسمية كل منهم ومصلاه وحرفته ان تاجرا فتاجر وفلاحا عالما فلاح والمقصود بتسميتهم تعريف الشهود ثم يذكر انه عرفهم بالعدالة او عدلوا الا ان الخصم اذا حضره الثاني فقد تكون له مطعن فيهم او في احدهم فلا بد من تعيينهم له ليتمكن من الطعن ان كان والا فيقول سموهم لي فاذا فعلوا فيكون فيهم طعن ومنها قوله الى فلان قاضي كورة كذا انما يصح اذا كان القاضي واحدا فان كان لها قاضيان لا يصح ومنها قوله في المدعي يقال له فلان بن فلان بن فلان تمام التعريف في قولهما وعنه لا بد من ذكر الجد وكذا الخلاف لو ذكر قبيلة او صناعة وان ذكر اسمه ولم يذكر اسم الاب لكن نسبه الى قبيلة او فخذه فقال فلان التميمي وما شبهه لا يكون تعريفا بالاتفاق وان كان مشهورا الاحتياج بهذا الى هذا وقيل لا بد ان يذكر المدعي انه غائب عن هذه البلدة مسيرة سفر لان بين العلماء اختلافا في المسافة التي يجوز فيها كتاب القاضي الى القاضي فجماعة من مشائخنا قالوا لا يجوز فيما دون المسيرة سفر وبه قال الشافعي واحمد وفي وجه وحكى الطحاوي عن ابي حنيفة واصحابه انه يجوز فيما دون مسافة القصر وقال بعض المتأخرين هذا قول ابي يوسف

قال ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لانه ملزم فلا بد من الحجة بخلاف كتاب الاسيران من اهل الحرب لانه ليس بملزم ومجازه قبول القاضي الى المزكي ورسوله الى القاضي لان الالزام بالشهادة لا بالتزكية

ومحمد وبه قال مالك والشافعي لتقصيه مذهب ابي حنيفة انه لا يجوز كالشهادة على الشهادة ومنها ختم الشهود ليس بلازم بل هو احوط كما قالوا وقوله وعدلوا ظاهر في انه لا بد من ختم شهود الكتاب وفيه خلاف سنذكره وانكانت دار اقال ادعى ان له دارا في بلد كذا في محلة كذا وذكر حدودها في يد رجل يقال له فلان بن فلان لم يقض عليه حتى يسمي الدار ويذكر حدودها لما روينا ولو ذكر واثلاثة حدود وكفى استحسانا خلافا لزفر وقد غلط في بعض الحدود وبطل الكتاب وصورة كتاب العبد الآبق من قاضي مصر لعبد العزيز من عبد الرحمن قاضي مصر لعبد العزيز من عبد الرحمن سلام عليك فلان وفلان وفلان بان العبد الهندي الذي يقال له فلان حليته كذا وقامته كذا وسنه كذا وقيمته كذا ملك فلان المدعي وقد ابق الى الاسكندرية وهو اليوم في يد فلان بغير حق واشهد على كتابه شاهدين مسافرين الى ان قال الا الاسكندرية على ما فيه وعلى ختمه كما سيذكر فاذا وصل وفعل القاضي ما تقدم وفتح الكتاب دفع العبد الى المدعي من غير ان يقضي له به لان الشهود الذين شهدوا بملك العبد للمدعي لم يشهدوا بحضرة العبد ويأخذ كفيلا بنفس العبد الذي من المدعي ويجعله خاتما من القاضي في كتف العبد والحاجة الى هذا الا لدفع من يتعرض له ويتهمه بسرقته فاذا لم يكن الحاجة ويكتب كتابا الى قاضي مصر يشهد ان على كتابه على ما عرف فاذا وصل الكتاب اليه فعل بالفعل المكتوب اليه ثم يأمر المدعي ان يحضر شهوده ليشهدوا بالاشارة الى العبد انه ملكه فاذا شهدوا قضى له وكتب الى قاضي الاسكندرية ما ثبت عنده اليه ليسير كفيله وفي بعض الروايات ان قاضي مصر لا يقضي للمدعي لان الخصم غائب لكن يكتب كتابا آخر الى قاضي الاسكندرية فيه ما جرى عنده ويشهد على كتابه وختمه ويرد العبد معه اليه ليقضي به بحضرة المدعى عليه فيفعل ذلك ويبرأ الكفيل وصورة في الجواري كما في العبد الا ان القاضي المكتوب اليه لا يدفع الجارية الى المدعي بل يبعثها على يدامين لاحتمال انه اذا ارسلها مع المدعي يطأها لاعتياده انها ملكه قال في المبسوط ولكن ابو حنيفة ومحمد قالا هذا في بعض القبح فانه اذا وقع العبد يستخدمه قهرا او يستغله فيأكل من غلته قبل ان يثبت ملكه فيه بالقضاء وربما يظهر العبد بغيره ولا يخفى ان نعم محمد مع ابي حنيفة بناء على ظاهر الرواية عنه وكلامنا على الرواية عن محمد المختار للفتوى الموافقة للوجه والادلة الثلثة واذا عرفت هذا فالزوجة المدعي بها تستحقها في بلد القاضي المكتوب اليه لا بد ان يحمل من قبيل الامة فيجري فيها ما يجري فيها لانه يبعد ان يجري مجرى الديون لانها اذا قالت انا فلانة الشهود على انها زوجة المدعي المذكور ولم يقدر على بينة ان في قبيلتها من هو على اسمها ربما ان يدفع الى المدعي بطيا ما قوله ولا يقبل الكتاب اي لا يقبل المكتوب اليه الكتاب الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين على انه كتاب القاضي فلان الكاتب وانه ختمه وان فيه كذا وكذا لا بد من اسلامهما خلافا لمحمد يقبل شهادة المسلمين على كتاب قاضي المسلمين ولو كان الكتاب للذمي لانهم يشهدون على فعل المسلم وهذا الان قبول شهادتهم على بعض كان الجائز في صدر الاسلام لما لم يجد المسلمين ما لا يمكنهم خصوصا الانكحة والوصايا وعند الاستحسان في كتاب القاضي وختمه وما استشكل الا شهادة عليه وكذا الحسن عند الخصاف الى عمر بن ابي زائدة او عمر قال جئت بكتاب لمن قاضي الكوفة اسلم ايسعني ان ارد شهادته وقد عزل واستقضي الحسن فدفعها كتابي اليه فقبله ولم يسأل عن البينة عليه فقضاه ثم نشره فوجد في فيه شهادة شاهدين على رجل من اهل البصرة وسجلا به ورهم فقال الرجل تقدم على رسولك او هب بعدك الى زياد وفضل له ارسله الى فلان

قال ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه او يقرأ عليهم لانه لا شهادة بدون العلم فربما يجحد ويسلمه اليه كيلا يشهدوا بتغييره فان عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله كان علم ما في الكتاب والختم يحضر بحضر شرط وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما ولهذا يدفع اليهم كتابا آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم وقال ابو يوسف رحمه الله آخر شيء من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه وخاتمه وعن ابي يوسف رحمه الله ان الختم ليس بشرط ايضا فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واختار شمس الائمة السرخسي رحمه الله قول ابي يوسف رحمه الله

فخذ منه بجسامته درهما وادفعها اليه اهـ وبه قال ابو ثور والاصطخري من الشافعية وابو يوسف في رواية فالشرط عندهم ان يكون المكتوب اليه يعرف خط القاضي الكاتب وختمه قياسا على كتاب الاستيمان وعلى رسول القاضي الى المزكين ورسول المزكين الى القاضي قلنا الفرق ان هذا انقل يلزم اذ يجب على القاضي المكتوب اليه ان ينظر فيه ويعمل به ولا بد للملزوم من الحجة وهو البينة بخلاف كتاب اهل الحرب فانه ليس بملزم اذ للامام ان يعطيهم ما طلبوه وله ان لا واما الرسول فلان الترجمة ليست بملزمة وانما الملزم هو البينة واما الفرق بين رسول القاضي وبين كتابه حيث يقبل كتابه ولا يقبل رسوله فلان غاية رسوله ان تكون كنفسه وقدمنا انه لو ذكر ما في كتابه لذلك القاضي نفسه لا يقبل وكان القياس في كتابه كذلك الا انه اجيز بالاجماع التابعين على خلاف القياس فاقتصر عليه فان قلت تكليف عمل الحسن بالكتاب وهو لم يجب اليه قاض آخر غيره فالجواب يجوز ان يكون قال لا ايأس القاضي بالبصرة والى كل قاض برا ومن قضاة المسلمين فانه اذا كتب كذلك كان لكل قاض رفع اليه ان يعمل به بلا خلاف بخلاف ما لو كتب من الاول الى من يبلغه كتابي هذا من قضاة المسلمين فانه لا يجوز العمل به لواحد من القضاة ان يعمل به واجازه ابو يوسف ايضا قال في الخلاصة وعليه عمل الناس اليوم فروع يجوز على كتاب القاضي الشهادة على الشهادة كما جاز فيه شهادة النساء لانه يثبت مع الشبهات ولو كتب القاضي الى الامير الذي ولاه اصلح الله الامير ثم فصل القضية وهو معه في المصر فجاء به ثقة يعرفه الامير ففي القياس لا يقبل لان ايجاب العمل بالكتابة ولانه لم يذكر اسمه واسم ابيه وفي الاستحسان يجوز للامير ان يمضيه لانه متعارف ولا يليق بالقاضي ان يأتي في كل حادثة الى الامير ليحضره ولانه لو ارسل اليه بذلك رسولا ثقة كان عبارة رسوله كعبارته في جواز العمل به فكذا اذا ارسل كتابه ولم يجز الرسم في مثله من مصر فشرطنا هناك شروط كتاب القاضي الى القاضي قوله ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم شروع في بيان الشروط الموعود بذكرها في قوله ويخص شرائط تذكرها والحاصل ان شهد الشهود على ما في الكتاب فلا بد من ان يقرأ عليهم او يعلمهم ما فيه اي باخباره لانه لا شهادة بلا علم المشهود به كما لو شهدوا بان هذا الصك مكتوب على فلان لا يفيد ما لم يشهدوا بما تضمنه من الدين واشتراط علمهم بما في الكتاب قول ابي حنيفة ومحمد والشافعي واحمد ومالك في رواية ومن ان يشهدوا انه ختمه ذلك بان يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم وهذا عند ابي حنيفة ومحمد لا بد ان يكون الكتاب معنونا اي مكتوبا فيه العنوان الذي قدمناه وهو اسم الكاتب واسم المكتوب اليه ونسبهما والشرط العنوان الباطن فان لم يوجد وكان معنونا في الظاهر لا يقبله لتهمة التغيير وعن هذا قيل ينبغي ان يكون معهم نسخة اخرى مفتوحة ليستعينوا بها على حفظ الكتاب فانه لا بد من التذكر من وقت الشهادة الى وقت الاداء عندهما وقال ابو يوسف آخر شيء من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه وختمه بعدما كان لا يقول كقول ابي حنيفة وعن ابي يوسف ايضا ان الختم ليس بشرط ايضا رخص في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة وهذا اختيار شمس الائمة السرخسي ولا شك عندي في صحته فان الفرض اذا كان عدالة الشهود وهم حمله الكتاب فلا ضيره كونه غير مختوم مع شهادتهم انه كتابه نعم اذا كان الكتاب مع المدعي ينبغي ان يشترط الختم لاحتمال التغيير الا ان يشهدوا

قال فاذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم لانه بمنزلة اداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف بيان القاضي الكاتب لانه للنقل الى الحكم **قال** فاذا سلمه الشهود اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا انه كتابه فلان القاضي يسلمه الينا في مجلس حكمه وقضائه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم والزمه ما فيه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله اذا شهدوا انه كتابه وخاتمه قبله على ما مر ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح والصحيح انه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة كما ذكره الخصاف رحمه الله لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود فانما يمكنهم اداء الشهادة بعد قيام الختم

بما فيه حفظا فالوجه ان كان الكتاب مع الشهود ان لا يشترط معرفتهم لما فيه ولا الختم بل يكفي شهادتهم انه كتابه مع عدالتهم وان كان مع المدعي اشترط حفظهم بما فيه فقط ومن شروط ان يكتب فيه التاريخ فلو لم يكتب لا يقبل وذلك لينظر هل هو كان قاضيا في ذلك الوقت او لا وكذا الوثيقة واعلى اصل الحادثة ولم يكن مكتوبا لا يقبل وفي خزانة الفقه يجوز كتاب القاضي الى القاضي في المصرين ومن قاضي مصر الى قاضي رستاق ولا يجوز من قاضي رستاق الى قاضي مصر انتهى والذي ينبغي ان يعد عدالة شهود الاصل والكتاب افرق ولو كان العنوان من فلان الى فلان او من ابي فلان الى ابنه فلان لا يقبل لان مجرد الاسم او الكنية لا يتعرف بها الا ان تكون الكنية مشهورة مثل ابي حنيفة وابن ابي ليلى وكذلك النسبة الى ابيه فقط مثل عمر بن الخطاب وعلي بن ابي طالب وقد تقبل الكنية المشهورة كابي حنيفة على رواية ابي سليمان ولا يجوز في اكثر الروايات لان الناس يشتركون في الكنية غير ان بعضهم يشتهر بها فالاعلم المكتوب اليه ان المكتوب هو ذاك الذي اشتهر بها او غيره بخلاف ما لو كتب الى قاضي بلدة كذا فانه في الغالب يكون لواحد فيحصل التعريف بالاضافة الى محل الولاية ولم يشترط ابو يوسف العنوان اصلا اذا لم يكن مغفلا وكان مختوما وشهدوا انه ختمه كفى قوله واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم وفي بعض النسخ لم يفتكه الا بحضرة الخصم كما ذكرنا فيما تقدم والمراد به التقرير والا بحضوره لا مجرد قوله فانه لا يتعلق به حكم ترتيب الحال انه اذا وصل المدعي الى القاضي جمع بينه وبين خصمه فان اعترف به استغنى عن الكتاب وان انكر قال له هل لك حجة فاذا قال في كتاب القاضي الي كتب لي بالبينة عليه فاحضرها ان لم يكن حاضرا فيشهدون بحضرته ان كتاب القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقرأه علينا فتح ختمه وقرأه علينا وانما يقرأه الا بحضوره لانه اذا لم يكن في المعنى بمنزلة الشهادة على الشهادة ولان القاضي ينقل الفاظ الشهود بكتابه الى المكتوب اليه كما ان شاهد الفرع ينقل شهادة شاهد الاصل بعبارته بخلاف القاضي الكاتب فانه يسمع من الاصول الشهادة وان كان الخصم المدعى عليه غائبا لان سماعه ليس للحكم بل للنقل وكان سماعه بمنزلة تحمل الفرع بشهادة الاصل وفي التحمل لا يشترط حضور الخصم كذا هذا وهذا كله قول ابي حنيفة ومحمد وعلمت ان قول ابي يوسف الاكتفاء بشهادة انه كتابه وختمه ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة في شهود الكاتب للفتح حيث ما قال فاذا شهدوا انه فتحه ولم يقل فاذا شهدوا وعدلوا وقال المصنف الصحيح انه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف وحترز به عما ذكر في المغني فانه قال فيه فتحه ولم يقل فاذا شهدوا وعدلوا وقال المصنف الصحيح انه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف وحترز به عما ذكر في المغني فانه قال فيه فتحه ولم يقل فاذا شهدوا وعدلوا وقال المصنف الصحيح انه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف لا يفتح قبل ظهور العدالة ثم قال ما ذكر محمد اصح يجوز ان يجوز الفتح قبل ظهورها بعد الشهادة بانه كتابه ووجه المصنف بما ذكر الخصاف من انه ربما يحتاج الى زيادة الشهود بان ارتاب في هؤلاء فيقول زدني شهودا لا يمكن اداء الشهادة من المزيدين الا حال قيام الختم فروع لو سمع الخصم بوصول كتاب القاضي الى قاضي بلدة فهرب الى بلدة اخرى كان للقاضي المكتوب اليه ان يكتب الى قاضي تلك البلدة

وانما يقبل المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات او عزل او لم يبق اهلا للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا آخر في غير عمله او في غير عمليهما وكذلك لو مات المكتوب اليه او اذا كتب الى فلان بن فلان قاضي بلد كذا او الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعا له وهو معروف بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه عمل ما عليه مشافهة لانه غير معروف ولو كان مات الخصم يقذ الكتاب على ورثته لقيامه مقامه ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص لان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة ولان مبناها على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتها

بما ثبت عنده ومن كتاب القاضي وكما جوزنا الاول الكتابة يجوز الثاني والثالث وهلم جرا للحاجة ولو كتب فلم يخرج من بلده حتى رجع الخصم لم يحكم عليه بتلك الشهادة التي سمعها من شهود المكاتب بل يعيد المدعي شهادتهم لان سماعة الاول كان للنقل فلا يتقيد به ولاية القضاء وانما يتقيد بها لو كان الخصم حاضرا وقت شهادتهم قوله وانما تقيد المكتوب اليه هذا شرطا آخر لقبول الكتاب والعمل به وهو ان يكون القاضي الكاتب على قضائه الى ان يمضي آخر الكتاب فلو انه مات او عزل قبل ان يصل الى المكتوب اليه او خرج عن اهلية القضاء بجنون او عمى قالوا او فسق وانما يتخرج على القول بالعزل بالفسق لبطل الكتاب وقال ابو يوسف والشافعي يعمل به وبه قال احمد لان كتاب القاضي كالشهادة على الشهادة لانه ينقل به شهادة الذين شهدوا عنده الى المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتاب فكان كشهود الفرع اذا ماتوا بعد اداء الشهادة قبل القضاء او مات الاصل بعد اداء الفرع فانه لا يمنع القضاء وحاصل الجواب في الذخيرة ومنع تمام النقل بمجرد الكتابة بل حتى يصل وبقراءته لان هذا النقل بمنزلة القضاء ولهذا الاصح الامن القاضي فلا يتم الا بوجوب القضاء ولا يجب الا بقراءته وبهذا تبين ان العبارة الجيدة ان يقال لو مات قبل قراءة الكتاب لا قبل وصوله لان وصوله قبل شبوته عند المكتوب اليه وقراءته لا توجب عليه شيئا فقول المصنف التحق بواحد من الرعايا يعني قبل تمام القضاء ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا آخر غير المكتوب اليه في غير عمله او غير عملهما ولو كان على قضائه لانه بالنسبة الى العمل الآخر كواحد من الرعايا غير ان الكتاب خص من ذلك بالاجماع ولو مات بعد وصول الكتاب وقراءته عمل به المكتوب اليه هكذا ذكر في ظاهر الرواية وكذا لو مات المكتوب اليه او عزل وولي غيره ولا يعمل الذي قام مقامه عندنا الا اذا كان كتب الى فلان قاضي بلد كذا وال كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعا له وقد قدمنا ما هنا وقال الشافعي واحمد يعمل به لان المعول عليه شهادة الشهود على ما تحملوه ومن تحمل وشهد وجب على كل قاضي الحكم بشهادته وصار كما لو كتب والى كل قاض وصل اليه وجيب بان الكتاب لما خص الاول بالكتابة فقد اعتمد عدالته وامانته والقضاة متفاوتون في الاداء والامانة فصح التعيين بخلاف ما اذا اورد في نفسه بقوله والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان هناك اعتمد على علم الكل وامانتهم فكان الكل مكتوبا اليهم معينين ما لو كتب ابتداء الى كل من يصل اليه كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم فقد منا اجازة ابو يوسف وهو مذهب الشافعي واحمد ومنعه ابو حنيفة والظاهر ان محمدا مع ابي حنيفة والقول قول ابي يوسف لان اعلام المكتوب اليه وان كان شرطا لعموم يعلم كما يعلم الخصوص وليس العموم من قبيل الاجمال والتجهيل فصار قصد تيه وتبعيته سواء ولو مات الخصم نفذ الكتاب به على ورثته لقيامه مقامه سواء كان تاريخ الكتاب قبل موته المطلوب او بعده ولا خلاف فيه قوله ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص وهو قول للشافعي وفي قول آخر يقبل وهو قول مالك واحمد لان الاعتماد على الشهود وقد شهدوا وقلنا ان فيه اي في كتاب القاضي شبهة البدلية وصار كالشهادة على الشهادة ولا يقام بها الحد لان مبنى الحدود والقصاص على الاسقاط بالشبهات وفي قبول الكتاب سعي واحتياط في اثباتها وعرف من تقديرنا ان المعنى على عدم الوجوب في قوله ولان

فصل آخر ويجوز قضاء المرأة في كل شيء إلا في الحدود والقصاص لاعتبار الشهادة فيهما وقد مر الوجه وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء إلا ان يفوض اليه ذلك لانه قلد القضاء دون التقليد به فصار كتوكيل الوكيل بخلاف المأمور باقامة الجمعة حيث يستخلف لانه على شرف الفوات لتوقته فكان الامر به اذنا في الاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء ولو قضى الثاني بحضرة الاول او قضى الثاني فاجاز الاول اجاز كما في الوكالة وهذا لانه حضر رأي الاول وهو الشرط واذا فوض اليه عزله فيصير الثاني نائبا عن الاصل حتى لا يملك الاول عزله الا اذا فوض اليه العزل هو الصحيح

بنا هما الى آخره والله اعلم انك ربما تطلع على فروع كثيرة في الكتب فيها تصريح بمنع الكتاب فيها مثل ما ذكر في الخلاصة وغيره ما في رجل وامرأة ادعيا ولدا وقالا هو معروف النسب منا هو في يد فلان استرقه في بلد كذا فطلب الكتاب لا يكتب في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وان ادعيا النسب ولم يذكرا الاسترقاق يكتب بالاتفاق لانه دعوى النسب مجردا فكان كدعوى الدين بخلاف المسئلة الاولى لانه يريد دفع الرق فهو كدعوى انه عبد وفرع هل يكتب القاضي بعلمه في الخلاصة هو كالقضاء بالجملة والمتفاوت هنا ان القاضي يكتب بالعلم الحاصل قبل القضاء بالاجماع كذا قال بعضهم ولو اقام شاهدا واحدا عند القاضي وسأل ان يكتب بذلك كتابا الى قاض آخر فعل فانه قد يكون له شاهد في محل المكتوب اليه ويكتب في الدين المؤجل وبين الاجل ليطالبه اذا حل هناك ولو كان استودع في غرمي ديناه وارتحل به واقام عليه بينة وانا اريد ان اقدم البلدة التي هو فيها واخاف ان يأخذ في يغيب محمد يكتب وعند ابي يوسف لا يكتب واجمعوا انه لو قال حجد في الاستيفاء والابراء مرة يكتب وكذا اذا ادعى ان الشفيع الغائب سلم الشفعة واقام بينة وطلب ان يكتب له هل يكتب هو على الخلاف بين ابي يوسف ومحمد وكذا امرأة ادعت الطلاق على زوجها الغائب واشهدت فطلبت الكتاب هو على الخلاف ولو قالت طلقني ثلاثا وانقضت عدتي وتزوجت بآخر واخاف ان ينكر الطلاق فاحضره وقالت للقاضي سل حتى انا انكر اقمت عليه البينة فالقاضي ليسأله بلا خلاف وهو القياس في الكل هذا والاحتياط

فصل آخر قوله ويجوز قضاء المرأة في كل شيء إلا في الحدود والقصاص وقال الائمة الثلاثة لا يجوز لان المرأة ناقصة العقل ليست اهلا للخصومة مع الرجال في محافل الخصوم وقال صلى الله عليه وسلم لن يفلح قوم ولوا امرهم امرأة رواه البخاري قال المصنف وقد مر الوجه يعني جواز قضائها وهو ان القضاء من باب الولاية كالشهادة والمرأة من اهل الشهادة فتكون من اهل الولاية وقيل هو قوله قبل ولان فيه شبهة البدلية ولا يخفى ان هذا انما يخص وجه استثناء الحدود والقصاص والاحسن ان يجعل كلامنا والمصنف لم يغايب الخلاف فيحتاج الى الجواب عن الدليل المذكور والجواب ان ما ذكر غاية ما يفيد منع ان يستقضى وعدم حله والكلام لو وليت وانما المقلد بذلك اوحكما خصمان فقضت فقضاؤه موافق لدين الله كان ينفذ امره لم ينهض الدليل على نفيه بعد موافقته ما انزل الله الا ان يثبت شرعا سلب اهليتها وليس في الشرع سوى نقصان عقلها ومعلوم انه لم يحصل الى حد سلب ولايتها بالكلية الا ترى انها تصلح شاهدة وناظرة في الاوقاف وصية على اليتامى وذلك النقصان بالنسبة والاضافة ثم هو منسوب الى الاكثر فجاز في الفرد كالاذان الا ترى ان تصريحهم بصدق قولنا الرجل خير من المرأة مع جواز كون بعض افراد النساء خيرا من بعض افراد الرجال وكذلك النقص الغريزي نسب صلى الله عليه وسلم لمن يوليهن الى عدم الفلاح وكان الحديث متعرضا للمتولين ومن لنقص الحال وهذا حق لكن الكلام فيما لو وليت فقضت بالحق لما لا يبطل ذلك الحق قوله وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء في صحة ولا مرض الا ان يفوض ذلك اليه فيملكه كما انه اذا صرح فيه بالمنع فيمتنع منه وهذا لانه قلد القضاء دون التقليد به فصار كالوكيل ليس له ان يوكل بخلاف المأمور باقامة الجمعة حيث جاز له

قال واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه الا ان يخالف الكتاب او السنة او الاجماع بان يكون قولا لا دليل عليه

ان يستخلف لانه لتوقته بحيث لو عرض في وقته ما يمنعه كان لا الى خلف ومعلوم ان الانسان عرضة الاعراض فكان المولى اذن بالاستخلافه دلالة بشرط ان يكون المستخلف ممن تجب الخطبة اما اذا لم يكن ممن تجب فلا لانها من شرائط افتتاح الجمعة بخلاف ما لو سبقه الحدث فاستخلف من لم تشهد الخطبة حيث يجوز لان المأمور هناك بان وليس بمفتتح والخطبة شرط الافتتاح وقد وجد في حق الاصل ولذا لو افسدها هذا الخليفة واستقبح يجوز وان لم تشهد الخطبة لان شروعه فيها صحيح وهذا الشروع التحق بمن شهد الخطبة حكما بخلاف المستعير فان له ان يعير بشرط لانه يملك المنافع لنفسه فكان له تمليكها بخلاف ولاية القضاء فانما هي اذن في ان يعمل لغيره وهذا ما قالوا ان من قام مقام غيره ولغيره لا يكون له اقامة غيره مقام نفسه ومن قام مقام غيره لنفسه كان له ذلك بخلاف الموصي يملك الايصاء والتوكيل بطريق الدلالة اعيادا لان ثبوتها بعد الموت وربما يعجز القاضي عن المباشرة بنفسه والموصي قد مات فلا يمكن رجعه الى رأيه فتضمن الايصاء الاذن بالاستخلاف قوله ولو قضى الثاني بحضرة من الاول او قضى بغيبته فبلغه فاجاز جاز كما في الوكالة اذا وكل الوكيل غيره فتصرف بحضرته او بغيبته فاجازه نفذ لانه حضر رأي الاول وهو الشرط لانه المقصود وتوكيله وتحقيق حاله انه فضولي ابتداء وكيل انتهاء ولا يمتنع اذ قد يجوز في الانتهاء والبقاء ما لا يجوز في الابتداء خصوصا وقد فرض زوال المانع من الصحة في الابتداء وهو كونه ليس مما حضره رأيه واذا فوض اليه الاستخلاف بملكه فصير الثاني نائبا عن الاصيل يعني السلطان حتى لا يملك الاول عزله الا اذا كان المقلد قال له وله من شئت واستبدل من شئت فيملك عزله وقال جلبتك قاضي القضاة هو الذي يتصرف فيهم مطلقا تقليدا وعزلا وفيه خلاف الشافعي واحمد قوله واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه الا ان يخالف الكتاب او السنة المشهورة او الاجماع بان يكون قولا لا دليل عليه وفي بعض نسخ القدوري او يكون قولا نخ وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه افقهاهم فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه وقالوا انما اعاده لان في عبارة الجامع فائدتين ليستا في القدوري احداهما تقييده بالفقهاء افاد انه لو لم يكن عالما بالخلاف لا ينفذ قال شمس الائمة وهو ظاهر المذهب لا ينفذ على قول الاكثر ولا يخفى ان لا دلالة في عبارة الجامع على كونه عالما بالخلاف وانما مفاده ان ما اختلف فيه الفقهاء في نفس الامر تقضي القاضي بذلك الذي اختلف فيه عالما بانه مختلف فيه او غير عالم فانه اعم من كونه عالما ثم جاء قاض آخر يرى خلاف ذلك الذي حكم به هذا امضاه فربما يفيد ان الثاني عالم بالخلاف وليس الكلام فيه فان هذا هو المنفذ والكلام في القاضي الاول الذي ينفذ هذا الآخر حكمه وليس فيه دليل على انه كان عالما بالخلاف بطريق من طرق الدلالة نعم في الجامع التنصيص على انه ينفذه اذا كان خلاف رأيه وكلام القدوري يفيده ايضا فانه قال اذا رفع اليه حكم حاكم امضاه وهو اعم تنظيم ما اذا كان موافقا لرأيه او مخالفا فانما في الجامع المنصوصية عليه اذا كان مخالفا وقوله الا ان يخالف الخ حاصله بيان شرط جواز الاجتهاد وهو ان يعلم كون المحل مجتهدا فيه حتى تجوز مخالفته او لا فشرط حل الاجتهاد ان لا يكون مخالفا للكتاب والسنة يعني المشهورة مثل البينة على المدعي واليمين على من انكر فلو قضى بشاهد

وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي

ويمين لا ينفذ ويتوقف على امضاء قاض آخر ذكره في قضيته الجامع وفي بعض المواضع ينفذ مطلقا ثم يراد بالكتاب الجمع على مراده او ما يكون مدلول لفظه ولم تثبت نسخه ولا تاويله بدليل مجمع عليه فالاول مثل حرمت عليكم امهاتكم الآية لو قضى قاض بحل ام امرأته كان باطلا لا ينفذ والثاني مثل ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ولا ينفذ الحكم بحل متروك التسمية عمدا وهذا لا ينضبط فان النص قد يكون ماولا فلا يخرج عن ظاهره فاذا سمعنا ويجاب بانه ماول بالمذابوح للانصاب ايام الجاهلية فيقع الخلاف في انه ماول او ليس بماول فلا يكون حكم احد المناظرين بانه غير ماول قاضيا على غيره ومع الاجتهاد فيه نعم قد يترجح بعد احد القولين على الآخر بثبوت دليل التاويل فيقع الاجتهاد في بعض افراد هذا القسم انه مما يسوغ فيه الاجتهاد او لا ولذا تمنع نحن نفاذ القضاء في بعض الاشياء ويجيزونه بالعكس ولقد نقل الخلاف في المحل عندنا ايضا وان كان كثيرا لم يحك الخلاف نفي الخلاصة في رابع جنس من الفصل الرابع من ادب القاضي قال واما القضاء بمحل متروك التسمية عمدا فجائز عندهما وعند ابي يوسف لا يجوز انتهى واما عدم تسويغ الاجتهاد فلكونه مخالفا للاجماع وسواء كان على الحكم وعلى تاويل السمع او نقل عدم تسويغ فقهاء العصر اجتهاده وذلك مثل اجتهاد ابن عباس رضي في جواز بيع الدرهم بالدرهمين لم يقبله الصحابة منه فلو قضى به قاض لا ينفذ حتى روي انه رجع عنه وهذا هو مراد المصنف بقوله وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض يعني انه لا يعتبر في انعقاد الاجماع بل لا يعتبر في جواز الاجتهاد ولم يرد بالبعض ما دون النصف او ما دون الكل لا الواحد والاثنين والا لم يعتبر قضاء في محل مجتهد فيه اصلا اذ ما من محل اجتهاد وفيه الا واحد او فريقين اقل من له الفريق الآخر اذ لا ينضبط تساوي الفريقين ولذا لم يشترطوا قط الا خلاف ابن عباس ونحوه وهو خلاف رجل واحد فالمراد اذا اتفق اهل الاجماع على حكم مخالفهم واحد لا يصير المحل بذلك محل اجتهاد حتى لا ينفذ القضاء بقول ذلك الواحد مقابلة قول الباقين ثم هذا اعم من كونهم سوغوا اجتهاد ذلك او لا والذي صححه شمس الائمة واختاره ان الواحد المخالف لو سوغه له لا ثبت حكم الاجماع وان لم يسوغه لم يكن المحل مجتهدا فيه قال واليه اشار ابو بكر الرازي لان ذلك كما قال المصنف خلاف لا اختلاف ثم قال المصنف المعتبر الاختلاف في الصدر الاول يعني ان كون المحل محل اجتهاد تحقق الخلاف فيه بين الصحابة وقد يحتمل بعض العبارات ضم التابعين وعليه فرع الخصاف ان للقاضي ان ينقض القاضي ببيع ام الولد لانه مخالف لاجماع التابعين وقد حكى في هذا الخلاف عندنا فقيل هذا قول محمد اما على قول ابي حنيفة وابي يوسف فيجوز قضاؤه ولا يفسخ وفي النوازل عن ابي يوسف لا ينفذ القضاء به فاختلف الرواية عن ابي يوسف وقال شمس الائمة السرخسي هذه المسئلة تبتني على ان الاجماع المتاخر يرفع الخلاف المتقدم عند محمد وعند ابي حنيفة وابي يوسف لا يرفع يعني اختلفت الصحابة في جواز بيعين فمن على الجواز وعمر وغيره على منعه ثم اجمع التابعون على عدم جواز بيعين فكان قضاء القاضي به على خلاف الاجماع عند محمد فيبطله الثاني وعندهما لما لم يرفع خلاف الصحابة لم يقع في محل الاجتهاد فلا ينقضه الثاني ولكن قال القاضي ابو زيد في التقويم ان محمدا روى

ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه

عنهم جميعا ان القضاء ببيع ام الولد لا يجوز فقد علمت ما هنا من تشعب الاختلاف في الرواية وبناء على اشتراط كون الخلاف في العصر الاول في كون المحل اجتهاديا قال بعضهم ان للقاضي ان يبطله ما قضى به القاضي المالكي والشافعي برأيه يعني انما يلزم اذا كان قول مالك والشافعي وافق قول بعض الصحابة والتابعين المختلفين فلا ينقض باعتبار انه مختلف بين العصر الاول لا باعتبار انه قول مالك والشافعي فلو لم يكن فيها قول العصر الاول بل الخلاف متعصب فيها بين الامامين للقاضي ان يبطله اذا خالف رأيه وعندي ان هذا لا يعول عليه فان صح ان مالكا والشافعي وابا حنيفة مجتهدون فلا شك في كون المحل اجتهاديا والا فلا ولا اهم اهل اجتهاد ورتبته ولقد ترى في اثناء المسائل جعل المسئلة اجتهادية بخلاف بعض المشائخ حتى ينفذ القضاء بأحد القولين فكيف لا يكون كذلك اذا لم يعرف الخلاف الا بين هؤلاء الائمة يؤيده ما في الذخيرة عن الحلواني ان الاب اذا خالع الصغيرة على صداقها وراجعها بان كانت لا تحسن العشرة مع زوجها فان على قول مالك يصح ويزول الصداق عن ملكها ويبرأ الزوج عنه فاذا قضى به قاض نفذ وفي جمع منهاج الشريعة عن مالك فيمن طلقها فمضى عليها ستة اشهر لم تر دما فانها تعتد بعده بثلثة اشهر فاذا قضى بذلك قال ينبغي ان ينفذ لانه مجتهد فيه الا انه نقل مثله عن ابن عمر رضه قال وهذه المسئلة يجب حفظها فانها كثيرة الوقوع ثم ذكر في المنتقى ان العبرة في كون المحل مجتهدا فيه اشتباه الدليل لا حقيقة الخلاف قال الاديري ان القاضي اذا قضى بالبطال طلاق المكره نفذ لانه مجتهد فيه لانه موضع اشتباه الدليل اذ اعتبار الطلاق بسائر تصرفاته ينفي حكمه وكذا لو قضى في حد او قصاص بشهادة رجل وامرأتين ثم رفع الى قاض آخر يرى خلاف ذلك ينفذه وليس طريق القضاء الاول كونه في مختلف فيه لانه لا اختلاف فيه وانما طريقه ان القضاء الاول حصل في موضع اشتباه الدليل لان المرأة من اهل الشهادة اذ ظاهر قوله تعالى فرجل وامرأتان يدل على جواز شهادتهن مع الرجال مطلقا وان وردت في المداينة لان العبرة لعموم اللفظ ولم يرد نص قاطع في ابطال شهادة النساء في هذه الصورة ولو قضى بجواز النكاح بلا شهود نفذ لان المسئلة مختلف فيها فمالك وعثمان البتي لم يشترطا الاعلان لا الشهود وقد اعتبر خلافهما لان الموضع موضع اشتباه الدليل اذ اعتبار النكاح بسائر المتصرفات يقتضي ان لا يشترط الشهادة اصلا ولا يخفى انه اذا كان معارضة معنى للدليل السمعي النص توجب اشتباه الدليل فيصير المحل محل اجتهاد ينفذ القضاء فيه فكل خلاف بين الشافعي ومالك او بينا وبينهم او احدهم محل اشتباه الدليل ح اذ لا يخلو عن مثل ذلك فلا يجوز نقضه من غيره توقف على كونه بين العصر الاول ولا باس بذكر مواضع نص فيها اهل المذهب بعينها اذا قضى القاضي بالقصاص بخلاف المبرمج ان فلانا قتله وهناك لوث من عداوة ظاهرة كقول مالك لا ينفذ لمخالفة السنة المشهورة البينة على المدعي واليمين على من انكر مع ان معنى ظاهر في حديث محيصة وحويصة نذكره في القسامة انشاء الله تعالى رب العالمين ولو قضى بحل المطلقة ثلاثا بمجرد عقد الثاني في بلا دخول كقول سعيد بن المسيب لا ينفذ لذلك ايضا وهو حديث العسيلة وفي السير من الجامع الكبير اذا قضى ان الكفلا يملكون ما استولوا عليه لا ينفذ لانه لم يثبت في ذلك اختلاف الصحابة ولو قضى بشهادة الزوج لزوجته نفذ وفي الفصول نقلا من فتاوى رشيد الدين

والاصل ان القضاء على الاتي فصله مجتهدا فيه ينفذ ولا يرده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة رح وان كان على خلافه ثلثان

الزوج الثاني اذا طلقها بعد الدخول ثم تزوجها ثانيا وهي في العدة ثم طلقها قبل الدخول ثم تزوجها الاول قبل انقضاء العدة وحكم الحاكم بصحة هذا النكاح ينفذ لان الاجتهاد فيه مساغ وهو صحيح ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن نما لكم عليهن من عدة تعتدونها وهو ايضا مذهب زفر ولو قضى في الماذون في نوع انه ماذون فيه فقط كمذهب الشافعي يصير متفقا ولو قضى بصحة النكاح فيمن طلقت قبل الدخول وقد تبينت الحمل وتجهزت لا ينفذ لانه خلاف الجمهور وينفذ القضاء بجواز بيع المدبر ولو قضى بعدم جواز عتق الزوجة عن رقبة العبد بناء على قول البعض انه لا حق لها في القصاص لا ينفذ ولو زنى بام امرأته فقضى باقرار البنت معه نفذ وحكى في الفصول فيمن اذا زنى بامرأة ثم تزوج بنتها فقضى بجوازه خلافا عند ابي يوسف لا ينفذ للنص عليه وعند محمد يجوز بصحة السلم في الحيوان ينفذ وينفذ بالقرعة في رقيق اعتق الميت واحد امنهم بالشهادة لابيه وعكسه ينفذ عند ابي يوسف ولا ينفذ عند محمد وبالشهادة على الشهادة وفيما دون مدة السفر نفذ وبشهادة شهود على وصية مختومة من غير ان يقرأها عليهم الميت امضاه الآخر وبصحة النكاح الموقت بايام نفذ ولو عقد امؤقتا بلفظ المتعة نحو متعتني نفسك عشرة ايام لا ينفذ ولو قضى بردوز وجته بالعيوب من العمى والجنون نفذ لان عمر قضى بردها بالعيوب الخمسة وكذا بصحة رد الزوجة له ولو قضى بسقوط المهر بالتقادم بلا اقرار ولا بينة لم ينفذ وكذا اذا قضى ان لا يؤجل العنين هذا في القضاء بمجتهد فيه فاما اذا كان نفس القضاء مجتهدا فيه فنفذه فريعات ستة واصله ان الخلاف اذا كان في نفس القضاء والواقع توقف على امضاء قاض آخر فان امضاه ليس للثالث نقضه لان قضاء الثاني هو الذي وقع في مجتهد فيه اعني قضاء الاول وعليه فرع اذا قضى بالحجر على المفسد للقضاء ولا ينفذ لتحقق الخلاف في القضاء فيوقف على امضاء قاض آخر وقيل ان مضيه للثاني نقضه لانه ليس قضاء في مجتهد فيه وكذا لو قضى لامرأة بشهادة رجلين فالقاضي الثاني مخير بين ان يجيزه او يرده لان الخلاف وقع في نفس القضاء ومنه لو قضى المحدود في قذفه والاعمى واما قضاء السلطان في امرا لاصح انه ينفذ وقيل لا ينفذ فعلى القول بانه لا ينفذ محتاج في نفاذه الى ان ينفذه قاض آخر وقيل في مسئلة الحجر في صحة نقض الثاني ان قضاء الاول ليس بقضاء لعدم المقضي له وعليه فينفذ قضاء الثاني باطلاقه من الحجر قوله والاصل حاصل توجيه ان القاضي الثاني ينفذ خلاف رأيه في المرفوع اليه وهو ان اجتهاد الثاني في البطلان كاجتهاد الاول في الصحة مثلا فتعارض اجتهادهما وترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض الثاني باجتهاد هو دونه قوله ولو قضى في المجتهد فيه الخ مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة رواية واحدة وان كان عامدا ففيه روايتان عنه وجه النفاذ انه ليس بخطأ بيقين لان رأيه يحتمل الخطأ وان كان الظاهر عند الصواب وراء غيره يحتمل الصواب وان كان الظاهر عنده خطأ فليس واحد منهما خطأ بيقين فكان حاصله قضاء في محل مجتهد فيه فينفذ وجه عدم النفاذ ان قضاءه مع اعتقاده انه غير حق عبث فلا يعتبر كمن

وجه النفاذ انه ليس بخطأ يقين وعن هذا لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطاء عندهما وعليه الفتوى ثم المجتهد فيه ان لا يكون نص القاضي لما ذكرنا والمراد بالسنة المشهورة منها وهو ما اجمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذلك خارق ليس بما تقدم ولا وهن معتبر لاختلاف في الصدر الاول

اشتبهت عليه القبلة فوقع تحريه على جهة فصلى لغير ها لا يصح لاعتقاد خطا نفسه فكذا هذا وبه اخذ شمس الائمة الاوزجندي وبالاول اخذ الصدر الشهيد وفرع بعضهم عليه ان ما يفعل القضاة من الارسال الى شافعي المحكم يبطلان اليمين المضافة لا يجوز الا بشرط كون القاضي المرسل يرى بطلانه كشافعي والا كان مقلدا لغيره ليفعل ما هو الباطل عنده وهو باطل قال الشيخ ابو المعين هذا خلاف ما عليه السلف فانهم يتقلدون القضاء من الخلفاء ويرون ما يحكمون به نافذا وان كان يخالف رأي الخلفاء انتهى وكذا الامور الديانية فاحكم شريح بما يخالف رأي علي كثيرا وهو يعلم ويوافقه كما علم في رد شهادة الحسن لدين عمر قبله فقيل صح عن عمر انه قضى بالدرداء القضاء فاختصم اليه رجلان فقضى لاحدهما ثم لقي المقضي عليه عمر فسأله عن حاله فقال قضى علي فقال لو كنت مكانه قضيت بذلك قال فما يمنعك فقال عمر ليس هنا نص والرأي مشترك وغير ذلك وتحقيقه ان القاضي المرسل يقطع بان ما يفعله القاضي المرسل اليه مأمور به من عند الله فظنه بطلانه معنا وظنه عدم مطابقته لحكم الله تعالى الثالث في نفس الامر لكن لا يقطع بان المكلف به تعبدا ليس اصابة ذلك بل العمل بمظنونه وان خالف حكم تعالى فقد اوجب عليه ان يعمل بخلاف حكم تعالى فكان ارسال الخفي اليه ارسالا لان يحكم بما امره الله تعالى ولا حاجة عليه في ذلك مع علمه ان الله جوز له ان يقول هذا القول وان يعمل به من انتهى به او حكم به عليه واقتصار المصنف على وجه النفاذ دليل انه المرجح عنده هذا عند ابي حنيفة وعندهما لا ينفذ في الوجهين يعني وجه النسيان والعمد لانه قضى بما هو خطأ عنده وقد تضمن رجوعه الى حنيفة جوابه يسير تامل ومع ذلك ذكر المصنف كصاحب المحيط ان الفتوى على قولهما وذكر في الفتاوى الصغرى ان الفتوى على قول ابي حنيفة فقد اختلف الفتوى والوجه في هذا الزمان ان يفتى بقولهما لان التارك لمذهب عمر الا لشبهة الا لهوى باطل لا لقصد جميل واما الناس فلان المقلد ما قلده الا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره وهذا كله في القاضي المجتهد فاما المقلد فانما ولاه ليحكم بمذهب ابي حنيفة مثلا فلا يملك المخالفة فيكون معزولا بالنسبة الى ذلك الحكم هذا وفي بعض المواضع ذكر الخلاف في حل الاقدام على القضاء بخلاف مذهبه وقال وجه من قال بالجواز ان القاضي مأمور بالتشاور وقد يقع على خلاف رأيه ووجه المنع قوله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله اليك الآية واتباع غير رأيه اتباع هوى غيره والوجه الصحيح ان المجتهد مأمور بالعمل بمقتضى ظنه اجماعا وهذا بخلاف مقتضى ظنه وعلمه بين الا ترى ان المرسل الى من يرى خلاف رأيه ليحكم هو فانه لم يعمل فيه بشيء هذا ومن ثمة اليمين المضافة انه اذا فسخ اليمين المضافة بعد التزوج لا يحتاج الى تجديد العقد ولو وطيها الزوج بعد النكاح قبل الفسخ ثم فسخ حكي عن برهان الائمة يكون الوطي حلالا ولو كان اليمين كل امرأة فسخت اليمين ثم تزوج باخرى هل يحتاج الى الفسخ في كل امرأة ذكر فيه خلاف عند ابي يوسف يحتاج وعند محمد لا وفي المنتقى ذكر ان عند ابي حنيفة يحتاج وعند ابي يوسف لا يحتاج واختلف فيه المشائخ ايضا وجعله ان لا يحتاج في كل امرأة ان يقضي القاضي عند تزوج امرأة ببطلان اليمين الواقعة مطلقا من غير قيد فسخها في حق تلك المرأة وستذكر في امر الفتوى فيها كلاما آخر

قال وكل شئ قضى به القاضي في الظاهر يتحرجه فهو في الباطن كذلك عند ابي حنيفة رح وكذا اذا قضى باحلال وهذا اذا كانت الدعوى بسبب معين وهي مسئلة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مرت في النكاح قال ولا يقضي القاضي على غائب الا ان يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي رح يجوز لوجود الحجة وهي البينة فظهر الحق

في باب التحكيم قوله وكل شئ قضى به القاضي في الظاهر يتحرجه فهو في الباطن كذلك اي هو عند الله حرام وان كان الشهود الذين قضى بسببهم كذبة والقاضي لا يعلم ذلك وكذا اذا قضى باحلاله يكون حلالا له عند الله تعالى وان كان بشهادة زور وهذا عند ابي حنيفة رح وهو شرط بما اذا كانت الدعوى بسبب معين للحل والحرمة كالبيع والنكاح والطلاق وهذه المسئلة هي التي تقدمت في النكاح المعنوية بان القضاء بالعقود والفسوخ بشهادة الزور لغيبه علم القاضي نافذ عند ابي حنيفة رح خلافا لصاحبيه وباقي الائمة ومن المثل ادعى على امرأة نكاحا وهي جاحدة واقام بينة زور فقضى بالنكاح بينهما حل للمدعي وطؤها ولها التمكين خلافا لهم وكذا اذا ادعت نكاحا على رجل وهو يجحد ومنها قضى ببيع امة بشهادة زور بان ادعى على رجل انها امته او انك اشتريتها حل للمشتري وطؤها اذا اقامت البينة الزور وقضى بها وكذا في الفسوخ بالبيع والاجارة وفي البينة روايتان وسنة ادعت ان الزوج طلقها ثلثا وهو منكر فاقامت بينة زور فقضى بالفرقة فتزوجت بآخر حل له وطؤها عند الله تعالى وان علم بحقيقة الحال ولا يحل عند الائمة اذا كان عالما بكذب الشهود ومن صور التحريم صبي وصبية سبيا فكبرا واعتقا ثم تزوج احدهما بالآخر فجاء حربي مسلما واقام بينة انهما ولداه قضى القاضي بينهما بالفرقة فان رجع الشهود او تبين انهم شهود زور لا يحل للزوج وطؤها عنده لان القضاء بالحرمة نفذ باطنا وظاهرا ومحمد في هذه الفروع مع ابي حنيفة لانه لا يعلم حقيقة كذب الشهود واجمعوا في الاملاك المرسلة عن تعيين سببه انه لا يحل باطنا والوجه في الاصل والفرق تقدم قبيل باب الاولياء والاكفاء ومن الاوجه لابي حنيفة رح انه لو فرق بينهما بامر الزوج نفذ ظاهرا وباطنا فيما بينه وبين الله تعالى والقاضي مامور بذلك من جهة جل وعلا واما الاستشهاد بتفريق الملاعنين فينفذ باطنا وان كان احدهما كاذبا فليس بشئ وفي الخلاصة واجمعوا على انه لو اقر بالطلقات الثلاث ثم انكر وحلف فقضى لها بالحل وطؤها وان الشهود لو ظهروا عبيدا او كفارا او محدودين لا ينفذ باطنا فيما بينه وبين الله تعالى رجل قال لامرأته انت طالق البتة ونوى واحدة بائنة او رجعية فقضى القاضي بانها ثلاثا اخذا بقول علي رض فنفذ القضاء ظاهرا وباطنا بعد ذلك ان كان الزوج مجتهدا يتبع رأي القاضي عند محمد وعند ابي يوسف رح يتبع رأي القاضي ان كان مقضيا عليه وان كان مقضيا له يتبع اشد الامرين عليه وان كان عاميا فان استفتى فافتاه به المفتي صار كالثابت بالاجتهاد عنده وان لم يستفت اخذ بما قضى به انتهى والوجه عندي قول محمد لان القضاء بالاجتهاد الكائن للقاضي يرجحه على اجتهاد الزوج والاخذ بالراجح متعين وكونه لا يراه حلا لا اثر له في القرب بان قبل القضاء واما بعده وبعد نفاذه باطنا كما فرضت المسئلة فلا قوله ولا يقضي القاضي على غائب الا ان يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي يجوز اذا كان غائبا عن البلدة او فيها وهو مستتر قولا واحدا وهو قول مالك واحمد رض وان كان في البلد غير مختف فقولان اصحهما لا يحكم عليه بدون حضوره وهو قول مالك والفرق ان في المستتر تضييع الحقوق لو لم يحكم وفي غيره لا احتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي

وقلنا ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة بدون الانكار ولم يوجد ولانه يحتمل الاقرار والانكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء

واليمين على من انكر فاشترط حضور الخصم زيادة عليه بلا دليل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لعلي حين استقضاه على اليمين لا تقض لاحد الخصمين شيئا حتى تسمع كلام الآخر وقد مناه من رواية ابي داود وغيره وتصحيحه وتحسينه فعلم ان جهالة كلامه مانعة من القضاء وذلك ثابت مع غيبته وغيبة من يقوم مقامه ولان حجية البينة على وجه توجب العمل بها موقوف على عجز المنكر عن الدفع والطعن فيها والعجز عنه لا يعلم الا مع حضوره او نائبه ولان شرط العمل بها الانكار حتى لا تسمع على مقر ولا يقضى لها اذا عرض الاقرار قبل القضاء وبغيبته يفوت العلم بوجود شرط العمل بها وهو الانكار وما لم يعلم لا يوجد الشرط لا يحكم بثبوت المشروط وهو صحة الحكم عليه ولا يكفي في الحكم شبوته كونه الاصل لانه يترتب عليه وجود امر فلا بد من ثبوت وجوده ولذا قلنا جميعا فيمن قال لعبده ان لم تدخل الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم وقال السيد دخلت وقال العبد لم ادخل لا يحكم بوجود العتق بوجود الشرط بناء على ان الاصل عدم الدخول لما ذكرنا انه جعل شرط الحدوث امر آخر فلم يحكم بوجوده بناء على الاصل فان قيل الخلاف ثابت فيما لو حضر وانكر ثم غاب قلنا لان بقاء الانكار شرط القضاء بالبينة وهو محتمل بجواز الرجوع عنه الا بالنظر الى الاصل ولا عبرة به انما يقضى عليه بالبينة اذا حضر وسكت لانزال الشرع اياه منكرا الا لانه غير منكر وما قيل وقف البينة على حضوره غير مفيد لانه اما ان يقر او ينكر وعلى الوجهين الدعوى لازمة عليه فليس في ذلك ان مع حضوره يحتمل ان يقر فيبطل حكم البينة اولا فيطعن في البينة وشبهته اولا بالطعن فيقضي عليه بالبينة ومع غيبته يشتبه وجه القضاء فلا يجوز وهذا الان حكم الحكم بالبينة ان ينفذ في حق سائر الناس وبالاقرار يقتصر على المقر ولهذا لو ادعى رجل على رجل انه غصب منه جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة ياخذها وولدها ولو اقر بها الرجل لم ياخذ ولدها ولا يرجع بالثمن على بائعها وبالبينة ترجح البينة بعضهم على بعض وما ذكرنا فيما لو انكر ثم غاب قول ابي حنيفة رح لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف ابي يوسف فانه قال يحكم بها لان انكاره سمع نصا فوجد شرط حجيتها كما لو اقر ثم غاب يقضي بالاقرار وفي نوادر ابن سماعة عن محمد رح انه لا يقضي بالبينة ويقضي بالاقرار وهو قول ابي حنيفة لان في البينة للمدعي عليه حق الطعن في البينة والقضاء عليه حال غيبته يبطل هذا الحق اما ليس له حق الطعن في اقراره وبالقضاء عليه لا يبطل حقه وبه قال ابو يوسف اولا ثم رجع حين ابتلي بالقضاء وقال بعضهم فيهما جميعا واستحسنه حفظا لاموال الناس واذا علمت انه لا بد من حضوره او حضور من يقوم مقامه فمن يقوم مقامه احد ثلاثة نائب بانابته كوكيله او بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما يعني شخصا يقوم مقامه حكما اي يكون قيامه عنه حكما لا مرلازم وقصر المصنف عليها لغيرها للمسخر من جهة القاضي فان فيه اختلاف الروايتين وهو الذي نصبه القاضي ليسمع عليه الدعوى وكذا لو احضر المدعي رجلا غير خصمه ليسمع القاضي الخصومة والقاضي يعلم انه ليس بخصم لا يسمع الخصومة عليه ولا على المسخر من جهته وانما يجوز نصب القاضي الوكيل عن خصمه اقتضى في بيته ولا يحضر مجلس الحكم ولكن بعد ان يثبت امينا الى باب

لان احكامهما مختلفة ولو انكر ثم غاب فكذلك الجواب لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف ابي يوسف ومن يقوم مقامه

داره فينادي على باب داره وليقل احضر مجلس الحكم والا يحكم عليك او اني غير ذلك الموضع فلا وذكر محمد في الجامع رجل غاب وجاء رجل فادعى على رجل ذكر انه غريم الغائب وكله بطلب كل حق له على غريمه بالكوفة والمدعى عليه ينكر وكالته فاقام بينة على وكالته قضى عليه بالوكالة يعني على الغائب قال شيخ الاسلام فيه دليل على جواز الحكم على الحاضر فانه قال ذكر انه غريم الغائب ولم يقبل هو غريم الغائب قال الصدر الشهيد هذا محمول على ما اذا لم يعلم القاضي انه مسخر فالوجه ان يحمل على احدى الروايتين كما ذكر ظهير الدين في فتاواه انه ينفذ قضاؤه ويقضي على الغائب ويأمر بنصب وكيل ذكر شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام انه ينفذ وغيرهما من المشايخ قالوا لا ينفذ وفي منتقى ابراهيم روى الحسن عن ابي حنيفة انه ينبغي للقاضي ان يقضي للغائب من غير خصم كما لا ينبغي ان يقضي على الغائب الا ان منع هذا الوكيل وكيلا وانفذ الخصومة بينهم فهو جائز وعليه الفتوى والذي يقتضيه النظر ان نفاذ القضاء على الغائب موقوف على امضاء قاض لان نفس القضاء هو الاجتهاد فيه فهو كقضاء الحدود في قذف ونحوه وحيث قضى على غائب فلا يكون عن اقرار عليه ومن فروعه مسئلة محيسنية في الفصل الاول من القضاء من الصغرى عين في يد رجل ادعى آخر انه ملكه اشتراه من فلان الغائب وصدقه ذو اليد فالقاضي لا يأمر ذا اليد ان يسلمها الى المدعي حتى لا يكون قضاء على الغائب بالشراء باقراره وهي محيسنية لانه اعترف بالملك للمدعي والا قضى عليه بالتسليم قال وافاد الصدر الشهيد هذه المسئلة الى باب اليمين من ادب القاضي ولم اجد ما هو اما الثالث فاذا كان ما يدعيه على الغائب سببا لا محالة لما يدعيه على الحاضر بحيث لا ينفك عنه وهو في غير صورة في الكتب بخلاف ما اذا كان ما يدعيه على الغائب شرطا صحة لا سببا لا محالة وقد يكون سببا وقد لا يكون فانه لا يستمر به في حمل الحاضر خصما عن الغائب قال المنعم وقد عرفت تمامه في الجامع من ان السبب اللازم لا محالة في ست مسائل ثبت نيابة المقضي عليه ثنتين وثلث نيابة كون واحدا ثلث الواحد فاحدها اذا ادعى رجل انها ملكه وانكر ذو اليد فاقام المدعي بينة انها داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها وانه يقضي بها في حق الحاضر عن الغائب لان الشراء سبب ثبوت الملك يدعيه على الحاضر لان الشراء من الملاك سبب لا محالة للملك والثانية ادعى على آخر انه كفل عن فلان الغائب بما يذوب له عليه فاقر المدعى عليه بالكفالة وانكر المذوب فاقام المدعي البينة انه ذوب له على فلان الغائب يقضي بها على الكفيل والغائب حتى لو حضر وانكر لا يلتفت الى انكاره الثالثة ادعى الشفعة في دار في يد انسان فقال ذو اليد لا دار لي اشتريتها من احد فاقام المدعي البينة ان ذا اليد اشتراها من فلان الغائب بالف وهو يملكها وانه شفيها بما يقضي بالشراء في حق ذي اليد وفي حق الغائب وشال ثلث الثلثين احدها ان ذو يد جحدنا فادعى عليه الحد فقال الهادي انا جحدت وعلي حد لله تعالى فقال المدعي انت حر بل اعتقك مولاك وعلي حد الاحرار والمولى غائب واقام البينة على ذلك تقبل البينة ويقضي بالعتق في حق الحاضر والغائب جميعا حتى لو حضر وانكر العتق لا يلتفت الى انكاره فالعتق سبب كمال الحد وهو المدعى على الحاضر منهما سببان الثانية شاهدان شهدا على رجل بمال فقال الشهود وعليه ما عبد ان لفلان الغائب فاقام الشهود البينة ان مولاهما اعتقهما قبل هذا وهو يملكهما تقبل وتثبت العتق في حق الشهود وعليه والمولى الغائب لان الشهود لا يمكنهم من الشهادة الثالثة رجل قتل رجلا عمدا وله ولي غائب احدهما وادعى الحاضر على القاتل ان الغائب عفا عن نصيبه وطلب نصيبه بالدية وانكر القاتل

قد يكون نائبا بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما بان كان ما يدعي على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر وهذا في غير صورة ذكرها في الكتاب اما اذا كان شرطا لحقه فلا يعتبر به في جعله خصما عن الغائب قد مر فصل في الجامع

فاقام المدعي البينة على ذلك تقبل ويقضي بها على الحاضر والغائب جميعا فان قيل هذا منتقض بما اذا كان العبد بين حاضر وغائب فادعى العبد على الحاضر منهما ان الغائب اعتق نصيبه وهو موسر وادعى قصر يد الحاضر عن نفسه لصيرورته مكاتبا عند ابي حنيفة واقام البينة على الحاضر بذلك لا تقبل هذه البينة اصلا مع ان اعتاق الغائب نصيبه سبب لقصر يد الحاضر عنه لامحالة اجيب بان عدم القبول عنده في هذه لانعدام الخصم عن الغائب بل لجهالة المقضي عليه بالكتابة لان الساكت ان اختار تضمين العتق يصير العبد مكاتبا من جهته العتق وان اختار الاستسعاء يصير مكاتبا من جهة الساكت فكان المقضي عليه بالكتابة مجهولا فلم تقبل واما ما لا يكون فيه ما يدعى به على الغائب سببا لامحالة لما يدعيه على الحاضر فقد يكون وقد لا يكون فقد يكون الخصم اثنين وقد يكون واحدا وبيانه في مسئلتين احدهما قال لعبد رجل مولاك وكلني بخلك اليه فاقام العبد البينة ان مولاه اعتقه تقبل في حق قصر يد الحاضر ولا تقبل في حق العتق على الغائب حتى لو حضر الغائب وانكر العتق يحتاج العبد الى اعادة البينة والثانية رجل قال لامرأة غائب وكلني زوجك بخلك اليه فاقامت بينة انه طلقها ثلثا تقصر يد الوكيل عنها دون الطلاق فلو حضر وانكر الطلاق يحتاج الى اعادتها وبينة اخرى فالمدعى العتق وقصر اليد والطلاق وقصر اليد لان العتق والطلاق قد تحقق ولا يوجب العزال الوكيل بان لا يكون هناك وكالة وقد تحقق موجبا للعزال بان وجد بعد الوكالة فليس العزال الوكيل حكما اصليا للطلاق والعتاق فمن حيث انه ليس سببا لحق الحاضر في الجملة لا يكون الحاضر فيه خصما عن الغائب ومن حيث انه قد يكون سببا قبلت البينة فيما يرجع الى حق الحاضر في قصر يده وانعزاله عن الوكالة لانه ليس من ضرورة انعزال الوكيل تحقق الطلاق والعتاق ولا خصومة تحقق الطلاق والعتاق انعزال الوكيل فلا يقضي بالطلاق والعتاق ومن هذا القسم وهو دعوى شيئين الا ان ما يدعيه على الغائب ليس سببا لما يدعيه على الحاضر الا باعتبار البقاء فبيانه في مسائل احدها قالوا فيمن اشترى جارية فادعى المشتري على البائع انه كان زوجها من فلان الغائب ولم يعلمه المشتري ويريد ان يردها بهذا العيب وانكر البائع فاقام المشتري على ذلك بينة فانه لا يقضي بها لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب لان المدعى شيئان الرد بالعيب على الحاضر والنكاح على الغائب وانكاح المدعى به على الغائب ليس سببا لما يدعيه على الحاضر الا باعتبار البقاء بجواز ان يكون تزوجها ثم طلقها وان اقام البينة على البقاء بان شهدوا انها امرأته للحال لا تقبل اصلا لان البقاء تبع للابتداء والثانية المشتري شراء فاسدا اذا اراد البائع الاسترداد فاقام البينة انه باع من فلان الغائب لا تقبل لابطال حق الاسترداد لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب لان نفس البيع ليس سببا لبطلان حق البائع في الاسترداد واذا لم يكن خصما في اثبات نفس البيع لم يكن خصما في اثبات البقاء لان البقاء تبع للابتداء كما ذكرنا الثالثة رجل في يده دار ببيت بجنبها دار فاراد ذو اليد ان يأخذ المشتراة بالشفعة فقال المشتري له الدار التي في يدك ليست لك انما هي لفلان فاقام الشفيع البينة انها داره واشتراها من فلان الغائب لا تقضي بالشراء ولا في حق الحاضر ولا في حق الغائب لان المدعى شيئان والمدعى على الغائب من شراء الدار ليس سببا لثبوت حقه في الشفعة ما لم يثبت البقاء لانه لو فسخ بعد الشراء وازالها عن ملكه

قال ويقرض القاضي لموال اليتامى ويكتب ذكر الحق لان في الاقراض مصلحتهم لبقاء الاموال محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة لتحفظه وان اقرض الوصي ضمن لانه لا يقدر على الاستخراج والاب بمنزلة الوصي في اصح الروايتين بخلاف الاستخراج

سبب من الاسباب لا تكون له شفقة وانما يكون له الشفقة باعتبار البقاء والابنية عليه ولو اقام على البقاء لم يقبل ايضا لما ذكرناه والما يكون شرطا فعامة المشائخ فيه على انه لا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب فيما يدعيه وصورته قال لامرأته ان طلق فلان امرأته فانت طالق فادعت ان فلانا طلق زوجته واقامت البينة على ذلك لا يقضي بوقوع الطلاق بها لانه ابتداء القضاء على الغائب وقد انتهى بعض المتأخرين كفخر الاسلام والاوزجندي فيه بانتصاب الحاضر خصما وبقضي بوقوع الطلاق كما لو قال ان دخل فلان الدار فانت طالق فبرهنت على دخول فلان حيث يصح وان كان فلان غائبا والجواب انه ليس في هذا قضاء على الغائب بشيء اذ ليس فيه ابطال حق له غاية الامر انه ما كان شرطا لثبوت الحق للحاضر من غير ابطال حق للغائب قبلت البينة فيه اذ ليس فيه قضاء على الغائب وما تضمن ابطالا عليه لا تقبل قوله **ويقرض القاضي اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق** وهو المسمى في عرفنا جحة وهو الصك والحق هنا هو الاقراض وهذا الان في الاقراض مصلحتهم ولان بقاءه على وجه الارض لا يؤمن معه السارق والغاصب الكابر وفي القرض بقاؤها محفوظة عن ذلك مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج فكان النظر في الاقراض بخلاف الوصي فانه لا يقدر على الاستخراج اذ ربما لا يوافقه المشهود او لا يجدهم ولو وجدهم فليس كل بينة تعدل ولا كل قاض يعدل وفي الحبس بين يدي القضاة ذل وضعف فكان اضرارا بالصغار على انه الاعتبار والاب كالوصي في اصح الروايتين لا يقدر على الاستخراج وجه الاخرى انه اعم ولاية من الوصي لانها في المال والنفس كولاية القاضي ويزيد عليها بزيادة الشفقة المانعة من ترك النظر فالظاهر انه انما يقرض ممن يامن جحوده وعلى هذا قالوا لو اخذه الاب فرضا لنفسه يجوز وان روى الحسن عن ابي حنيفة انه لا يجوز وجواب ان الاعتبار في جواز القرض وعدمه ليس لقرب القرابة ولا لزيادة الولاية بل لتمام القدرة على الاسترجاع بعد وجود اصل الولاية ولا قدرة للاب عليه بخلاف القاضي فانه لو لم يجد المشهود لموت او غيبة قضى بعلمه واستخرج والا يخفى ان قدرته هذه انما تتبين مع وجود الملاءة فاما لو اعسر المستقرض صار القاضي كغيره في عدم القدرة وعن هذا قال ابو حنيفة ينبغي للقاضي ان يتفقد احوال الذين اقرضهم المال حتى لو اختل حال احدهم يأخذ منهم المال قبل ان يعسر فلا يقدر وكذا لو كان مستقرض معسرا في الابتداء لا يجوز للقاضي اقراضه وقد انتظم ما ذكرنا حكم القاضي بعلمه لنفصلها فقد نا وفي قول الشافعي انه يجوز وظاهر مذهب مالك واحمد لا يجوز وعن كل منهما رواية بالجواز نقول لنا لانه صلى الله عليه وسلم قال لهند بنت عتبة خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف فهذا قضاء بعلمه وشرطه عند ابي حنيفة ان يعلم في حال قضائه في المصر الذي هو قاضيه بحق غير حد خالص لله من قرض او بيع او غصب او تطليق رجل امرأته او قتل عمد او قذف واما اذا علم قبل القضاء في حقوق العباد ثم ولي فرفعت اليه تلك الحادثة او علمها في حال قضائه في غير مصره ثم رفعت اليه لا يقضي عنده وقالا يقضي وفي التجريد جعل قول محمد مع ابي حنيفة ولو علم في رستاق مصره عندهما يقضي واختلف المشائخ على قول ابي حنيفة رحمه الله سواء

باب التحكيم

واذا حكم رجلان رجلا بينهما في حكومة جاز لان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما ويمضي حكمه عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة القاضي لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط اهلية القضاء ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق والمغفل لانعدام اهلية القضاء اعتبارا باهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب ان يجوز عندنا كما مر في الولاة ولكل واحد من الحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما فلهما عزله واذا حكم لزمهما ولا حد بحكمه ولا يد عليهما

كان مقلد السرا تيج اولم يكن واصل هذا ان قضاء القاضي في القسمة والعارة لا ينفذ عند ابي حنيفة ومحمد ونص اصحاب الاملاء عن ابي يوسف انه ينفذ قضاؤه في السواد وهكذا في النوادر عن محمد ولو علم بجارته وهو قاض في مصره ثم عزل ثم اعيد الى القضاء فعند ابي حنيفة لا يقضي وعندهما يقضي وانما في حد الشرب والزنا فلا ينفذ قضاؤه بعلمه اتفاقا والله الموفق

باب التحكيم

هذا الفصل من فروع القضاء والحكم احط رتبة من القاضي فان القاضي يقضي فيما لا يقضي فيه المحكم فاخر عنه ولهذا قال ابو يوسف انه لا يجوز تعليق التحكيم بالشرط واضافته بخلاف القاضي لان حكمه بمنزلة الاصلاح والواقع منه كالصلح او هو صلح من وجه فلا يكون مشابها بالشك والتحكيم جائز بالكتاب قوله تعالى فابعثوا حكما من اهله الآية وفيه نظر واما السنة فما قال ابو شريح يا رسول الله ان قومي اذا اختلفوا في شيء فاتوني فحكمت بينهم فرضي بحكمي الفريقان فقال عليه الصلوة والسلام ما احسن هذا رواه النسائي واجمع على انه صلى الله عليه وسلم حكم سعد بن معاذ في بني قريظة لما اتفقت يهود على الرضى بحكمه فيهم مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وروي انه كان بين عمر رضي الله عنه وابي بن كعب منازعة في نخل فحكما بينهما زيد بن ثابت فاتياه فخرج زيد وقال لعمر هلا بعثت الي فاتيتك يا امير المؤمنين فقال عمر رضي الله عنه في بيته تؤتى الحكم فدخلا بيته فالقى لعمر رضي الله عنه وسادة فقال عمر رضي الله عنه هذا اول جورك وكانت اليمين على عمر فقال زيد لابي لو اعفيت امير المؤمنين فقال عمر رضي الله عنه حلفني فقال ابي نعفي امير المؤمنين ونصدقه وليعلم انه لا يظن باحد منهما في هذه الخصومة الا انتهاد الحادثة عليها فقد مال الى الحكم للتبيين ولا للتلبيس وفي الحديث جواز التحكيم وان زيدا كان معروفا بالفقه وقد روي ان ابن عباس كان يختلف اليه ويأخذ بركابه عند ركوبه وقال هكذا امرنا ان نصنع لفقهائنا فقبل زيد يده وقال هكذا امرنا ان نصنع بآل نبينا وفيه ان الامام لا يكون قاضيا في حق نفسه وانه ينبغي ان من احتاج الى العلم يأتي الى العالم في بيته ولا يجب اليه ليأتيه وان كان اوجه الناس واما القارئ زيد الوسادة اجتهادا لما قوله صلى الله عليه وسلم اذا اتاكم كريم قوم فاكرموه وبسط النبي صلى الله عليه وسلم رداء لعدي بن حاتم وان الخليفة ليس كغيره واجتهاد عمر على تخصيص هذه الحالة من عموم الاول وانه لا بأس بالحلف صادقا واستثناء عثمان رضي الله عنه حين لزمته كان لامر آخر وان اليمين حق المدعى عليه ان يستوفيها وتسقط باسقاطه قوله واذا حكم رجلان رجلا او امرأة فحكم بينهما ورضيا بحكمه الى ان حكم جاز لان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما وسنذكر لهذا التخصيص ان شاء الله قوله وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم بان يكون اهلا للشهادة فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والصبي الا ان يحكما صبيان لزمهما من اهل الشهادة عليهم فهو من اهل الحكم عليهم وكذا المحدود في القذف والفاسق لا يجوز حكم احد من هؤلاء لعدم اهلية القضاء لعدم اهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب ان يجوز عندنا كما مر في المولى الفاسق ينفذ حكمه وقوله وينفذ حكمه عليهما عطف على جواب المسئلة اعني قوله جاز وهذا شرط التحكيم وقد مناه على الجواب اولا وقدم الحبر وقال وعليهما ينفذ حكمه كان ينفذ للحضر فينفذ انه لا ينفذ

واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهبه ايضا لانه قاض في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه وان خالفه ابطله لان حكمه لعدم التحكيم منه ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لانه لا ولاية له على دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة فلا يستباح برضاهما قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات كالطلاق والنكاح وغيرهما وهو صحيح لانه لا يفتي بهذا ويقال يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام فيه وان حكماه في دم خطاء فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه مخالف لرأيه ومخالف للنص ايضا الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تتحمله ويجوز ان يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع

فلو حكماه في عيب بالمبيع فقضى برده على بائعه ليس للبائع ان يرده على بائعه الا ان يترا ضى البائع الاول والثاني والمشتري على تحكيمه فيرده على الاول ولو اختصم الوكيل بالبيع مع المشتري في العيب فحكم برده على الوكيل لم يلزم الموكل الا اذا كان العيب يحدث مثله رواية واحدة الا ان يرضى الموكل بتحكيمه معهما وان كان العيب لا يحدث مثله ولم يدخل الموكل معهم في التحكيم ففي لزومه للموكل روايتان وانما افتقر حكمه ولم يتعد لانه كالمصالح ثم تشترط هذه وقت التحكيم ووقت القضاء جميعا حتى لو حكما عبدا فعتق او صبيا فبلغ او كافرا فاسلم ثم حكم لا ينفذ كما في المقلد وكذا لو كان مسلما وقت التحكيم ثم ارتد لا ينفذ حكمه ثم الاضافات في قوله ولا يجوز تحكيم العبد الى آخره من اضافة المصدر الى المفعول ولو اعتبرت الى الفاعل جاز في بعضها دون بعض وفي المعنى يجوز تحكيم المكاتب والعبد المأذون كما يجوز تحكيمهم الذمي ذميا يحكم بينه وبين ذمي يجوز لما ذكرنا ولكل واحد من المحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما لانه معتزل من جهتهما اذ هما المولیان له فلهما عزله قبل ان يحكم كما ان للسلطان ان يعزل القاضي قبل ان يحكم ولو حكم قبل عزله نفذ وعزله بعد ذلك لا يبطله فكذا هذا واذا نفذ حكمه لزمهما الصدر وحكمه عن ولاية كاملة عليهما فقط لانه قد لا يكون دون الصلح وبعد

ما تم الصلح ليس لواحد ان يرجع **قوله** واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهبه امضاه لانه لا فائدة في نقضه ثم ابرامه على ذلك الوجه بعينه وان خالفه ابطله وقال مالك وابن ابي ليلى هو كالمقلد فلا يبطله الا ان يكون جورا بينا ثم اختلف فيه اهل العلم وحسن فرقنا بان ولاية القاضي عامة على الناس لعموم ولاية الخليفة المقلد له بخلاف المولين له لانه ليس لهما ولاية على انفسهما فقط لا على القاضي فلا يلزم حكم القاضي لانه لم يحكمه ولان تقليدهما بمنزلة اصطلاحهما على شئ في المجتهدات وكان للقاضي ان يبطله او ينفذه فكذا هذا وبذا يتبين لك ان المراد من قوله وان خالفه ابطله ليس ما يعطيه ظاهره من لزوم البطال القاضي اياه بل جواز ان يبطله وان ينفذه وعبارة المبسوط بعد ان ذكر الوجه فلا يجب ينفذ حكمه على القاضي **قوله** ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص وهذه احدى الروايتين في القصاص وبها رواية الخصاف قال شمس الائمة في شرح ادب الخصاف من اصحابنا من قالوا هذا في الحدود الخالصة حقا لله تعالى لان الامام هو المتعين لاستيفائها وليس لهما ولاية على سائر النكاح فاما القصاص وحد القذف فيجوز التحكيم فيهما ولكن صاحب الكتاب يريد الخصاف اطلق وقال لا يجوز وهو الصحيح لان حكم المحكم بمنزلة الصلح ولا يجوز استيفاء القصاص وحد القذف بالصلح ولانهما يندرآن بالشبهات وفي حكمه شبهة لانه حكم في حقها لا في حق غيرهما واي شبهة اعظم من هذا قال المصنفون والتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات وهو الصحيح وفي الخلاصة قضاء الحكم في الطلاق والعتاق والنكاح والكفالة بالمال والنفس والديون والبيوع والكفارات والقصاص وارش الجنايات وقطع يد عمد وقد عجز عن اثباته عنده جاز اذا وافق راي القاضي وعن ابي حنيفة لا يجوز في القصاص ونقل الناصحي عن ابي بكر الرازي في القصاص ينبغي ان يجوز لان ولي القصاص لو استوفى القصاص من غير ان يرفع الى السلطان جاز هكذا اذا حكم فيه لانه من حقوق بني آدم وتوجيه المصنف انه للولاية لهما على دمهما فكذا لا يملكان الاباحة يعني لو قال الشخص اقتلني لا صح امره ولا يحل للآخر قتله يرفعه وهذا لان المقتضي عليه هو الاصل في التحكيم والآخر اعني الطالب تبع فكون احدهما وهو الذمي تحكيمه ليس قوي يملك ان يستوفيه بلا حكم لا يقتضي صحة التحكيم فيه بل حتى

ولو اخبر باقرار احد الخصمین او بعد الشھود وھما علی تحکیمھما یقبل قولہ لان الولایۃ قائمۃ ولو اخبر بالحکم لا یقبل قولہ لانقضاء الولایۃ کقول المولی بعد العزل وحکم الحاکم لابویہ وزوجتہ وولدہ باطل والمولی والمحکم فیہ سواء وذلک لانہ لا تقبل شھادتھ لھؤلاء لمکان التھمۃ فکذلک لا یصح القضاء ثم یخرج فی ما اذا حکم علیھم لانہ تقبل شھادتہ علیھم لانتفاء التھمۃ فکذلک القضاء ولو حکما رجلین لا بد من اجتماعھما لانہ امر یحتاج فیہ الی الرای واللہ اعلم بالصواب

یرضی الآخر والآخر لا یملک ما حکم فیہ فلا یصح التحکیم فیہ وفی الفتاوی الصغری حکم المحکم فی الطلاق المضاف ینفذ لکن لا یقتضیہ وفیھا ما روی عن اصحابنا رحمھم اللہ ما ھو اوسع من ھذا وھو ان صاحب الحادثۃ لو استفتی فقیھا عدلا فافتاہ ببطلان الیمین المضافۃ وسعہ الاتباع فتواہ وامساک المراۃ المحلوف بطلاقھا وروی عنھم ما ھو اوسع من ھذا وھو انہ اذا استفتی اولا فقیھا آخر فافتاہ ببطلان الیمین وسعہ امساک المراۃ فان تزوج اخری وکان حلف بطلاق کل امراۃ یتزوجھا فاستفتی فقیھا آخر فافتاہ بصحۃ الیمین فانہ یفارق الاخری ویمسک الاولی عملا بفتواھما وفی الذخیرۃ فیمن تزوج امراۃ بغیر ولی فطلقھا ثلاثا فبعث القاضی الی شافعی لیحکم بینھما ببطلان ذلک النکاح ببطلان الثلث یجوز وکذا لو حکم بذلک حکما یجوز ولا یفتی بہ لما یعنی ما قدمہ من خشیۃ تجاسر العوام یعنی علی ھدم المذھب قال وکذا من غاب عن امراتہ غیبۃ منقطعۃ ولم یترک لھا نفقۃ فبعث الی شافعی لیحکم بفسخ النکاح لعجز المفقود یجوز ثم قال المجروح وھو حکما فی دم خطا فقضی بالدیۃ علی العاقلۃ لم ینفذ لانہ لا ولایۃ لہ علی العاقلۃ اذا لم یحکموہ وکذا لو حکم علی القاتل بالدیۃ فی مالہ فان القاضی یردہ ویقضی بما ھو الحق وھو کونہ علی العاقلۃ لانہ یخالف لزائہ والنص وھو حدیث حمل بن مالک الا اذا ثبت القتل الی قتل الخطا باقرارہ فحینئذ یجوز قضاؤہ بالدیۃ ح علی القاتل لان العواقل لا تعقل القتل الثابت بالاقرار کما لا تعقل العمد والصلح علی الدیۃ لان اقرارہ لا ینفذ فی حقھم اذ لا ولایۃ لہ علیھم فاقتصر علی نفسہ فوجب الدیۃ فی مالہ وعلی ھذا التفصیل ارش الجراحات ان کانت بحیث لا تعقلھا العواقل بل تجب فی مال الجانی بان کانت دون ارش الموضحۃ وھو خمسمائۃ درھم وثبت ذلک بالاقرار او النکول او کان عمدا وان بلغ خمسمائۃ فقضی الحکم علی الجانی جاز لانہ لا یخالف الشرع وان کان بحیث تحملھا العاقلۃ لا یجوز قضاؤہ بھا اصلا لانہ لو قضی علی الجانی خالف الشرع او علی العاقلۃ لا یجوز لانھم لم یحکموہ **قولہ** ولو اخبر یعنی الحکم لو قال لاحدھما قد رددت عندی او قامت عندی بینۃ علیک بھذا فعدلوا عندی وقد لزمتک ذلک وحکمت بھذا فانکر المقضی علیہ ان یکون اقر او اقامت البینۃ لم یلتفت الی قولہ ومضی القضاء علیہ مادام المجلس باقیا لان الحکم مادام یحکیھما قائما کالقاضی المقلد ولو قال المقلد ذلک لا یلتفت الی انکار المقضی علیہ فکذا الحکم الا ان یجیء المخاطب عن الحکم ویعزلہ قبل ان یقول حکمت علیک ثم قال الحکم ذلک او قالہ بعد ان قام من المجلس لانہ بالقیام من المجلس ینعزل کما یعزل احدھما قبل الحکم فصار کالقاضی اذا قال بعد العزل قضیت بکذا لا یصدق کذا ھذا **قولہ** وحکم الحاکم سوا کان قاضیا او محکما لابویہ ولولدہ وزوجتہ وکل من لا تقبل شھادتہ لہ باطل لمکان التھمۃ بخلاف ما اذا حکم علیھم یجوز لانتفائھا **قولہ** ولو حکما رجلین لا بد من اجتماعھما لان الحکم امر یحتاج فیہ الی الرای وانما رضی الخصمان برایھما فلا ینفرد واحد منھما ثم لا یصدق الحکمان فی اخبارھما عن الحکم اذا قاما مما ذکرنا من انعزالھما فالتحقا بسائر الرعایا فلا تقبل شھادتھما علی فعل باشتراہ حتی یشھد علی ذلک غیرھما ولو شھد عند الحکمین شاھدان ثم مات الشاھدان او غابا فسأل المدعی الحکمین ان یشھدا لہ علی شھادتھما لم یجز لانھما ما حکما بھا فلا یجوز ان یشھدا علی شھادتھما واذا غاب احد الحکمین لا ینفرد فلو حکما عبدا وحرا لم یجز ولو حکم مسلم ومرتد رجلا فحکم بینھما ثم قتل المرتد او لحق بدار الحرب لم یجز حکمہ علیھما **قولہ** ولو امر الامام رجلا ان یحکم بین الناس وھو ممن یجوز شھادتہ جاز ویصیر کالقاضی **قولہ** ولو امر القاضی رجلا لم یجز الا باذن الامام الا ان یجیء وقت الحکم او تتیسر الرجلان بعد الحکم **قولہ** ولو حکما رجلا فاخرجہ القاضی من الحکومۃ فحکم بعدہ بینھما فاجازاہ جاز

مسائل شتى من كتاب الغصب قال واذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة عند ابي حنيفة رح وقالا له ذلك ولصاحب العلو ان يضع على سطح السفل ما شاء من متاع ولا يضر بالسفل وليس لصاحب السفل ان يبني على سطحه ولا ان يمنع صاحب العلو من البناء ولا ان يفعل فيه ما يضر بالعلو ولا ينفعه وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب العلو ان يبني على علوه قيل ما حكى عنهما تفسير لقول ابي حنيفة رح فانه عنده لا يتصرف في ملك غيره بغير اذنه وقيل الامر عندهما على الاباحة لانه تصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق والحرمة بعارض الضرر فاذا اشكل لم يجز المنع والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير كحق المرتهن والمستاجر والاطلاق بعارض فاذا اشكل لا يزال المنع على انه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء او نقبه فيمنع عنه

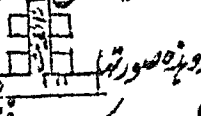
وليس للحكم ان يفوض الى غيره ولو فوض وحكم الثاني بلا ارضاتهما فاجاز القاضي لم يجز الا ان يجيزاه بعد الحكم وقيل ينبغي ان يكون كالوكيل الاول اذا اجاز فعل الوكيل الثاني فوكلاه حكما واحدا فحكم لاحدهما ثم حكما آخر ينفذ حكم الاول ان كان جائزا عنده وان كان جورا البطله وكتاب الحكم الى القاضي وقبله لا يجوز فان كتب اليه قاض فرضي به الخصمان حكم بمقتضى الكتاب

مسائل منثورة من كتاب القاضي قوله واذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة عند ابي حنيفة رح اي بغير رضى صاحب العلو وكذا ليس له ان يدخل فيه جذعا والاتفاق على ان ليس له ان يهدم سفله لما فيه من ابطال حق صاحب العلو في سكناه العلو وقالا يمنع مالا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب العلو ان يبني على علوه او يمنع عليه جذعا او يشرع كنيفا والكوة بفتح الكاف ويقال وتد يتد وتدا من حد ضرب قيل ما حكي عنهما تفسير لقول ابي حنيفة رح لانه انما يمنع ما فيه ضرر ظاهر لا ما لا ضرر فيه فلا خلاف بينهم وقيل بل بينهما خلاف وهو في محل وقوع الشك فما لا شك في عدم ضرره كوضع مسمار صغير او وتد يجوز اتفاقا وما فيه ضرر ظاهر كفتح الباب ينبغي ان يمنع اتفاقا وما يشك في التضرر به كدق الوتد في الجدار او السقف نضعف ربما لا يمنع لان الاصل هو الاباحة لانه تصرف في ملكه والحظر لعارض الضرر فاذا اشكل لم يجز المنع لان اليقين لا يزال بالشك كما لو باع نصيبه من العبد المشترك بينه وبين شريك حق فسخه وعنده الاصل الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير فلهذا يمنع من هدمه اتفاقا وتعلق حق الغير بملكه يمنع تصرفه به كالمرهون والمستاجر تعلق به حق المرتهن فمنع الراهن من التصرف فيه وذكر شيخ الاسلام عن بعضهم ان على قول ابي حنيفة رح صاحب العلو لا يملك التصرف فيه وان لم يعتد بالسفل والا لا يملك بالاتفاق وقال الصدر الشهيد خلاف في الاشكال وذكر قاضيخان لو حفر صاحب السفل في ساحته بئرا وما اشبه ذلك عند ابي حنيفة رح له ذلك وان تضرر به صاحب العلو وعندهما الحكم معلول بعلة الضرر وعلمت ان ليس لصاحب السفل هدمه فلو هدمه يجبر على بنائه لانه تعدى على حق صاحب العلو وهو قرار العلو كالراهن اذا قتل المرهون والمولى اذا قتل عبد المديون وهذا اصل كلي لكل من اجبر على ان يفعل مع شريكه فاذا فعل احدهما بغير امر شريكه فهو متطوع لان له طريقا وهو المطالبة بالمشاركة فيما يفعل كمن بنى بينهما اقنعة احدهما عن كرية وكرى الاخر او سفينة تتخوف الفرق او بيت او دار او حمام او طاحونة فاصلحها احدهما او عبد مشترك جنى فداه احدهما فهو متطوع لان الآخر مجبر وان كان لا يجبر لم يكن متطوعا كعلو لرجل وسفل لآخر سقط السفل فبناه الآخر لا يكون متطوعا لانه لا يجبر صاحب السفل على بنائه فكان في بنائه اياه مضطرا ليصل الى حقه واذا بناه وبنى عليه علوه له منع صاحب السفل من الانتفاع به ولكي متى يؤدي قيمته واختلف ان القيمة تعتبر وقت البناء او وقت الرجوع والصحيح وقت البناء وانما قلنا في الدار والبيت والطاحونة والحمام ما ذكرنا اذا كان يمكنه قيمة الساحة فيبني في نصيبه وفي الخلاصة في الفصل الثاني في الحائط وعمارته قال وذكر الخصاف انه يرجع بما انفق وبنداعته في غاية الحسن اذا كان بقضاء ويجبر ان لا يضمن لو على بناء السفل على قدر ما كان عليه فلك لقدر اما اذا كانت الساحة صغيرة لا يمكن بناء فيها بعد القسمة فانه اذا بنى لا يكون متطوعا وكذا اذا انهدم بعضه لانه لا يمكن الانتفاع بنصيبه الا ببنائه فلا يكون متطوعا وفي فتاوى النسفي وار بجارين سطح احدهما اعلى وليس لصاحب العليا على الاخرى ذراع وصاحب السفلى ان يرفع سطحه او يبني

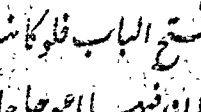
قال واذا كانت زائغة مستطيلة تشعب منها زائغة مستطيلة وهي غير نافذة فليس لاهل الزائغة الاولى ان يفتحوا بابا في الزائغة للقصوى لان فتحه لم يرد ولا حق للمرور في الدار وهو لاهلها خصوصا حتى لا يكون لاهل الاولى فيما يبيع فيها

عليه لذلك وليس للجار منعه ولكن يطالب بتسييل مائه الى طرف الميزاب وان انهدم السفل او سقط لم يكن له ذلك وليس للآخر ان يكلفه العمارة لاجل مسالة الماء لكن يمنع صاحبه من الانتفاع انتهى ففرق بين التعلي وبين حق التسييل حيث لو هدم في الاول اجبر على البناء ولو هدم الثاني لا يجبر وفي الحائطين اثنين لو كان لهما عليه محسب بنى احدهما للثاني ان منع الآخر من وضع الخشب على الحائط حتى يعطيه نصف قيمة البناء مبنيا وفي الاقضية حائط مشترك اراد احدهما نقضه وابى الشريك ان كان بحال لا يخاف سقوطه لا يجبر وان كان بحيث يخاف عن الامام ابي بكر محمد بن الفضل يجبر وان هدمه واراد احدهما ان يبنيه وابى الآخر ان كان الحائط عريضا يمكنه ان يبني حائطا في نصيبه بعد القسمة لا يجبر الشريك وان كان لا يمكن يجبر كذا عن الامام ابي بكر محمد بن الفضل وعليه الفتوى وتفسير الجبر انه وان لم يوافقه الشريك واتفق على العمارة وجبر على الشريك بنصف ما انفق وفي شهادات فتاوى الفضلي لو بناه واحد منهما بجبر ولو انهدم لا يجبر ولكن يمنع الانتفاع ما لم يستوف نصف ما انفق فيه ان فعل ذلك بقضاء القاضي وان كان بلا قضاء قلنصف قيمة البناء انتهى فلو حمل ما تقدم من كون الرجوع بقيمة البناء على ما اذا كان بلا قضاء وقول الخصاف مع قول ابي الفضل ما انفق على ما اذا كان بقضاء ارتفع الخلاف الظاهري فليكن هو المحمل وبه الا انه لما كان مضطرا في البناء كان له تضمين ما صرف لذلك غير انه ليس مضطرا في ترك مراجعته له الولاية على الشريك وهو القاضي فيرجع الى القيمة ولو كان الحائط صيحا فهدم احدهما باذن الشريك لا شك انه لا يجبر الهادم على البناء ان اراد الآخر كما لو هدماه ان هدمه بغير اذن الشريك وفي كتاب الحيطان رجل اراد ان يهدم داره ولاهل السكة ضرر لانه تخرب السكة المختار انه يمنع فلو هدم مع هذا فانه يضمن بالجدار ان كان قادرا على البناء يجبر على البناء قبل والوجه انه لا يجبر وفي كتاب الغصب من الخلاصة رجل هدم داره فانهدم الجار جداره الضعيف

قوله واذا كانت زائغة مستطيلة تشعب منها زائغة اخرى مستطيلة وهي غير نافذة يعني المنشعبة فليس لاحد من اهل الزائغة الاولى اذا كان له جدار في الزائغة المنشعبة ان يفتح في جداره ذلك بابا يخرج منه الى الزائغة المنشعبة وهذه صورتها



والذي يمكنه ان يفتح بابا في الزائغة القصوى هو صاحب الدار التي في ركن الزائغة الثانية وانما قلنا ليس له ذلك لان فتحه للمرور ولا حق باهل الزائغة الاولى في الزائغة القصوى بل هو لاهلها على الخصوص وكذا لو بيعت دار في القصوى لم يكن لاهل الاولى شفعة فيها بخلاف اهل القصوى فان لاحدهم ان يفتح بابا في الاولى لان له حق المرور فيها وبخلاف النافذة فان المرور فيها حق العامة ولا خلاف ان له ان يفتح قال بعض المشايخ لا يمنع من فتح الباب بل من المرور لان فتح الباب رفع جداره وله ان يرفعه كله فكذا له ان يرفع بعضه والاصح ان يمنع من الفتح لانه منصوص عليه في الرواية عن محمد في الجامع ولان المنع بعد الفتح لا يمكن اذ لا يمكن مراقبته ليلا ونهارا في الخروج فيخرج ولانه عساه يدعي بعد تركيب الباب وطول الزمان حقا في المرور ويستدل عليه بتركيب الباب فيكون تركيب الباب لمجرد لفقه دعوى حق المرور ويكون القول قوله لظاهره الذي معه وهو فتح الباب فلو كانت منشعبة مستديرة فلهم ان يفتحوا الان الكل منهم حق المرور اذ هي ساحة مشتركة غاية الامر ان فيها اعوجاجا ولهذا ليشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها وهذه صورتها



وفي

حق الشفعة بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة قبل المنع من المرور لا من فتح الباب لانه رفع جدار ه والاصح ان المنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه عساه يدعي

الحيطان رقاق غير نافذة اراد انسان ان يتخذ طينا ان ترك من الطريق قدر المر للناس ويرفعه سريعا ويفعل في الاحايين مرة لا يمنع منه وكذا لو اراد ان يبني اريا طا او دكانا وهو الذي نسميه في عرفنا مصطبة ولو استأذن رجلا في وضع جذوع على حائطه او حفر سرداب تحت داره ان فعل ثم باع الآخر وان للمشتري ان يأخذه برفعها الا اذا شرط بقاؤها عند البيع وكذا لو كان نصب اعمدة لاصقة بجدار الرجل متقابلة لبابه ونصب عليها دعلى وجه وان سقيفة للمشتري ان يطالبه بازالتها الا اذا شرطها ولو ان لرجل حائطا ووجه في دار رجل فاراد ان يطين حائطه ولا سبيل اليه الا بدخول دار الرجل او الخدم الحائط فوقع نقصه في داره فاراد ان يدخل لنقل الطين وغيره فمنعه صاحب الدار وله مجرى ماء في دار فاراد حفره واصلاحه ولا يمكن الا بدخول دار الرجل وهو يمنعه يقال له اما ان تتركه يدخل ويصلح ويفعل او تفعل بمالك كذا روي عن محمد وبه اخذ الفقيه ابو الليث وفي وقف النوازل دار مشتركة بين قوم لبعضهم ان يربط الدابة فيها وان يضعوا الخشبة على وجه لا يضر بصاحبه وان يتوضأ بحيث لا يطلق عليهم الطريق لمرورهم ولو عطب بها احد لا يضمن ولو حفر الارض ليؤمر ان يسويها وفي اول قسمة الاصل قبيل باب قسمة الدار رجل اصابه ساحة في القسمة فاراد ان يبنيها ويرفع بناؤها واراد الآخر منعه وقال تذهب الريح والشمس له ان يرفع بناؤه وله ان يتخذ فيها حماما او تنورا وان كف عما يؤذي جاره فهو احسن ولا يجبر على ذلك ولو فتح صاحب البناء في علو بنائه بابا او كوة لم يكن لصاحب الساحة منعه ولصاحب الساحة ان يبني في ملكه ما يستر به ولو اتخذ بيدرا في ملكه او كرباسا او بالوعة فتهنا حائط جاره وطلب جاره منه تحويله لم يجبر عليه فان سقط الحائط من ذلك لا يضمن هذا كله ظاهر المذهب وجواب الرواية وحكي عن ابي حنيفة ان رجلا شكى اليه من بيدر يحفر بجانب داره فقال آخر في دارك بقرب تلك البيدر بالوعة فتحت البيدر فكبسها صاحبها ولم يفت بمنع الحافر بل هذا على هذه الحيلة وبذلك كان يفتي الشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني وفي مضاربة النوازل لو اتخذ داره حظيرة للغنم والبيدر ان يتأذون من نتن السرقين ولا يمنعون على الرعاء ليس لهم في الحكم منعه وبه قال الشافعي واحمد ولو حفر في داره بيدرا فتر منها حائط جاره ليس له منعه قال في فصول العمادي نقلا من الذخيرة بعد ان نقل عن نصير بن يحيى ان للقاضي منع الجار من ذلك وذكر غيره تمسكهم بقول صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار والوجه ظاهر الرواية لان صاحب البناء كان ينتفع بهواء ملك صاحب الساحة قبل البناء فصاحب الساحة قبل اذا سد الهواء بالبناء فانما منعه عن الانتفاع بملكه ولم يتلف عليه ملكا ولا منفعة فصار كما لو كان لرجل شجرة يستظل بها جاره فاراد قلعها لا يمنع من ذلك

نضره

انفق في الفصل في تركيب الباب وان كانت مستديرة فلا بد لرق طرفاها فلهما ان يفتحا بابا لان لكل واحد منهما حق المرور في كلها اذ هي ساحة مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها

وان تضرر به الجار لمنعه من ذلك الانتفاع وتصوير هذه المسئلة رواية في مسئلة الطيالسي الكتب رواية وصورتها بالفارسية في الذخيرة وغيرها وحاصلها بالعبارة ان لرجلين لكل منهما سقف واحد فاراد احدهما ان يرفع البناء ويجعله سقفين قال في الفتاوى الصغرى ان كانا في القديم لسقف واحد فللآخر ان يمنعه وان كانا سقفين فليس له منعه قال وحد القديم ان لا يحفظ انه انه وراء هذا الوقت كيف كان قال في الخلاصة فلو اقام احدهما البينة على انه قديم والآخر محدث فبينة القديم اولى قال ولا تقبل شهادة اهل السكة في هذا قال في الذخيرة ينبغي ان لا يكون له المنع على هذه المسئلة لان صاحب البيت الآخر يجعل بيته ذا سقفين ويمنعه من الانتفاع بهوا ملك نفسه انتهى وعلى تقدير الفرق فالفرق ان في هذه المسئلة وهي مسئلة البيدر يريد ان يمنعه من الصنوبر والصنور من الحوائج الاصلية وفي مسئلة الاصل يمنعه عن الشمس والريح وذا من الحوائج الزائدة انتهى واما قوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار فلا شك انه عام مخصوص للعلة بعدم انتفاع كثير من الضرر كالتعازير والحدود ونحو مواظبة طبخ يتشربه دخان فتحبس في خصوص اماكن فيتضرر به جيران لا يطيقون لفقدهم وحاجتهم خصوصا اذا كان فيهم مريض يتضرر به وكما اريناك من التضرر بقطع الشجرة المملوكة للقاطع فلا بد ان يحمل على خصوص من الضرر وهو ما يؤدي الى هدم بيت الجار ونحوه من الضرر البين الفاحش وفي الذخيرة حكى عن بعض مشائخنا ان الدار اذا كانت محاذية لدار فاراد صاحب الدار ان يبني فيها تنورا للخبز الدائم او رحى للطحن او مدقة للقصارين يمنع منه لانه يتضرر به جيرانه ضررا فاحشا قيل اجمعوا على منع الدق الذي يهدم الحيطان وبوهنها ودوران الرحى من ذلك والحاصل ان القياس في جنس هذه المسائل ان يفعل صاحب الملك بابداله مطلقا لانه متصرف في خالص ملكه وان كان يلحق الضرر لغيره لكن يترك القياس في موضع يتعدى ضرره الى غيره ضررا فاحشا كما تقدم وهو المراد بالبين فيما ذكر الضرر الشديد وهو ما يكون سببا للهدم وما يوهن البناء سبب له او يخرج عن الانتفاع بالكلية وهو ما يمنع الحوائج الاصلية كسد الضوء بالكلية على ما ذكرنا في الفرق المتقدم واختاروا الفتوى عليه نا ما التوسع الى منع كل ضرر بنا فينسد به باب الانتفاع بملك الانسان كما ذكرناه قريبا ومنه ما ذكر ابو الليث في فتاواه حجرة سطحها وسطح جار مستويان فاتخذ جار حتى يتخذ حائطا بينه وبين جار ليس له ذلك فلو اراد ان يمنعه من الصعود حتى يتخذ سترة ان كان اذا صعد يقع بصره في دار جار له المنع وان كان لا يقع لكن تقع اذا كانوا على السطح ليس له المنع قال في فصول العمادي وعلى قياس المسئلة المتقدمة وهي ان لا يمنع صاحب الساحة ان يفتح صاحب العلو كوة ينبغي ان لا يقال في هذه للجار حق المنع من الصعود الا ترى ان محمدا لم يجعل لصاحب الساحة حق منع صاحب

قال ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهي مسئلة الصلح على الانكار وسنذكرها في الصلح ان شاء الله تعالى والمدعى وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لانه بمجهالة في الساقط فلا يفضي الى المنازعة على ما عرف **قال** ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت فسئل البينة فقال جحد لي الهبة فاشتريتها واقام المدعي البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل بينته لظهور التناقض اذ هو يدعي الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها او يشهدون على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل بينته لظهور التناقض اذ هو يدعي الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها او يشهدون على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل بينته لظهور التناقض اذ هو يدعي الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها او بعدها قبل لوضوح التوفيق ولو كان ادعى الهبة ثم اقام البينة على الشراء قبلها ولم يقل جحد لي الهبة فاشتريتها لم تقبل ايضا ذكره في بعض النسخ لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب دعوى الشراء رجوع منه فتعارضا قضاء لا ديانة واذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه تقرير ملكه عنها

البناء من فتح الكوة في علوه مع انه يضره ويقع في الساحة والمراد من قوله يا خذ جار بناء الستر ة ان يشارك في بنائها لان يستقل جوابه بذلك ويدل عليه بعض العبارات في كتاب الحيطان دار بين رجلين قسماها وقال احدهما بيني حاجزا بيننا ليس على الآخر اجابته وان كان احدهما يؤذي الآخر بالاطلاع عليه كان للقاضي ان يامرهما بينا ته يتخاريجان نفقته بقدر حصة كل منهما بفعله القاضي للمصلحة ونظيرها في فتاوى ابي الليث رجل في داره شجرة فرصاد فاذا ارتقاها يطلع على عورات الجار يمنعه القاضي منه اذا رآه وقال في الذخيرة وعلى قياس مسئلة فتح الكوة ليس للجار ولاية المرافعة ولا للقاضي المنع انتهى ولقد احسن الصدر الشهيد في واقعاته حيث قال المختار ان المرتقي يجبرهم وقت الارتقاء مرة او مرتين حتى يستروا انفسهم لان هذا لا يجمع بين الحقين **قوله** ومن ادعى في داره دعوى وانكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهي مسئلة الصلح على الانكار وسنذكرها في الصلح ان شاء الله تعالى ونقل في النهاية عن بعضهم انه اراد بالدعوى مقدارا معينا كالثلث ونحوه لتصح الدعوى فانها لا تصح مع جهالة المدعى به ونقل عن والد ظهير الدين انه كان يقول الصلح عن الدعوى قال انما يصح اذا كانت صحيحة لان الصلح انما يصح لابتداء اليمين واليمين انما تتوجه اذا صحت الدعوى قال وهذا يشكل على قول ابي حنيفة فانه لو ادعى رجل على امرأة نكاحا فاسدا فصالحها على مال وقعته اليصح مع ان اليمين لا يتصور في النكاح عنده فالحق ان الصلح يتحقق لرفع الشغب والخصام صحت الدعوى او لم تصح ولذا قال المصنف والمدعى وان كان مجهولا فالصلح عن مجهول على معلوم جائز عندنا لانه بمجهالة في الساقط فلا يفضي الى المنازعة يعني وهو المانع **قوله** ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت يعني ذكر وقتا عينه كقوله منذ شهر وسلمها الى فملكتها وهي الآن في يدي واطالبه بردها الى فطالبة القاضي بالبيان فقال ليس لي بينة على الهبة بل على الشراء لانه بعد الهبة والتسليم ظفرت بها فجحدها عني فاشتريتها منه واقام بينة فشهدوا وارخوا وقتا قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل لظهور التناقض بين الدعوى والبينة لان المدعي ان الشراء في تاريخ بعد تاريخ الهبة وهم يشهدون بانه قبل الهبة وبين نفس اجزاء الدعوى لانه بمقتضى البينة وقوله كانه قال وهب لي هذا الشيء وكان ملكي بالشراء قبل فلا يثبت الملك بالهبة بعد الشراء فكان مناقضا ولو شهدوا بعدها تقبل لوضوح التوفيق الذي وقته ولو ادعى الهبة يعني وارخ فطولب بالبينة فاقامت على الشراء قبله ولم يقل جحد لي الهبة فاشتريتها توفيقا لم تقبل ايضا ذكره في بعض النسخ كانه يريد بنسخ الاصل لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عندها ودعوى الشراء رجوع عنه فعند التناقض ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه تقرير ملكه الواهب عندها اي عند الهبة ولو لم يؤرخ الشراء تقبل البينة كما لو ذكر تاريخا بعد الهبة لامكان الحمل على ما يتفق به التناقض وهذا على احدى الروايتين في تصحيح الدعوى اذا امكن التوفيق وان لم يوافق المدعى ونظائره ما ذكر في رجل ادعى دارا في يد رجل انها دارة اشتراها

دار رجل

ومن قال لآخر اشتریت منی ھذہ الجاریۃ فانکر الآخر اجمع البائع علی ترک الخصومۃ وسعہ ان یطأھا لان المشتری لما جحد کان فسخا من جھتہ اذ الفسخ یثبت بہ کما اذا تجاحدا فاذا عزم البائع علی ترک الخصومۃ ثم الفسخ ومجرد العزم لا یکفی لانہ یثبت الفسخ فتقترن بالفعل دعوی البیاعۃ ونقلھا ومایضاھیہ ولانہ لما تعذر استیفاء الثمن من المشتری فان رضی البائع فیستند الفسخ قال ومن اقر انہ قبض من فلان عشرۃ دراھم ثم ادعی انہ من

من ابیہ فی صحتہ وھو ینکر واقام المدعی علی ذلک بینۃ ولم تترک او لم یقم بینۃ وحلف المدعی علیہ ثم اقام بینۃ انھا دارہ ورثھا من ابیہ قبل القاضی بینتہ ولا تکون دعواہ الارث تناقضا ولو ادعی الارث من الاب اولا ثم ادعی الشراء منہ بعد ذلک واقام علیہ بینۃ لا یقضی لہ بالدار لامکان التوفیق فی الاول بخلاف الثانی قال شیخ الاسلام اذا امکن التوفیق تصح الدعوی وان لم یدع المدعی التوفیق وفی دعوی المبسوط اشارۃ الی انہ لا تقبل بینتہ الا ان یوفق المدعی فکان التوفیق من المدعی شرطا فی روایۃ ولیس بشرط فی اخری فی المحیط قیل ما قالوا یوفق لغیبۃ دعوی المدعی قیاس وما قالوا لا یوفق بدون دعواہ استحسان فان قیل ینبغی ان لا تقبل ھذہ البینۃ لانہ یدعی شراء ما ملکہ بالھبۃ والتسلیم اجیب بان سائر العقود تنفسخ بالتجاحد لا النکاح وھنا کذلک فان الفسخ یتحقق من جھۃ الواھب بجحدہ وحین اقدم الآخر علی الشراء منہ فقد رضی بذلک فانفسخت الھبۃ بتراضیھما فاذا اشتری ھو ذلک فقد اشتری مالا یملکہ قولہ ومن قال لآخر اشتریت

منی ھذہ الجاریۃ فانکر الآخر اجمع البائع علی ترک الخصومۃ وسعہ ان یطأھا لو جھین احدھما ان المشتری لما جحد کان فسخ من جھتہ اذ الفسخ یثبت بالجحد کما اذا تجاحدا معا حیث ینفسخ قطعۃ فاذا عزم البائع علی ترک الخصومۃ تم الفسخ واورد علیہ ان مجرد العزم لا یحصل بہ الفسخ الا یری ان من لہ خیار الشرط اذا عدم تقلبہ علی فسخ العقد لا ینفسخ الجواب بان المراد العزم المؤکد بفعل اقترن بہ من امساکھا او نقلھا الی بیتہ فان امساکھا لا یحل بلا فسخ فکان الفسخ ثابتا بہ دلالۃ ممن قال لآخر آجرتک ھذہ الدابۃ یوما کذا لترکبھا الی مکان کذا فاخذ المستأجر لیرکبھا کان ذلک قبولا دلالۃ لان الاخذ والاستعمال لا یحل بلا قبول وفی المحیط تفسیر العزم علی ترک الخصومۃ بالقلب عند بعضھم وقیل ان یشھد بلسانہ علی العزم بالقلب ولا یکفی بمجرد النیۃ وبہ فی الفوائد الظھیریۃ علیہ فرعا ذکرہ فی الجامع اشتری عبدا ثم باعہ من آخر فجحد المشتری الثانی البیع فخاصمہ المشتری الاول الی القاضی ولا بینۃ لہ فعزم ای المشتری الاول علی ترک الخصومۃ ثم اطلع علی عیب کان عند البائع الاول واراد ردہ فاحتج البائع الاول بدعواہ علی الثانی فان کان عزم المشتری علی ترک الخصومۃ ان کان بعد تحلیف الثانی یرده او قبلہ فللاول غیر مضطر فی فسخ البیع الثانی وھذا بخلاف مالو جحد الزوج النکاح وحلف وعزمت الزوجۃ علی ترک الخصومۃ لم یکن لھا ان تتزوج والنکاح لا یحتمل الفسخ بسبب من الاسباب الوجہ الثانی التزام ان الفسخ یحصل بواحد وھو قولہ ولانہ لما تعذر استیفاء الثمن من المشتری فان رضی البائع فیستند بفسخہ لفوات شرط البیع وھو التراضی وسنذکر نظر صاحب الکافی فی تدافع الوجھین قریبا قولہ ومن اقر ھنا مسائل الاقرار بالقبض ومسائل الاقرار بالدین اما مسائل القبض فاذا اقر انہ قبض من فلان دراھم ثم ادعی انھا زیوف صدق وفی بعض النسخ اقتضی وھو ایضا القبض یعنی اقر انہ قبض من مدیونہ بدین ھو اقتضاہ او ثمن مبیع او بدل اجارۃ او قال غصبت منہ او عینا الف درھم ثم قال الا انھا زیوف او

يصدق وفي بعض النسخ اقتضى وهو عبارة عن القبض ايضا ووجهه ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة ولهذا لو تجوز بها في الصرف والسلم جاز والقبض لا يختص بالجياد فيصدق لانه انكر قبض حقه بخلاف ما اذا اقر انه قبض الجياد او حقه او الثمن او استوفى لاقراره بقبض الجياد صريحا او دلالة فلا يصدق والبنهرجة كالزيوف وفي الستوقة لا يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز بها فيما ذكرنا لا يجوز والزيف ما يؤيفه بيت المال والبنهرجة ما يرده التجار والستوقة ما يغلب عليها الخش

بنهرجة او قال بعد نعم هي زيوف او بنهرجة يصدق في الوصل والفصل وفي المبسوط اقر الطالب انه قبض ماله على فلان مائة درهم ثم قال وجدتها زيوفا فالقول قوله وصل ام فصل وفي اطلاق المصنف دلالة قول محمد وبه نأخذ بخلاف ما اذا اقر بالدين في المبسوط في باب الاقرار بالدين لو قال لفلان علي الف درهم من ثمن مبيع او قرض او اجارة الا انها زيوف او بنهرجة لم يصدق في دعوى الزيافة وصل ام فصل في قول ابي حنيفة رح وعندهما يصدق ان وصل لا ان فصل ولو قال لفلان علي الف درهم من غير ذكر سبب تجارة او غصب قال بعض المشايخ هو على الخلاف ايضا لان مطلق الاقرار بالدين ينصرف الى الالتزام او التجارة اذ هو اللائق بحال المسلم وقيل لا يصدق هنا اذا وصل بالاتفاق لان صفة الجودة تصير مستحقة بعقد التجارة فاذا لم يصرح في كلامه بجهة التجارة لا تصير صفة الجودة مستحقة وتأتي الحج ان شاء الله تعالى من الجانبين وقال الشافعي واحمد اذا فصل لا تقبل في جميع الصور لانه كما ذكر العشرة فهم الجياد وقوله هي زيوف رجوع عن ما اقر به قلنا في مسئلتنا انما اقر بقبض الدراهم وقبض الدراهم لا يختص بالجياد بل يقع على الزيوف والبنهرجة فاذا قال هي زيوف او بنهرجة كان حاصله انه اعترف بقبض حق من الدراهم منكرا انه قبض حقه اعني الجياد فيصدق مع يمينه اذا كان الآخر يكذبه ولم يكن رجوعا عن شيء لان الاعم يصدق على كل الخص فاذا نفى الخاص بقي العام على ما صدق عليه بعينه وانه مما صدقاته الاخرى لا يكون مناقضا بخلاف ما لو قال هي ستوقة او رصاص لا يقبل لانها ليست من جنسها فكان رجوعا واما لو اقر انه قبض الجياد او حقه او الثمن او استوفى ماله عليه لا يصدق في دعواه الزيوف والبنهرجة لانه في هذا اقر بقبض الجياد صريحا في الاول ودلالة فيما بعده لان حقه والثمن وكذا بدل الاجارة هي الجياد قال في النهاية جمع المصنفين هذه المسائل الاربع في الجواب بانه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء فانه اذا اقر بالبيع ثم ادعى انها زيوف لا يصدق لا موصولا ولا مفصولا وفيما بقي يصدق موصولا لا مفصولا والفرق ان قوله قبضت ما لي عليك وحقي اقرار بقبض المقدر والجودة بلفظ واحد فاذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فيصح موصولا كما قال على الف الا مائة اما اذا قال قبضت عشرة جيادا فقد اقر بالقدر بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة فاذا قال الا انها زيوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كما لو قال على مائة درهم ودينار الا دينارا فان الاستثناء باطل وان كان موصولا فان قيل ينبغي ان لا يصح استثناء الجودة وان دخلت تحت الاقرار بلفظ واحد لان الجودة تبع للدراهم وصفة لها فاستثناء التبع موصولا لا يصح كاستثناء البناء من الدار لا يصح وان كان موصولا قلنا انما لا يصح استثناء البناء لانه دخل تحت اسم الدار تبعا فلا يجوز اخراجه موصولا واما الجودة فدخلت تحت اللفظ مقصودا كالوزن لانه اقر بقبض ما عليه كالوزن وكما عليه تسليم الجودة فكانت الجودة داخلة تحت قوله مالي عليك وحتى عليه مقصودا لا تبعا فيجوز استثناؤه موصولا انتهى وقال صاحب الدراية بعد ان نقله فيه نوع تأمل وعندي ان المتأمل يشهد له لا يرده وكأنه والله اعلم انما كان عليه تسليم الجودة لما ذكرنا في السؤال من انها تابع وصفة للدراهم والصفة ابدا تابعة للموصوف وهذا سهو عن قوله دخلت تحت

قال ومن قال لآخر لك علي الف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال كان لي عليك الف درهم قضيتكها لزمه هو الاستحسان وقد قدم وجه القياس والثاني وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله لا يلزمه شيء لان اقراره بالاول صار مرجوعا عنه وقد قدمنا ان الرجوع عن الاقرار باطل ولان الاقرار بالقبض اقرار بالبراءة عن الدين فيكون رجوعا عن الاقرار بالدين وهو باطل ولنا ان الاقرار بالقبض اقرار بالمؤجل لان الدين لا يقضى قبل حلوله فيكون رجوعا عن الاقرار بالمؤجل وهو باطل

اللفظ مقصودا في صل رده على السائل ان يكون تبعا في الوجود فقد يكون مقصودا للمتكلم باللفظ وصحة الاستثناء باعتبار كونه مقصودا من اللفظ كقصد الباقي سواء كان تبعا في الوجود له او اصلا مثله وانما كانت الستوقة ليست من جنس الدراهم لان غشها غالب واسم الدراهم باعتبار الفضة والنسبة الى الغالب تتعين فاذا كان الغالب هو الغش فليست دراهم الا مجازا وكذا قيل هو معرب سه طاقه يعني ثلث طاقات الطاق الاعلى والاسفل فضة والاوسط نحاس وهو شبه الموهة وتعقب في النهاية اطلاق قوله في الستوقة لا يصدق بل ذاك اذا قال موصولا اما في الموصول يجب ان يصدق فانه قال في اقرار المبسوط لو اقر انه قبض خمسمائة درهم مماله على المديون ثم قال بعد ما سكت هو رصاص لم يصدق لان اسم الدراهم لا يتناول الرصاص حقيقة وان قال موصولا فالقول قوله لان الرصاص من الدراهم صورة وان لم تكن منها معنى فكان بيانا مغيرا الظاهر كلامه الى ما هو محتمل فيصح موصولا في الستوقة اولى لان الرصاص ابعد منها الى الدراهم وذكر الجوبني في جامعه مصرحا فقال فاما اذا انها قال وجدتها ستوقة او رصاصا قال شيخ الاسلام خواهر زاده ذكر محمد انه يصح اذا كان موصولا وقدمنا ان القول قول القاضي مع يمينه فلا يمين على الطالب انها كانت جيادا في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف احلفه اذا اتهمته

قوله ومن قال لآخر لك علي الف درهم فقال ليس لي عليك شيء او قال هي لك او قال هي لفلان فقد رد اقراره فلو عاد الى تصديقه وادعى الالف لم يسمع منه الا ان عاد المقر الاقرار بها بعد رد المقر له فصدقه بعد الاقرار الثاني فانه يثبت استحسانا لا قياسا بخلاف ما لو اقر سيد للعبد بنسبه لانسان فكذبه المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه حيث لا يثبت عند ابي حنيفة لان الاقرار بالنسب لا يرتد بالرد حتى كان للمولى ان يعود ويدعيه فلما لم يبطل بالرد بقي مقرا بنسبه للغير فلا يمكن ان يدعيه لنفسه ولو كان الاقرار بسبب المال مثل ان تقول اشتريت مني وانكر له ان يعود فيصدقه لان احد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ بانكاره ان كان فسخا من جهته لا يحصل به الانفساخ وكان العقد قائما بعد انكاره فله ان يصدقه بعد ذلك اما المقر بالمال فينفرد بالرد فافترقا وناقضه في الكافي بانه ذكر هنا ان احد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ وفيما تقدم يعني من مسئلة التجاحد قال ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضى البائع فيستبد بالفسخ والتوفيق بين كلامه صعب انتهى وهو صحيح ويقتضي انه لو تعذر الاستيفاء مع الاقرار بان مات ولا بينة ان له الفسخ ويستمتع بالجارية فالوجه ما قدمه اولا وبهذه فروع ذكرها في النهاية لو صدقه ثم رد اقراره لا يرتد ولو وهبت المرأة صداقها لزوجها وقبل ثم رد فرد باطل وكذا لو قبل المديون الابراء ثم رد وكذا لو قال لعبده وهبت لك رقبتك فرد لا يرتد لانه حينئذ كلامه في رد المقر له اقرار المقر فما لو رد المقر اقرار نفسه كان اقر بقبض المبيع او الثمن ثم قال لم اقبض وارد تحليف الآخر انه قبضه او قال بعد ان اقر بقبض المبيع لم اقبض او قال هذا لفلان ثم قال هو لي وارد تحليف فلان او اقر بدين ثم قال كنت كاذبا وارد تحليف الدائن انه قبضه لا يحلف في المسائل كلها عند ابي حنيفة ومحمد لانه متناقض فهو كما لو قال ليس لي على فلان شيء ثم ادعى عليه مالا

قال ومن ادعى على آخر مالا فقال ما كان لك علي شيء قط فاقام المدعي البينة على الف اقام هو البينة على القضاء قبلت بينته وكذلك على الابراء وقال زفر لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكره فيكون مناقضا كذا ان التوفيق ممكن لان الحق قد يقضى ثم يجب بعده فصار كالخصم اذا برهن انه قال قضى بيانا وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا اذا قال ليس لك علي شيء قط لان التوفيق ممكن ولو قال ما كان لك علي شيء قط ولا اعرفك لم يقبل بينته على القضاء وكذا على الابراء لتعذر التوفيق لانه لا يكون بين اثنين اخذ واعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة ومصالحة بدون المعرفة وذكر القدوري رحمه الله تقبل ايضا لان المحتجب او المخدرة قد تؤذى بالشغب على بابه فيأمر برضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فلعل التوفيق **قال** ومن ادعى على آخر انه باعه جارية فقال لم ابعها منك قط فاقام المدعي البينة على الشراء قوجد بها اصبعا زائدة فاقام البائع البينة انه برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع وعن ابي يوسف رحمه الله تقبل اعتبارا بما ذكرنا وجه الظاهر ان شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء ومصالحة الى غيره فيستدعي وجود البيع وقد انكره فكان مناقضا بخلاف الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا على ما مر

وارادا تحليفه ولا يحلف وعند ابي يوسف والشافعي يحلف وهو رواية عن احمد لان العاقد جبرت على هذه الاشياء قبل تحققها تحرزا من امتناع القابض عن الاشهاد بعد ان سلمه فيجب ان تراعى العادة وصار كما لو اقر بالبيع وقال كان تلجئة وطلب يمين الآخر حلف عليه كذا هذا وقال الصدر الشهيد الرادي في التحليف الى القاضي يريد انه يجتهد في الخصوصة الوقائع فان غلب على ظنه انه لم يقبض حين اقر واشهد يحلفه لان خصمه ومن لم يغلب على ظنه فيه ذلك لا يحلفه وهذا انما هو بالتفرس في الاخصام والله الهادي **قوله** ومن ادعى على آخر مالا معلوم القدر وما يصح به الدعوى فقال المدعى عليه ما كان لك علي شيء قط فاقام المدعي البينة على الف واقام هو البينة على القضاء قبلت بينته وكذلك لو اقاما على الابراء وقال زفر لا تقبل ونقل عن ابي ليلى لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكر الوجوب حيث قال ما كان لك علي شيء قط فاذا اقام على انه قضاه ناقض ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقتضى دفعا للشغب ان لم يكن عليه حق ويبرأ منه ولذا يقال اقتضى بباطل وايضا قد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا لو قال ليس لك علي شيء قط لان التوفيق اظهر لانه نفى في الحال وهو لا يستلزم النفي مطلقا بجواز القضاء والابراء بعد اللزوم فينتفي في الحال بعد وجوده وبهذا الاطلاق يقتضي قبول البينة اذا احتاجت الى التوفيق من غير دعوى التوفيق وفي بعض المواضع شرط محمد دعوى التوفيق ولم يذكر في بعض المواضع فقيل يشترط الدعوى في الكل ويحمل ما سكت فيه على ما ذكر فيه حتى قال في الاقضية لا ينبغي للقاضي ان يوفق لانه نصبه لفصل الخصومات لا لانشائها ولان القاضي لا يدري ما يوفق به المدعي وفي الفوائد الظهيرية كان والدي يفتي بان التوفيق اذا كان ممكنا يجب على الحاكم التوفيق كيلا تبطل حجج الشرع والتوسط في هذا ان وجه التوفيق اذا كان ظاهرا متبادرا يجب ان تسمع البينة بلا توفيق المدعي كقوله ليس لك علي شيء ثم اقاما على انه قضاه ونحوه وان كان متكلفا لا يعتبره القاضي واقعا ما لم يذكره المدعي والله سبحانه اعلم وذلك مثل قوله وهبها لي ثم انكر فاشتريتها وكذا فيما ياتي في الجارية لم ابعها له ولكن اقام بينة كاذبة بالبيع فسألته ان يبرئني من العيوب فان مثل هذا في الحقيقة تلقين للحجة بل اذا قلوزاد على فلك فقال ما كان لك علي شيء قط ولا اعرفك او قال ولا رايتك او ولا جرى بيني وبينك مخالطة ولا خلطة ولا اخذ ولا اعطاء او ما اجتمعت معك في مكان وما اشبه ذلك ثم اقام بينة على القضاء او الابراء لم تقبل لتعذر التوفيق وذكر القدوري عن اصحابنا انها تقبل ايضا لان المحتجب او المخدرة قد تؤذى بالشغب على بابه فيأمر برضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك وامكن التوفيق فعلى هذا قالوا يجب التفصيل وان كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بينته والا قبلت وفي الثاني لو قال لم ادفع اليه شيئا ثم ادعى الدفع لم يسمع لانه يستحيل ان يقول لم ادفع اليه شيئا وقد دفعت اما لو ادعى اقراره بالدفع اليه او القضاء ينبغي ان يسمع لان المناقض هو الذي يجمع بين كلامين وهنا لم يجمع ولهذا لو صدقه المدعي عيانا لا يكون مناقضا ذكره التمرتاشي وقيل تقبل البينة على الابراء في هذا الفصل باتفاق الروايات لان الابراء تحقق بلا معرفة **قوله** ومن ادعى على آخر انه باعه جارية فقال لم ابعها منك قط فاقام المدعي البينة على شرائها ايا ما منه فقبضها فوجد بها اصبعا زائدة ونحوه من عيب لا يحدث مثله في تلك المدة

كذا

هذا

قال ذكر حق كتب في اسفله ومن قام بهذا الذكر فهو ولي ما فيه ان شاء الله تعالى او كتب في الشراء فعلي فلان خلاص من ذلك وتسليمه ان شاء الله تعالى بطل الذكر كله وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ان شاء الله تعالى هو على الخلاص وعلى من قام بذكر الحق وقولهما استحسان ذكره في الاقرار كذا الاستثناء يتصرف الى ما يليه لان الذكر للاستيناف وكذا الاصل في الكلام الاستبداد وله ان الكل كشئ واحد بحكم العطف فيتصرف الى الكل كما في الكلمات المعطوفة مثل قوله عبد حر وامرأته طالق وعليه المشي الى بيت الله تعالى ان شاء الله ولو رأى فرجة قالوا لا يلحق ويصير كفاصل السكوت

يعلم انه كان في يد البائع وارادرد ها فاقام البائع بينة انه برئ عليه من كل عيب لم تقبل وعن ابي يوسف تقبل اعتبارا بما ذكرنا يعني التوفيق في البين وقوله وعن ابي يوسف يشير الى انها ليست ظاهر الرواية عنه ولذا لم يذكر محمد فيه خلافا بين اصحابنا في الجامع الصغير وانما حكاه الخصاف عن ابي يوسف ووجه التوفيق منا ان يقول لم يكن بيننا بيع ولكنه لما ادعى علي البيع مسالته ان يبرأني عن العيب فابرأني قال شارح ولان البيع غير البراءة من العيب فجحودا حدهما لا يمنع دعوى الآخر ولا يخفى ما فيه وذكر في وجه التوفيق ايضا ان يكون البائع وكيلا عن المالك في البيع فكان قوله للمالك ما بعتها لك قط صدقا فاقامته البينة على البراءة من العيوب ليس مناقضا والوجه الاول اعم لانه لو كانت هذه الدعوى على الوكيل نفسه لا يوفق بذلك ونظير ما ذكر التمرتاشي اقام بينة على الشراء وذو اليد منكر ثم اقام المنكر بينة على ان المدعي قد رد البيع قبلت ولا يبطل انكاره البيع بينة لانه يقول اخذتها مني بينة كاذبة ثم استقلته فاقالني ووجه الظاهر ان شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء ووصف السلامة الى غيره فيستدعي وجود البيع وقد انكره فكان مناقضا بخلاف الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا ولا يخفى ان كلا من وجهي التوفيق الاول والثالث يدفع هذا **قوله** ذكر حق يعني صكا في اقرار بدين قال في آخره ومن قام بهذا الذكر فهو لي ما فيه يعني من احرجه كان له ولاية المطالبة بما فيه من الحق ثم كتب ان سأل الله تعالى مستصلا بهذه الكتابة او صك شراء كتب فيه وما ادرك فان المشتري من الدرك في فلان خاصة ان شاء الله تعالى فعند ابي حنيفة يبطل الصك كله الدين في الاول والشراء في هذا والخلاص وعندهما كل من الدين والشراء باق صحيح وقوله ان شاء الله ينصرف الى ما يليه وهو ولاية من قام به وضمان الدرك خاصة وقولهما استحسان لان الكل بواسطة العطف كشئ واحد اتصل به الاستثناء فينصرف الى الكل للاتفاق على ان قول القائل عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله تعالى يبطل الكل فلا تقع طلاق ولا عتاق ولا يلزم نذر ولهما ان الاستثناء ينصرف الى ما يليه لان الذكر للاستيناف وكذا الاصل في الكلام الاستبداد فقال العلم بالمقصود من كتب الصك دلالة على قصر الصرف الى الاخير هذا هو العادة وعليها يحمل الحادث لا على انه قد يكتب للابطال لغرض قد يتفق وظاهر الوجه من الجانبين ان ان شاء الله تعالى جرى بالاتفاق مجرى الاستثناء غير ان ابا حنيفة خالف مقتضاه وهو انصراف الاستثناء الى ما يليه خاصة بسبب العطف وبما سلمنا ذلك لو لا عرض فهم الغرض من كتبه وهو بعيد اذ لو كان كذلك لم يتصور وجود محل متعددة يبقى بعضها استثناء فينصرف الى الاخير لان وجود المحل المتعددة انما يكون بالعطف فاذا كان العطف يصيرها كواحد لزم في كل استثناء متصل يحمل مسوق بعضها على بعض ان ينصرف الى الكل وهو يستحيل وجود المسئلة بل الوجه ان شاء الله شرط وحكم الشرط اذا تعقب لجمل مسوق بعضها على بعض ان ينصرف الى الكل ولذا لم يلحق ولم تطلق ولم يلزم النذر فيما ذكرنا مشى ابو حنيفة على حكمه وهما اخرجا صور كتب الصك من عمومه يعارض اقتضى تخصيص الصك من عموم حكم الشرط المتعقب جملا متعاطفة وهو ما ذكرناه ولذا كان قولهما استحسانا رجاعا على قوله بذا اذا كان ان شاء الله مكتوبا متصلا بالكتابة فلو فصل ببياض وهو الفرجة صار كفاصل السكوت فلا يعمل شيئا اتفاقا وقد اورد ان هذا الكلام يقتضي انه لو لم يكتب ان شاء الله تعالى لم يبطل حتى يلزمه صحة الوكالة للمجهول بالخصومة

فصل في القضاء بالمواريث قال واذا ماتت نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت اسلمت بعد موته وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول قول الورثة وقال زفر رحمه الله القول قولها لان الاسلام حادث فيضاف الى اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر يصلح للدفع وهو يعتبره للاستحقاق ولو مات المسلم ولد امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة اسلمت بعد موته فالقول قولهم ايضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة اليه اما الورثة فهم الدافعون ويكفيهم ظاهر الحديث

في قوله ومن قام مقامه الذكر فدولي ما فيه وتوكيل المجهول لا يصح اجيب بان الغرض من كتابة اثبات رضى المدعى عليه بتوكيل من يوكله المدعي فلا يمتنع المديون عن سماع خصومة الوكيل بالخصومة عند ابي حنيفة فان التوكيل بالخصومة لا يصح الا برضى الخصم عنده ودفع بانه لا يفيد على قوله لان بهذا يثبت الرضى بتوكيل وكيل مجهول والرضى بتوكيل مجهول باطل فلا يفيد على قوله ايضا وقيل بل فائدته التحرز عن قول ابن ابي ليلى فانه لا يصح التوكيل بالخصومة عنده بلا رضى الخصم الا اذا وجد الرضى بتوكيل وكيل مجهول فيجوز لكن ذكر في كتب المذاهب الاربعة ان عند ابن ابي ليلى يجوز التوكيل بالخصومة بغير رضى الخصم مطلقا

فصل في القضاء بالمواريث قوله واذا ماتت نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت اسلمت بعد موته فانا استحق في ميراثه وقالت الورثة بل اسلمت قبل موته فلا ميراث لك فالقول قول الورثة وكان الاولى ان يقال بدله قوله القول قوله الورثة لا بتصادق الا بينة لان العادة ان من كان القول له يكون مع يمينه ولا حلف عليهم الان ادعت انهم يعلمون كفرها بعد موته فلهذا ان تحاقهم على العلم وقال زفر القول لها لان الاسلام حادث فالظاهر اضافته الى اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان من الميراث ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر يصلح للدفع وما ذكره استصحاب عكس فلك لان الاستصحاب يكون من الماضي للحال ومن الحال الى الماضي لكنه اعتبره للاستحقاق وليس حكم الاستصحاب كذلك والمراد بجريان ماء الطاحونة ما اذا اختلفا لكا مع المستأجر اذا طالبته فقال كان الماء منقطعا حكم جريانه في الحال فاذا كان منقطعا في الحال فعطف على الماضي لدفع استحقاق اجرة الماضي فكذا هذا فالتعبير بالاستصحاب احسن من التعبير بالظاهر فان ثبت الاستحقاق كثيرا ما يكون ظاهرا كالاخبار بالآحاد وقد ثبت بها وجوب استحقاق ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة اسلمت بعد موته فالقول لهم ايضا ولا يحكم الحال هنا لانه لا استصحاب للاستحقاق وهي محتاجة اليه اما الورثة فهم الدافعون والاستصحاب يكفي لهم في ذلك وهو استصحاب ما في الماضي من كفرها الى ما بعد موته فالمسألتان مبنيتان على اصل واحد وهو ان الاستصحاب اعتبر فيهما للدفع لا للاستحقاق فان قيل اعتبار الحال في ماء الطاحونة شاهد للماضي عمل باثبات الاستحقاق بالاستصحاب فان به يستحق مالكها اجر الماضي اذا كان جاريا اجيب بان هناك اتفقا على وجود سبب الوجوب وهو العقد ولكن اختلفوا في التأكيد والظاهر يصلح حجة للتأكيد وفي مسألة الميراث نفس السبب مختلف فيه وهو الزوجية مع اتفاق الزوجين في الدين عند الموت واستشكل بما ذكر محمد في الاصل اذا مات وترك ابنين فقال احدهما مات ابي مسلما وقد كنت مسلما حال حياته وقال الآخر صدقت وانا ايضا اسلمت حال حياته وكذبا الابن المتفق على اسلامه وقال بل اسلمت بعد موته فالقول للابن المتفق على اسلامه ولم يجعل الحال حكما على اسلامه فيما مضى مع قيام السبب في الحال وهو البنوة اجيب بانه انما يصار الى ما ذكر من الطريق اذا اختلفا في تمام الماضي في ثبوت ما هو ثابت للحال وأما اذا اختلفا في مقدار منه فلا يصار اليه الى تحكيم الحال وان كان السبب قائما حتى ان في مسألة الطاحونة اذا اتفقا شهرين على الانقطاع في بعض مدة الاجارة بان قال المستأجر كان الماء منقطعا شهرين وقال الآخر شهرا فالقول للمستأجر مع يمينه منقطعا كان الماء او جاريا في الحال لانهما اختلفا في جريان مقدر وهو غير ثابت للحال وفي مسألة الابنين ومسألة

قال ومن مات وله في يد رجل اربعة آلاف درهم ودیعة فقال المستودع هذا لابن الميت لا وارث له غيره فانه يدفع المال اليه لانه اقر ان مافي يده حق الوارث خلافة فصار كما اذا اقر انه حق الوارث وهو حق اصالة بخلاف ما اذا اقر لرجل انه وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع اليه لانه اقر بقيام حق المودع اذ هو حي فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك بعد موته تعلق الدين اذا اقر بتوكيل غيره بالقبض لان الدين تقضى بامثالها فيكون اقرارا على نفسه فيؤمر بالدفع اليه ولو قال المودع لا وارث له غيري ابنه ايضا وقال الاول ليس لابني غيري قضى بالمال للاول لانه لما مع اقراره للاول انقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا على الاول فلا يصح اقراره للثاني كما لو كان الاول ابنا معروفا ولانه حين اقر للاول لا مكذب له فصح وحين اقر للثاني له مكذب لعنصه وحين اقر لغائب له مكذب لم يصح

الكتاب الاختلاف واقع في مقدار مدة الاسلام لا في نفس الاسلام انه كان او لم يكن والثابت في الحال نفس الاسلام لا اسلام مقدر فهذا هو الما خذ في المسئلة وذكر الامام التمرتاشي مسئلة وهي ترد ايضا شبهة على الاصل اعني كون الاستحقاق لا يثبت بالظاهر وهو لو اوعت المرأة انها بانت في المرض فصار فارا فانا ارث وقالت الورثة بل في الصحة فالقول قولها لانها انكرت المانع من الارث وهو الطلاق في الصحة يعني والاصل عدم المانع **قوله** ومن مات وله في يد رجل باربعة آلاف درهم مثلا وديعة فاقر المستودع لرجل انه ابن الميت لا وارث له غيره فان القاضي يقضي عليه بالدفع اليه لانه اقر ان مافي يده حق الوارث لانه لا ملك له خلافه فهو كما اذا اقر انه حق المورث وهو في اصالة بخلاف ما اذا اقر المودع لرجل انه وكيل المودع بالقبض اي بقبض الوديعة او انه اشتراه اي اشترى الوديعة التي في يد من المودع حيث لا يؤمر بالدفع لانه اقر بقيام حق المودع وملكه في الوديعة الآن اذ هو حي فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك بعد موته لزوال ملكه فانه اقر له بملكه لما في يد من غير ثبوت ملك مالك معين فيه للحال وفي فصل الشراء وان كان قد اقر بزوال ملك المودع لكن لا ينفذ في حق غيره اعني المالك لانه لا يملك البطال ملكه باقراره فصار كالاقرار بالوكالة بقبض الوديعة ثم لو دفع الى الذي اعترف له بالوكالة بقبض الوديعة هل لابن المتوفى قيل لا لانه يصير ساعيا في نقض ما تم به وقال ظهير الدين كان والدي يتردد في جواب هذه المسئلة ولو لم يدفع الوديعة لكنه اقر له بالوكالة حتى ملكت قيل يضمنها لانه منعها من وكيل المودع في زعمه فهو كما لو منعها من نفس المودع وقيل لا لانه لم يجب عليه الدفع بخلاف المديون اذا اقر لرجل انه وكيل الدائن بقبض ماله عليه فانه يؤمر بالدفع اليه لانه غير مقر على مال غيره واذا المديون تقضى بامثالها والمثل ملك المقر فما اقر على نفسه حتى يرجع عليه الدائن اذا لم يعترف بالوكالة اذا قدم فيؤمر بالدفع ولو قال المودع لآخر هذا ابنه ايضا وانكر الابن الاول قضى بالمال للاول وحده لانه لما صح اقراره للاول على ذلك الوجه انقطع يده عن المال فيكون اقرارا على الغير وهو الابن الاول ولا يصح كما لو كان الاول ابنا معروفا ولانه حين اقر للاول لا مكذب له فصح وحين اقر للثاني له مكذب وهو الاول فلا يصح ولا يضمن للابن الثاني شيئا قال في غاية البيان انه لا يغرم المودع للابن الثاني شيئا باقراره له لان استحقاقه لم يثبت فلم يتحقق التلف وهذا لانه لا يلزم من حجر وثبوت البنوة ثبوت الارث فلا يكون الاقرار بالبنوة اقرارا بالمال وفي الدراية والنهاية وغيرهما لا يضمن المودع نصف ما ادى للابن الثاني الذي اقر له اذا دفع الوديعة بغير قضاء القاضي وبه قال الشافعي في قول واحمد وفي قول لا يضمن لان اقراره للثاني صادفه ملك الغير فلا يلزم منه شيء وقال في النهاية فان قيل كان ينبغي ان يضمن المودع للابن الثاني الذي اقر له انه ابن الميت كما لو بدأ المودع بالاقرار لغير القاضي المغرول بالوديعة ثم اقر بتسليم القاضي اليه وقد ذكر في ادب القاضي من الكتاب انه يضمن للقاضي قيمته قلنا هنا ايضا يضمن اذا دفع الوديعة الى الابن الاول بغير قضاء القاضي نصف ما ادى الى الاول انتهى وهذا هو الصواب

قال واذا اقسم الميراث بين الغرماء والورثة فانه لا يؤخذ منهم كفيل وكان من وارث وهذا شئ احتاط به بعض القضاة وهو قول وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يأخذ الكفيل والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقبل الشهود لا نعلم له وارثا غيره لهما ان القاضي ناظر للغيب والظاهر ان في التركة دينا غائبا او غريما غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة كما اذا دفع الابق واللقطة الى صاحبه او اعطى امرأة الغائب النفقة من ماله ولابي حنيفة رح ان حق الحاضر ثابت قطعا او ظاهرا فلا يؤخر لحق موهوم الى زمان التكفيل كمن اثبت الشراء ممن في يده او اثبت الدين على العبد حتى بيع في دينه لا يكفل ولان المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوجة ثابت وهو معلوم واما الابق واللقطة ففيهما بيان والاصم انه على الخلاف

واختلف في اللقطة اذا اقر الملتقط بها لرجل بل يؤمر بالدفع فيه مذكور في اللقطة وفي الجامع الصغير لو ادعى الوصاية وصدقه وديع الميت او الغاصب سنة لا يؤمر بالدفع بذا كله في الابن فلو اقر الموديع لرجل انه اخ الميت شقيقه وانه لا وارث له غيره وهو يدعيه او لمن ادعى وصيه بالف مثلا انه صادق فالقاضي يتأنى في ذلك لان استحقاق الاخ بشرط عدم الابن بخلاف الابن لانه وارث على كل حال غير انه احتمل مشاركة غيره وهو موهوم والبنت كالابن وفي الوصية هو مقر على الغير لانه اقر انه ليس بخلف من الميت واذا تأنى ان حضر وارث آخر دفع المال اليه لانه خلف عن الميت وكان القول قوله في الوصية وان لم يحضر وارث آخر اعطى كل متدع ما اقر به لكن بكفيل ثقة وان لم يجد كفيلا اعطاه المال وضمنه ان كان ثقة حتى لا يهلك امانة وان كان غير ثقة تلوم القاضي حتى يظهر انه لا وارث للميت او اكبر رائه ذلك ثم يعطيه المال ولضمنه ولم يقدر مدة التلوم بل يرمي القاضي وهذا اشبه بابي حنيفة رح وعندهما مقدر بحول هكذا حكى الخلاف في الخلاصة عن الاقضية وعن ابي يوسف مقدر بشهر هذا اذا قال ذو اليد لا وارث لغيره فان قال له وارث ولا ادري اهو ام لا لا يدفع الى احد منهم شيئا لا قبل التلوم ولا بعده حتى يقيم المدعي بينة تقول لا نعلم له وارثا غيره وكل من ورث في الحال ومن الحال كالاخ والاب والام والبنت كالابن ولو ادعى اخ الغائب انه مات وهو وارثه لا وارث له غيره او ادعى انه ابنه او ابوه او مولاه اعتقه او كانت امرأة وادعت انها عمته لميت او خالته او بنت اخيه وقال لا وارث له غيري او ادعى آخر انه زوج او زوجته للميت او ان الميت اوصى له بجميع ماله او ثلثه وصدقهما ذو اليد وقال لا ادري للميت وارث غيرهما او لا لم يكن لمدعي الوصية شئ بهذا الاقرار ويدفع القاضي الى الاب والام والاخ ومولى العتاقة او العمة او الخالة او بنت الاخ اذا انفردا ما عند الاجتماع ولا يزاحم مدعي البنوة مدعي الاخوة لكن مدعي هذه الاشياء اذا زاحمه مدعي الزوجية او الوصية بالكل او الثلث مستدلا باقرار ذي اليد فمدعي الاخوة والبنوة اولى بعد ما يستحلف الابن ما هذه زوجة الميت او موصى له هذا اذا لم تكن بينة على الزوجية والوصية فان قام اخذ بها وبل يؤخذ منه الكفيل تقدم ولو اقر ذو اليد ان الميت اقر ان هذا ابنه او ابوه او مولاه اعتقه او اوصى له بالكل او ثلثه او ان هذه زوجته فالمال للابن والمولى كما لو عاينا ذلك بخلاف النكاح والولاء والوصية لان ذا اليد اقر بسبب ينتقض قوله واذا قسم الميراث بين الغرماء او بين الورثة لا يؤخذ منهم كفيل عند ابي حنيفة رح وقال هذا شئ احتاط فيه بعض القضاة وهو ظلم كانه عنى به ابن ابي ليلى فانه كان يفعله بالكوفة وقال لا يأخذ الكفيل اي لا يدفع اليهم حتى تكفلوا والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقبل الشهود لا نعلم له وارثا غيره اما اذا

قوله ان اقام بينة بعد مدة الخ اقرار العبد يكفل بالمال اقرار لان الشئ غير ثابت ولذا كان اذن المولى شرطا لصحة اقراره قوله اي سبيل حتى سبيل الخ اي سبيل يكشف عن هذا هيهات ذلك الا ان يستدل بخطه ويصيب له كما قاله البعض

اثبت بالاقرار فيؤخذ الكفيل بالاتفاق اقول الشهود لا تعلم له وارثا غيره لا يكفل بالاتفاق ولا يتأتى القاضي سواء كان في ذلك الوارث ممن يحجب او لا يحجب ولو قالوا لا وارث غيره فذلك استحسانا ثم ما ذكر من نفس الدفع اذا لم يقل الشهود لا نعلم له وارثا آخر هو فيما اذا كان وارثا لا يحجب بغيره وتفصيل المسئلة في ادب القاضي للصدر الشهيد قال واذا حضر الرجل واوعى دارا في يد رجل انها كانت لابيه مات وتركها ميراثا له واقام على ذلك بينة ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوهم بل قالوا وتركها لورثته لا تقبل ولا يدفع اليه شيئا حتى يقيم بينة على عدد الورثة ليصير نصيب هذا الوجه معلوما او القضاء بغير المعلوم متعذر وهنا ثلثة فصول الاول هذا وهو ما اذا لم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوهم والثاني ان يشهدوا انه ابنه ووارثه لا نعلم له وارثا غيره فان القاضي يقضي بجميع التركة بالاجماع الثالث ان يشهدوا انه ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا لا نعلم له وارثا غيره فان القاضي يقوم زمانا على قدر ما يرى فان حضر وارث آخر قسم المال بينهم وان لم يحضر دفع الدار اليه ويأخذ كفيلا عندهما ولا يأخذ عند ابي حنيفة ثم انما يدفع الى الوارث الذي حضر جميع المال اذا كان ممن لا يحجب كالاب والابن فان كان يحجب لغيره كالجد والاخ والعم لا يدفع اليه وان كان ممن يحجب حجب نقصان كالزوج والزوجة يدفع اليه اقل النصيبين عند ابي يوسف وعند محمد رح ومن بقي وهو النصف للزوج والربع للزوجة وقول ابي حنيفة رح مضطرب هذا اذا اثبت الدين او الارث بالشهادة فاما اذا اثبتا بالاقرار فيؤخذ الكفيل بالاتفاق ومن صوره ما اذا اقر المودع لرجل انه ابن الميت ولم يزد عليه فالقاضي يتأنى على حسب ما يرى ولا تقدير فيه وهو اليق بقول ابي حنيفة وهو ان ينتظر زمانا يغلب على ظنه انه لو كان وارث آخر لظهر وقدره الطحاوي بعام فاذا لم يظهر وارث آخر دفع المال اليه ويأخذ كفيلا لاحتمال ان يظهر قبل آخر قيل وهذا قولهما وعند ابي حنيفة لا يأخذ وقيل عند الكل لان الثابت بالاقرار دون الثابت بالبينة لهما ان القاضي ناظر للغائب اي مأمور بالنظر لهم والظاهر ان في التركة وارثا غائبا او عندها غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة كما اذا وقع القاضي الآبق واللقطة الى الذي اثبت عنده انه صاحبه اخذ كفيلا للمعنى الذي ذكرنا وهو ان القاضي مأمور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه وكذا اذا اعطى امرأة الغائب يعني اذا كانت تستنفق اي تطلب النفقة وزوجها غائب وله في يد رجل ودليعة هو مقر بالزوجية فالودليعة فالقاضي يعطيها ما لها ويأخذ كفيلا وعند ابي حنيفة ان الحق ثابت قطعا اي فيما اذا كان الوارث الآخر معدوما او ظاهرا فيما اذا كان موجودا والقاضي لم يكلف باظهاره على وجه يوجب حق الحاضر بل هو مكلف بالعمل بما ظهر عنده فلا يؤخذ الى زمان التكفيل بحق موهوم اذ رأيت لو لم يجد كفيلا كان منع حقه هذا ظلما وصار كمن اثبت الشراء ممن في يده لا يؤخذ كفيل من المشتري بعد ما اثبت

قال واذا كانت الدار في يد رجل واقام الآخر البينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يديه ولا يستوثق منه بكفيل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان كان الذي في يديه جاحدا اخذ منه وجعل في يدي امين وان لم يجحد ترك في يده لهما ان الجاحد خائن فلا يؤمن المال في يده بخلاف المقر لانه امين ولابي حنيفة رحمه الله ان القضاء وقع للميت مقصودا واحتمال كونه مختارا للميت ثابت فلا ينقض يده كما اذا كان مقرا وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يوخذ منه بالاتفاق لانه يحتاج فيه الى الحفظ والنزع ابلغ فيه بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا المكره وصي الامام والحاجر والعم على الصغير وقيل المنقول على الخلاف ايضا وقول ابي حنيفة رحمه الله اظهر لحاجته الى الحفظ

شراء بالحجة ولا يوخذ الكفيل من رب الدين الذي اثبت دينه على العبد بالبينة حتى يبيع العبد لاجل دينه وان كان يتوهم حضور شتر آخر قبله وعزيم آخر للعبد لان المكفول له مجهول فهو كما لو كفل واحد لاثنين بخلاف النفقة لان حق الزوجية ثابتة والزوج معلوم فاما الآبق واللقطة فقد اخذ الكفيل روايتان عنه والاصح انه على الخلاف وقيل ان دفع اللقطة بعلامة او باقرار العبد يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت وانما كان لان يمنع مع العلامة واقرار العبد بالاباق لا يقال ياخذ الكفيل لنفسه ضمانة لتضمنه عن المنتقض لانه ليس بخصم ولا يقال ياخذ للميت لان حقه في تسليم ماله الى وارثه وقد اثبت وراثة فلا معنى للاشتغال باخذ الكفيل فان قيل القاضي يتلوم في هذه الصورة بالاجماع ذكره في الاسرار وكذا ذكر الصدر الشهيد والتلوم انما هو لتوهم حضور آخر وبعد التلوم ما انقطعت الشبهة فينبغي ان ياخذ الكفيل لبقاء الشبهة ويدفع الى الحاضر لقيام الحجة لان الحجة راجحة على الشبهة فاظهر ارجحانها في الدفع اليه فيجب ان يظهر قيام الشبهة في حق التكفيل عملا بالحجتين اجيب بان العمل يجب بالحجة بعد قيامها لا بالبينة وليس التكفيل كالتلوم لان التلوم لطلب علم زائد له ليتم علة بقدر الممكن فان التلوم يقوم مقام قول الشهود لو وارث لغيره فان هذا ليس بشهادة لانها على النفي بل هو خبر ليوكد التفات القاضي من غيره اما الكفالة فطلب امر زائد من المستحق فلا يجوز الا بتوجه حق عليه ولا يتوجه بالموهوم قال المصنف وقوله ظلم اي قول ابي حنيفة يكشف عن مذهبه ان المجتهد يخطي ويصيب لا كما ظنه البعض انه قائل بان كل مجتهد مصيب كقول المعتزلة جرهم الى هذا القول بوجوب الاصلح فكان صيانة المجتهدين عن الخطا وتقريرهم على الصواب واجبا وسبب نسبته هذا الى ابي حنيفة ما روي عنه انه قال ليوسف بن خالد السمتي كل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد ولو حمل على ظاهره لكان متناقضا اذ قوله والحق عند الله واحد يفيد ان ليس كل مجتهد اصاب الحق والا لكان الحق متعددا فالمراد ان معنى قوله كل مجتهد مصيب اي يصيب حكم الله بالاجتهاد فانه تعالى جعل الاجتهاد على المتامل له فاذا اجتهد فقد اصاب بسبب قيامه بالواجب وقال محمد رحمه الله لو تلا عتنا تا فرق القاضي بينهما فقد وقد اخطا بالسنة

قوله واذا كانت الدار في يد رجل واقام الآخر البينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يديه الى ان يحضر الغائب ولا يستوثق منه بكفيل وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان كان الذي هو في يده جاحدا فاقيمت عليه البينة اخذ منه النصف فوضع على يدي امين وان لم يكن جاحدا تركت في يده لهما ان الجاحد خائن فلا تؤمن خيانته بالجحد فلا تترك في يده لقرب ان يتصرف فيه اما لاعتقاد انها ملكه وان البينة كذبة او للخيانة بخلاف ما لو اقر انها بملك الميت مودع عنده فانه لم تظهر منه خيانة وقد رضيه الميت فكان اولى بحفظها ولابي حنيفة رحمه الله ان القضاء

وانما لا يوخذ الكفيل لانه انشاء الخصومة والقاضي انما نصب لقطعها لا لانشائها واذا حضر الغائب لا يحتاج الى اعادة البينة ويسلم اليه النصف بذلك القضاء لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له وعليه دينا كان او عينا لان المقضي له وعليه انما هو الميت في الحقيقة واحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائبا عن غيره ولهذا لا يستوفي الا نصيبه وصار كما اذا قامت البينة بدين الميت لانه انما ثبت استحقاق الكل على احد الورثة اذا كان الكل في يده ذكره في الجامع لانه لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده

انما يقع وللميت مقصودا لانه بعد ثبوت انه مال حر يقضي ديونه ويقسم المال وكونه مختار الميت ثابت مع جحوده فلا ينقص من كالمقر وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي بها للميت والظاهر عدم جحوده بعد ذلك لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي وموت القاضي وعزله قبل ان يصل الغائب وكذا احتراق الحضر والتلف نادر لا يوجب اختلاف الحكم لندرته فلو كانت الدعوى في منقول وانكر الباقي سجاله فقد قيل يوخذ منه النصف بالاتفاق لانه يحتاج الى الحفظ والنزع ابلغ في الحفظ من تركه في يده اذ ربما يتصرف فيه متاولا كما ذكرنا او خيانة بخلاف العقار لانها مختصة بنفسها ولهذا اي ولاجل ان المنقول يحتاج الى الحفظ دون العقار والبيع ابلغ في حفظه من تركه ملك الوصي بيع المنقول دون العقار وكذا حكم وصي الام والاخ والعم على الصغير يملك بيع المنقول على الكبير الغائب مع ان هؤلاء ليس لهم ولاية في المال وقيل المنقول على الخلاف ايضا عنده يترك في يد الذي جحد وعندهما يوخذ

منه وقول ابي حنيفة في هذا ظهر فيه قولهما الحاجة المنقول للحفظ والحفظ في الترك في يده اتم لانه يصير محفوظا صورة ومعنى لانه بانكاره لو هلك يجب عليه الضمان ولو اخذ منه وضع على يدامين لا يضمنه لو هلك لانه غير مضمون عليه وانما لا يوخذ الكفيل على قول ابي حنيفة رح التي هي في يده اذا بقيت في يده لانه ان شاء خصومة والقاضي انما نصب لقطعها وهذا لانه ربما لا يجد كفيلا او لا يسمح باعطائه والاخ الحاضر نائبا لبينة فتقرر الخصومة ثم اذا حضر الغائب لا يحتاج الى اعادة البينة ويسلم النصف اليه بذلك القضاء الكائن في غيبته لان احد الورثة ينتصب خصما عن بقية الورثة فيما لهم وعليهم دينا كان او عينا فقد قامت على خصم حاضر بالنسبة الى كل الورثة وهذا معنى قوله لان المقضي له وعليه انما هو الميت في الحقيقة على ما ذكرنا من ان كل واحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائبا عن غيره فلهذا لا يستوفي الا نصيبه بخلاف ما اذا قامت البينة بدين للميت فانه يقضي بالكل ولا ياخذ الا نصيبه نفسه وقوله الا انه انما يثبت استحقاق الكل على احد الورثة لانه ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له وعليه ويلزم القضاء على جميع الورثة اذا كانت التركة كلها في يده اي في يد الحاضر حتى لو كان البعض في يده ينفذ بقدره لانه لا خصومة بدون اليد ذكره في الجامع الكبير قال في شهادات في المواريث ولو مات وترك دارا وثلثة بنين او ابنان غائبان والدار في يد الحاضر فادعى رجل الدار على الحاضر فقضى عليه القصة وقال مات والدنا واحد اخواي فلان وفلان قبضا نصيبهما او دعاني وغابا وقال المدعى كانت داري في يد ابيكما فاعلم ان الغائبين قبضا ثلثا ما شائعا او دعاها عندك وانا اقيم البينة انها داري تقبل وذو اليد خصم لان احد الورثة ينتصب خصما عن الميت فيما يدعى عليه فان حضر الغائبان وصدقا في الارث وجحدا حق المدعي فالقضاء ماض وان كذباه وقالا لم نرثها من ابينا بل ثلثا ها لنا لا بالارث يقال للمدعي اعد بينتك عليهما في ثلثي الدار لان ذلك على غير خصم لان اقرار الحاضر لا يعمل في حقه لا في حق الغائبين قال الفقيه قال مشائخنا هذا اذا لم تكن الدار مقسومة فاما اذا اقتسموها او دفع ابنان نصيبهما الى الحاضر وغابا لا تقبل بينة المدعي في نصيبهما على الحاضر والحق هذا بسائر اموالهما

ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكوة وان اوصى بثلث ماله فهو على ثلث كل شئ والقياس ان يلزمه التصدق بالكل وبه قال زفر رح لعموم اسم المال كما في الوصية وجه الاستحسان ان ايجاب العبد يعتبر بايجاب الله تعالى فينصرف ايجابه الى ما اوجب الشارع فيه الصدقة من المال اما الوصية فاخت الميراث لانها خلافة كنى فلا يختص بمال دون مال ولان التزام الصدقة من ثمن ماله دهد مال الزكوة اما الوصية فتقع في حال الاستغناء فينصرف الى الكل وتدخل فيه الارض العشرية عند ابي يوسف رح لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة في العشرية راجحة عنده وعند محمد رح لا تدخل لان سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده ولا يدخل ارض الخراج بالاجماع لانه يتمحض مؤنة ولو قال هي الملك صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال لانه اعم من لفظ المال والمقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال لا مختص بلفظ الملك ثم بقي على العموم والتعميم انما سواء لان الملتزم باللفظين القاصد عن الحاجة على ما مر ثم اذا لم يكن له الا مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قوته ثم اذا اصاب شيئا تصدق بما امسك لان حاجته هذه مقدمة ولم يقدر بشئ لاختلاف في احوال الناس فيه وقيل المحترف يمسك قوته اليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصوله الى المال وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله

ان الحاضر خصما فيما بخلاف ما قبل القسمة لانه بقي على حكم ملك الميت على ما عرف ولو كان ثلثا الدار في يد رجل مقسوم او غير مقسوم او وديعة عنده والثلثان وهو مقر بانها وديعة لها ميراث من ابيهما لم يكن خصما للمدعي وكذلك الابن الحاضر لا يكون خصما في ذلك لان الوارث انما يكون خصما للمدعي على الميت في عين هي في يد غيره لا في يد غيره فقال لا ستر وشئ فالحاصل ان احد الورثة ينتصب خصما عن الميت في عين هو في يد لا في عين ليس في يد حتى ان من ادعى عينا من التركة واحضر وارثا ليس في يد ذلك العين لا يسمع دعواه وفي دعوى الدين ينتصب خصما عن الميت وان لم يكن في يد شئ من التركة قوله ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكوة فيلزمه التصدق بجميع ما يملكه من النقدين والسوائم واموال التجارة ويمسك قوته فاذا اصاب شيئا تصدق بقدر ما امسك واذا وجب التصدق لكله فلا فرق بين ان يبلغ ما عنده نصابا او لا لان المعتبر جنس ما فيه الزكوة دون قدره ولذا قالوا لو نذر ان يتصدق بما عليه دين يحيط بكل ماله لزمه ان يتصدق به فان قضى به دينا لزمه ان يتصدق بما يكتسبه بعد الى ان يوفي ولو اوصى بثلث ماله فهو على كل ماله والقياس ان يلزمه التصدق بالكل وبه قال زفر رح لعموم اسم المال كما في الوصية وجه الاستحسان ان ايجاب العبد يعتبر بايجاب الله تعالى فينصرف ايجابه الى ما اوجب الشارع فيه الصدقة من المال اما الوصية فاخت الميراث لانها خلافة كنى فلا يختص بمال دون مال ولان التزام الصدقة من ثمن ماله دهد مال الزكوة اما الوصية فتقع في حال الاستغناء فينصرف الى الكل وتدخل فيه الارض العشرية عند ابي يوسف رح لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة في العشرية راجحة عنده وعند محمد رح لا تدخل لان سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده ولا يدخل ارض الخراج بالاجماع لانه يتمحض مؤنة ولو قال هي الملك صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال لانه اعم من لفظ المال والمقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال لا مختص بلفظ الملك ثم بقي على العموم والتعميم انما سواء لان الملتزم باللفظين القاصد عن الحاجة على ما مر ثم اذا لم يكن له الا مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قوته ثم اذا اصاب شيئا تصدق بما امسك لان حاجته هذه مقدمة ولم يقدر بشئ لاختلاف في احوال الناس فيه وقيل المحترف يمسك قوته اليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصوله الى المال وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله

زوائد عين الهداية
المصحح
هذا

قال ومن اوصى اليه ايصاء بالوصاية حتى باع شيئا من التركة فهو وصي والبيع جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم وعن ابي يوسف رحمه الله لا يجوز في القسم الاول ايضا لان الوصاية انابة بعد الموت فتعتبر بالانابة قبله وهي الوكالة وجه الفرق على الظاهر ان الوصاية تخلفه لانا فرضنا الكلام في زمان يبطل الانابة فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث اذ الوكالة نيابة لقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم وهذا لانه لا توقف على العلم لا يفوت النظر لقدرة الموكل وفي الاول يفوت بعجز الموصى ومن اعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه لانه اثبات حق لا الزام قال ولا يكون الرجل وصيا عن الوكالة حتى يشهد عليه شاهدان او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة وقالا هو وما سواه من العاملات يجوز فيها كتابة والرسالة بشرط ان يكون شاهدان عدلين وعن ابي حنيفة رحمه الله يشترط احد طرفي العدد او العدالة التي تلي الاول بخلاف رسول الموكل لان عبارته كعبارة المرسل لاتحاد الارسال

بسخصه وبيان الخاص من ارسال لفظ عام بالخروج عن كل ماله مع قيام حاجته المستمرة لنفسه وعياله عدم كونه على وجه يدخل الضرر عليه وعليهم فكان خاصا في ارادة الخصوص ومما ذكرنا ومن لزوم المعصية بتقدير اعتبار عمومه وهو ايضا من ابداء الخصوص وبهذا من انه اذا ترك الحقيقة بدلالة وبل تدخل الارض العشرية فيجب التصدق بها عند ابي يوسف نعم لان جهة الصدقة غالبة في العشر وروى ذلك عن ابي حنيفة وعند محمد لا لان جهة المؤنة غالبة عنده ولا تدخل الخراجية اتفاقا لتمحض الخراج مؤنة ولذا اوجب في ارض الصبي والوقت ولو كان قال ما املك صدقة فليس بشيء الكل حكاه ابو يوسف في الامالي عن ابي حنيفة وعن نفسه واليه ذهب محمد بن ابرهيم الميداني لان في الفرع لان المفيد في الشرع المذكور بلفظ المال قال المصنف الصحيح انهما سواء لان الملتزم بالقطين ان الفاضل عن الحاجة وهذا يؤديك بقصدهم الى التخصيص بذلك المعنى بتعليل تامل وكان مقتضى ما ذكرنا في القطين ان يثبت مثله في قوله لله علي ان اهدي جميع مالي او جميع ملكي لان الظاهر وسيذكر انه يجب الكل بخلاف ما لو حلف به فقال ان فعلت كذا فلله علي ان اهدي جميع مالي يدخل فيه جميع ما يملك وقت اليمين ووقت النذر فيجب الهدي ذلك كله الا قدر مؤنته فان استغاث اجتهادي بمثله انتهى نعم الامساك في فصل اليمين بحيث يجب الكل بلا اشكال لان عقد اليمين لمنع النفس عن المذكور بالتزام ما يكون على تقديره فلم يفتح باب الارادة العموم الا ان هذا جعل المخصص المغني الذي عينه المصنف واما على جعله لزوم المعصية فيجب ان يخص ايضا فكان تعويلهم ليس عليه وقوله على ما مر يريد به وجه الاستحسان هذا ثم اذا لم يكن له مال الا ما دخل تحت الايجاب يعني مال الزكوة فليمسك منه قوته يتصدق بما سواه واذا استفاد شيئا تصدق بقدر ما امسك ولم يقدر محمد مقدارا في اصل المبسوط لاختلاف احوال الناس من قلة العيال وكثرتهم والرخاء والغلاء فيختلف الاعتبار وقيل المحترف يمسك ليوم لانه يكتسب يوما فيوما وصاحب الغلة وهو من له حوانيت او دور يجبر ما يمسك شهرا لان به تنتشر وصاحب الضيعة سنة لان غلتها كذلك واما في عرف ديارنا فبعضهم كذلك وبعضهم يوجر معاملة على ثلثة اقسام كل اربعة اشهر قسط فينبغي ان يمسك الى تمام اربعة اشهر وعلى هذا فصاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله قوله ومن اوصى اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئا من التركة فالبيع جائز وهو وصي بخلاف الوكيل اذا باع ثم علم بالوكالة لا ينفذ لانه لا يصير وكيلا حتى يعلم وعن ابي يوسف لا يجوز في الوصية ايضا لان الوصية انابة اي استنابة والمعروف من اللغة في الانابة انما هو معنى الرجوع والاقلاع منه اناب الى الله واستدل في النهاية انها بمعنى الاستنابة باستعمال الزمخشري لها كذلك في تفسير سورة الروم والزمخشري نفسه ينقل كذلك فينزل علم المتكلم بمنزلة روايته فربما يستشهد بيت لابي تمام وابي الطيب ووجه الفرق على ظاهر الرواية بين الوصية والتوكيل ان الوصية خلافة في التصرف عن الميت كالوراثة لاضافتها الى ما بعد الموت فيتصرف كتصرف الوارث ولذا لو باع شيئا ثم ظهر موت المورث ظهر نفاذه حين صدور الوصاية باستخلاف مضافة الى ما بعد الموت فلا يتوقف على العلم كالوراثة ايضا وهو زمان بطلان الامانة فلا يتوقف على العلم كالوراثة لقيام ولاية المنوب عنه ولهذا ينعزل الوكيل بالموت بخلاف الميت فيتوقف على العلم وبهذا لانه اذا اوقفناه على العلم لا يفوت النظر لقيام ولاية الموكل وقدرته وفي الاول به ما يفوت بعجز الموصى بالموت وبهذا

وعلى هذا الخلاف اذا اخبر المولى بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر الينا

اذا ثبتت الوكالة قصدا اما اذا ثبتت ضمن الامر بالفعل ففيه روايتان وذلك مثل ان يقول لعبده اذهب الى فلان فبعه او لامرأته اذهبي الى فلان ليطلقك او اذهب لعبدي الى فلان فيبيعه منك فذهب واخبره ففعل ذكر محمد في كتاب الوكالة انه جائز وذكر في الزيادات انه لا يجوز فكان فيه روايتان في احداهما لا يتوقف على العلم وفي اخرى لا بد من العلم وذكر في المأذون ما يوافق الاول وهو انه اذا قال للناس بايعوا عبدي فاني اذنت له في التجارة فبايعوه جازمع انه لا علم للعبد بالاذن واذا توقفت الوكالة على العلم فلنذكر بما ذا يحصل العلم المثبت للوكالة فقال كل من اعلمه بالوكالة جاز به تصرفه بشرط كونه مميزا رجلا كان او امرأة فاسقا كان او عدلا مسلما كان او ذميا وقال الشافعي واحمد لا تثبت الوكالة بخبر الواحد اصلا لانها تتضمن عقدا كغيره من العقود ولانه تسليط على مال الغير قلنا انه اثبات حق هو حق ان يتصرف لا الزام امر فانه مختار في القبول وعدمه وكان كقبول الهدية ممن ذكر انها على يديه او هو محل الاجماع والنص فقد كان صلى الله عليه وسلم يقبلها من العبد والتقي ويشتري من الكافر واما العزل عن الوكالة فعندهما هو والاخبار بها سواء وعند ابي حنيفة رحمه الله لا تثبت حتى يشهد عنده شاهد عدل او شاهدان اي يخبران لان لفظة الشهادة ليست بشرط عدلا اولم يعدلا وجه قولها انه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية ولابي حنيفة ره الا انه خبر ملزم اي من كل وجه فانه يمنع الوكيل بالتصرف من كل وجه وما كان ملزما من وجه دون وجه بناء على حجر اصطلاح ان يراد بالملزوم من كل وجه ما كان الزاما على خصم منكر بشرط لفظ الشهادة وحكم الحاكم ولما لم يكن هذا الزاما كذلك كان الزاما فيه قصور ووجوب التوقف لو توقف بناء على الالزام من وجه ثم يكفي لاشتراط العدد او العدالة كونه ملزما من وجه بالمعنى الذي ذكرنا بخلاف الاعلام بالوكالة فانه اذا لم يكن فيه الزام اصلا لم يلزم احد شطري الشهادة بخلاف رسول الموكل لان عبارته بعبارة المرسل للحاجة الى الارسال فلم يلزم فيه احد شطري الشهادة ايضا لانه صار كانه جاء بذلك وشافهه بذلك وجه اعلى ان المخبر بالعزل لو كان فاسقا وصدقه ينعزل قوله وعلى هذا بخلاف ما اذا اخبر المولى بجناية عبده الخ هذه ستة مسائل ذكر محمد منها اربعة في الاصل واثنتان في النوادر والسادسة قاسها مشايخنا على هذه اما الثلاثة فاحدها عزل الوكيل والثانية العبد المأذون اذا اخبره واحد بالحجر ان كان رسولا بتجر فاسقا كان او عدلا او ان كان فضوليا يشترط احد شطري الشهادة فيتحجر صدقة العبد او كذبه وان كان فاسقا ان صدقه الحجر والا فلا مسئلة على الخلاف والثالثة العبد اذا جنى جناية ولم يعلم به المولى حتى اعتقه او باعه يلزمه الاقل من قيمته ومن الدية فان اخبره واحد بالجناية فكذلك ان كان فاسقا ان صدقه ثم باع او اعتق يصير مختارا للدية وان كذبه فهو على الخلاف عند ابي حنيفة لا يكون مختارا للدية وعندهما يصير مختارا لها واما اللتان في النوادر فاحداهما الحربي اذا اسلم

ان يكون

قال واذا باع القاضي او امينه عبد اليتيم او اخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن كان امين القاضي قائما مقام القاضي والقاضي قائم مقام الامام وكل واحد منهم لا يلحقه ضمان كيلا يمتنع الناس عن قبول هذه الامانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري على الغرماء لان البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد كما اذا كان العاقد محجورا عليه وهذا اذا باع بطلبهم وان امر القاضي الوصي ببيعه للغرماء فاستحق او مات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصي لانه عاقد نيابة عن الميت وان كان باقامة القاضي عنه فصار كما اذا باعه بنفسه قال ويرجع الوصي على الغرماء لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه قالوا ويجوز ان يقال يرجع بالمائة التي غرمها ايضا لانه لحقه في امر الميت والوارث انما يليه بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملا له فصل واذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل وعن محمد رحمه الله رجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله حتى تعاين الحجة لان قوله يحتمل الغلط والخطأ والتدارك غير ممكن وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه واستحسن المشائخ هذه الرواية لفساد حال اكثر القضاة في زماننا الا في كتاب القاضي للحاجة اليه ووجه ظاهر الرواية انه اخبر عن امر يملك انشاءه فيقبل لخلوه عن التهمة وكان طاعة اولى الامر واجبة وفي تقدير بقه طاعة وقال الامام او منصور رحمه الله ان كان عدلا عالما يقبل قوله لانعدام تهمة الخطأ والخيانة وان كان عدلا جاهلا يستفسر فان احسن التفسير وجب تصديقه والا فلا وان كان جاهلا فاسقا او عالما فاسقا لا يقبل الا ان يعاين بسبب الحكم لتهمة الخطأ والخيانة

في دار الحرب فاخبره انسان بما عليه من الفرائض ان كان المخبر عدلا او اخبره اثنان لزمته حتى لو ترك شيئا منها يلزمه قضاؤه اجماعا وان كان فاسقا فان صدقه فكذلك او كذبه فعلى الخلاف قال شمس الائمة السرخسي لا صح عندي انه يلزمه القضاء هنا اتفاقا قالا ان المخبر له رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه نظر وذكرناه في كتابنا المسمى بتحرير الاصول والثانية الشفيع اذا اخبر بالشراء فسكت فعلى ما قلنا ان اخبره فاسق فصدقه ثبت الشراء في حقه وان كذبه فهي على الخلاف فاذا اسكت لا تبطل شفعته عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تبطل والسادسة البكر اذا زوجت بلا استيذان فاخبرت فسكتت فهي على ما ذكرناه من الوجوه قوله واذا باع القاضي او امينه عبد اليتيم اي لاجلهم ليعرفي ديونهم التي على الميت واخذ المال اي الثمن فضاع عنده ثم استحق العبد او مات قبل قبض المشتري لم يضمن القاضي ولا امينه للمشتري شيئا لان امين القاضي بمنزلة القاضي والقاضي كالامام وكل من هؤلاء لا يلحقه ضمان كيلا يمتنع الناس عن قبول هذه الامانة واذا لم يرجع المشتري على البائع من هؤلاء يرجع بالثمن على الغرماء او الغريم لان البيع واقع لهم والتصرف لاجلهم فترجع العهدة عليهم وصار كما اذا كان العاقد محجورا عليه عبدا او صبيا بعقل البيع وكله رجل بقبض ماله جاز العقد بمباشرتهما ولا تتعلق الحقوق بهما بل بموكلهما لان التزام العهدة لا تصح منهما لقصور الاهلية في الصبي وحق السيد في العبد والاصل انه اذا تعذر تعلق الحقوق بالعاقد تعلق بأقرب الناس الى العقد واقرب الناس في مسئلتنا من ينتفع بهذا العقد وهو الغريم الا يرى ان القاضي لو امر الوصي او امينه بالبيع حتى يطالب الغريم فكذا يرجع المشتري بالثمن عليه عند الاستحقاق لانه عاقد نيابة عن الميت وان كان باقامة القاضي اياه عنه ولو كان البائع الوصي يرجع المشتري عليه بالثمن ثم الوصي يرجع به على الغريم وكذا لو باع الوصي العبد للنفقة الوارث فان المشتري يرجع على الوصي الوصي يرجع على الوارث بما قلنا ان البيع لاجله وهو الذي ينتفع به فلو كان الوارث صغيرا نصب القاضي عنه من يقضي دينه فلو ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه بلا شك وهل يرجع بما ضمن للمشتري قال المصنف رح قالوا ويجوز ان يقال يرجع بالمائة التي غرمها ايضا يريد بالمائة ما ضمن للمشتري فرضها مائة لانه لحقه ذلك في امر الميت فينبغي ان يكون هذا بالاتفاق اعني جواز ان يقال واما الواقع من القول بالرجوع بما ضمن فقيه خلاف قيل نعم وقال شمس الائمة السرخسي لا يأخذ في الصحيح من الجواب لان الغريم انما ضمن من حيث ان العقد وقع له فلم يكن له ان يرجع على غيره وفي الكافي الاصح الرجوع لانه قضى ذلك وهو مضطر فيه فقد اختلف في التصحيح كما سمعت

فصل آخر لما كانت مسائل هذا الفصل ترجع الى اصل واحد وهو ان قول القاضي بانفراده هل تقبل مولى ومعزولا

قوله واذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل بمجرد اخباره هذا وعن محمد انه رجع عن هذا وقال لا يأخذ بقوله حتى يعاين الحجة التي عنها حكم فيه بذلك قال الفقيه ابو الليث روى عن محمد بن سماعة عن محمد بن الحسن انه قال لا يسعه ذلك ما لم تكن الشهادة بحضرته وزاد جماعة على هذا وقالوا

قال واذا عزل القاضي فقال لرجل اخذت منك القاود دفعتها الى فلان فقد قضيت بها عليك فقال الرجل اخذتها ظلما فالقول قول القاضي ولكن لك لو قال قضيت بقطع يدك في حق فلان فاخذ الذي قطعت يده والذي اخذ منه المال مقرين انه فعل ذلك وهو قاض ووجهه انهما لما اتفقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا ولا يمين عليه لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي ولو اقر القاطع او الاخذ بما اقر به القاضي لا يضمن ايضا لانه فعله في حال القضاء ودعوى القاضي عليه مجبرا كما اذا كان معاينا ولو زعم المقطوع يده او الماخوذ ماله انه فعل ذلك قبل التقليد او بعد العزل فالقول للقاضي ايضا وهو ظاهر لانه اسند فعله الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت او اعتقت وانا مجنون او مجنون منه كان معهودا

او يشهد مع القاضي شاهد عدل على ذلك وبهذا يفيد ان القاضي يشهد وليس سماعه الا ان يشهد القاضي والعدل على شهادة الذين شهدوا بسبب الحد لا على حكم القاضي والا كان القاضي شاهدا على حكم نفسه وليس هنا من يشهد ان عنده الا المأمور باقامة الحد وبهذا بيقين في الجملة اعني ان يشهد القاضي عند اجلاد بانه شهد على فلان وفلان ويؤدي الآخر عنده ولهذا اقتصر محمد على معاينة حضور الشهادة من المأمور وهذا لان الغلط والخطاء في الحكم محتمل لان القطع بنفيهما ليس الا للانبياء عليهم السلام وعلى هذا لا يقبل كتاب القاضي الى القاضي للاعتماد وفيه على خبر القاضي الكاتب بمفرده او استحسن المشايخ بهذه الرواية في هذا الزمان لفساد حال اكثر القضاة الا في كتاب القاضي الى القاضي لان فيه تزييف احياء الحقوق ولما كان عدم الاعتماد معللا بالفساد والغلط اقتضى الحال التفصيل في التوقف لا الاطلاقه فقال الامام ابو منصور رحمه ان كان القاضي عادلا عالما لا يقبل قوله لانتفاء التهمة في الدين بالعدالة والخطا في الحكم بالعلم وان كان عدلا جاهلا استفسر فان احسن في بيان سبب حكمه وشروطه وجب تصديقه للعدالة وترك المصنف قسمين آخرين وهو ما انه ان كان فاسقا عالما او جاهلا فان اعتقد مانع من الركون لاخباره بالاستفسار وحكمه لقصد المخالفة فلا يؤخذ بقوله ولا بتفسيره ووجه الظاهر انه اخبر عن امر يملك انشاءه في الحال فيقبل بخلوه عن التهمة لان التهمة انما تحقق في اخبار بامر لا يمكن انشاؤه في الحال فيحتمل عدم المطابقة اما اذا كان ذلك مما يقدر على انشائه في الحال فيجعل كانه انشأه في الحال بمعاينة الحاضرين ولا يخفى ان الذي يملك انشاءه ليس الا الحكم وهو لا يفيد فان الاحتمال المانع قائم اذ عاين الحكم ان لم يعاين الشهادة والشروط ولهذا ما قال محمد الا سيعة ذلك ما لم تكن الشهادة بحضرته ولم يقل الحكم فلا يفيد هذا الوجه شيئا ولما زاد من زاد على ما ذكر محمد قولهم لو يشهد مع القاضي عدل على ذلك فانه جاز ان يزيد واحدا آخر وهو ان العادة ان ينصب في كل بلدة قاض واحد ولو لم يكن خبر القاضي بانفراده حجة في الالزام لتعذر في كل بلدة قاضيان ثم انت سمعت ما قدمناه في ذلك من زيادة وعلمت ان الاحتمال المذكور لا يزول الا بالعلم بالقضاء وهذا لا يتحقق عند المأمور الا ان يحضر وقوع السبب او يشهد عنده عدلان انه شهد عند القاضي الآمر فلان وفلان على الوجه الفلاني ويشهدوا توفر الشروط وهذا لا يتوقف على تكثير القضاء بل على وجود الشهود قضاة كانوا او لا فلا يلزم لذلك تكثيرهم فالملازمة بين عدم قبول خبره بانفراده وتكثير القضاة ممنوعة **قوله** واذا عزل القاضي فقال لرجل الخ صورتها عزل القاضي فادعى عليه رجل انه اخذ منه الف بغير حق او قطع يده بغير حق فقال قضيت بها عليك لفلان الذي دفعتها اليه وقضيت بقطعك في حق فالقول قول القاضي ولم يحك في هذا جريان تلك الرواية عن محمد لان هذا في امر فات فلا بد ان يكون القول للقاضي والا امتنع الناس من قبول القضاء اذا كان يتوجه عليه بعد العزل خصومات في النفس والمال لا تحصر فلا بد من كون القول له في هذا بخلاف ما قبله لان القتل والقطع بعد لم يقع فجاز ان يعمل ذلك الاحتمال ويفيد نعم لكون القول له على الاتفاق مقيدا بما اذا كان المدعي مقرا بانه فعل ذلك وهو قاض لانهما اتفقا على ذلك صار كان هذه الدعوى جرت وهو قاض والقول قوله في ذلك لما قلنا ولان الظاهر انه لا يقضي بالجور ثم لا يمين على المعزول لانه ثبت فعله في حال قضائه بالتصادق ولو ادعى عليه في حال قضائه ذلك لا يمين عليه فكذا بعده ولو اقر القاطع المأمور والاخذ للمال بامر القاضي بما اقر به القاضي وهو ان القطع منه والاخذ كان بقضاء الاخذ وامره بالدفع لا يضمن ايضا كالقاضي لانه اقر انه فعله في حال قضائه وهو كما لو كان دفع القاضي المال الى الاخذ منا

وسواء قطع او لا لان في هذا الفصل بما اقر به القاضي يضمان لانهما اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لانه في الحال سبب الضمان على غير وجه يعارض الاول لانه ثبت فعله في حال قضائه بالتصادق فضائه بالتصادق ولو كان المال في يد الآخذ قائما وقد اقر به القاضي والمأخوذ منه يدعي ان القاضي قطع في قضائه او ادعى انه فعل في غير قضائه بوجه لا يضمنه اقر ان اليد كانت له فلا تسمع في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول فيه ليس بحجة

المأخوذ منه في حال قضائه ويصير القطع باقرار المقطوع انه قطع في حال قضائه كالمعاين للحاكم الذي رفع اليه المقطوع واقعة فاما قول مدعي المقطوع والمأخوذ منه انه فعله قبل التقليد او بعده القاضي يقبل بل فعلته في حال قضائي فغيه خلاف والصحيح ان القول ايضا للقاضي لانه اي القاضي اضافه الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا اتفقا على الطلاق والعتاق وقالت المرأة والعبد كان ذلك في حال صحة عقلك قال بل وانا مجنون وكان جنونه معهودا فان القول له وكما لو قال اقررت لك وانا ذاهب العقل سن برسام وهو معلوم انه كان به واحترز بقوله معهودا الصحيح عما قال شمس الائمة في شرحه للجامع الصغير ان القول للمدعي لان هذا الفعل حادث فيضاف الى اقرب الاوقات وبذا يخرج ما اذا ادعى الدعوى بعد العزل خاصة وكذا فرضه شمس الائمة فانه قال فاما اذا زعم اي المدعي انه فعل ذلك بعد العزل فالقول قوله لان هذا الفعل حادث الخ قال وسن ادعى فيه تاريخا سابقا لا يصدق الا ببينة فالتصحيح خلافه اذا كانت دعواه انه فعله بعد العزل لكنه ذكر في تعليل ما يفهم كون القول للقاضي فانه قال لان الاصل ان المنازعة متى وقعت في الحالة المنافية يحكم الحال كمسئلة الطاحونة وفي الحال فعله موجب للضمان عليه وبهذا الاسناد يسقط بخلاف الاول حيث تصادقا انه فعله وما قال في آخر كلامه لكن المذكور في عامة نسخ شروح الجوامع الصغير ان القول للقاضي وبه افتى فخر الاسلام والصدر الشهيد لانه اسناد الى الحالة المعهودة المنافية للضمان فالقول قوله كما لو قال الوكيل بالبيع بعد العزل بعت وسلمت قبل العزل وقال الموكل بعده فالقول للوكيل ان كان المبيع مستهلكا وان كان قائما بعينه لم يصدق لانه اخبر عن امر لا يملك انشاءه فيصير مدعيا وكذا لو قال العبد بعد العتق لرجل قطعت يدك خطأ وانا عبد وقال المقر له بل وانت حر فالقول للعبد ولا ضمان وكذا اذا قال اخذت مني كل شهر كذا من المال بعد العتق فقال السيد قبله فالقول للسيد ان كانت الغلة هالكة وان كانت قائمة فالقول للعبد ويأخذه من الموكل لانه اقر بالاخذ ثم بالاضافة يريد التمليك عليه فكان مدعيا وكذا الموصى له اذا ادعى بعد بلوغ اليتيم انه انفق عليه كذا وهو في يد اليتيم او استهلكه فالقول قول الوصي وكره المجبوبي وتبعه كل من ذكره في باب جناية المملوك فيمن اعتق جارية ثم قال لم اطأها متى قالت بل وطئني انا حرة فالقول لها وكذا كل ما اخذ ذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله في الحالة المعهودة المنافية لو قالت اقررتما بسبب الضمان وهو القطع ثم ادعى ما يبرؤه فلا يسمع فهنا ايضا اقر بسبب الضمان ثم اقر له بشيء ثم ادعى ما يبرؤه بذا بالعقل وكذا القصاص اعني اقر بعد العزل بالاخذ ثم ادعى ما يبرؤه بالاسناد وكذا الوصي اجيب بالفرق ان الموصى له اقر باخذ المال الغير ادعى جهة التمليك لنفسه فيصدق بلا اقرار لاجهة التملك كما لو قال اخذت منك المفاتيح التي عليك او ابتة التي بيتها وانكر ان آخر كان القول للآخر وكذا لو قال لا كلمتك ما كلمتك وقال انت في فالقول له فصار الحاصل ان القاضي والوكيل والوصي لانهم ادعوا جهة التمليك لانفسهم وكذا في دعوى الطلاق والعتاق ادعوا التملك لغيرهم وكان القول قولهم في انشاء التصرف الى الحالة المنافية تحقيقا لو اقرا بالقطع والاخذ بهذا الفصل وقبول زعم المأخوذ منه المقطوع ان القاضي فعل ذلك قبل التقليد او بعد العزل فاقرار الحاكم والقاضي في فعله وكلام القاضي في قضائه والمأخوذ منه المقطوع يد يقبل بل قبله وبعده يضمان ولا يضمن القاضي لانهما اقرا بسبب الضمان وهو مباشرتهما الاخذ والقطع وقبول قول القاضي في ذلك لدفع الضمان عن نفسه بسبب يخصه وهو كيلا يمتنع الناس عن قبوله فيضيع الحقوق وهي مفسدة عظيمة فلا يوجب بطلانه عن غيره لعدم الاشتراك في ذلك السبب وقوله ولو كان المال في يده الاخذ قائما وبذا قيد فيما يلزم جواب المسئلة المذكورة في الصور من حسب الظاهر فانه لازم كون القول للقاضي وللقاطع والاخذ في صورة التصادق على ان الفعل كان في حالة القضاء لا يرجع بالمال المأخوذ منه مطلقا لانه قد حكم بنفاذ قوله فافاد ان ذلك اعني عدم الرجوع فيما اذا كان المأخوذ هالكا اما اذا كان

كتاب الشهادات

قال الشهادة فرض يلزم من علم بها اذا طلبه المدعي لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه انما يشترط طلب المدعي لانها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق

فانما يؤخذ من القابض سواء صدق المتلف فيما أخذه في حال قضائه او كذبه وقال بل قبل التقليد او بعد العزل علله محمد في الزيادات فقال لان الشيء قائم بعينه فلا يصدق انه اخذه على وجه الحكم قالوا معناه ان القاضي لما اقر بالاخذ يصير شاهدا على الغير بالكلام الثاني واقراره بالاخذ صحيح وشهادة الملك لغيره باطلة ولان القابض انما ضمن بسبب الضمان حيث اقر ان اليد كانت للمأخوذ منه فلا تسمع دعواه بالتملك عليه الا ببينة وقول المعزول ليس ببينة عليه لانه ليس شاهدا بالمال عين بل بفعل نفسه المنافي للضمان والله اعلم

كتاب الشهادات

يتبادر ان تقديمها على القضاء اولى لان القضاء موقوف عليها اذا كان عجوات الحق بها الا انه لما كان القضاء هو المقصود من الشهادات قدمه تقدمه للمقصود على الوسيلة والشهادة لغة اخبار شائع وفي عرف اهل الشرع اخبار صدق لاثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء فخرج شهادة الزور فليست شهادة وقول القائل في مجلس القاضي اشهد جزء منه كذا لبعض العرفيات وسبب وجوبها طلب ذي الحق او خوف فوت حقه فان من عنده شهادة لا يعلم بها صاحب الحق او خاف فوت الحق يجب عليه ان يشهد بلا طلب وشرطها البلوغ والعقل والولاية فخرج الصبي والعبد والسمع والبصر للحاجة الى التمييز بين المدعي والمدعى عليه ولم يذكر الاسلام لان الدين اصل الشهادة في الجملة وركنها اللفظ الخاص الذي هو متعلق بالاخبار وحكمها وجوب الحكم على القاضي والاداء يابى جوازها لكنه ترك لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم وانظائره في الكتاب والسنة كثير وسببية الطلب تثبت لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وسببية خوف الفوت بمعنى وهو ان سببية الطلب انما تثبت كيلا يفوت الحق قوله الشهادة فرض يعني اداؤها بعد التحمل فانها تقال للتحمل كما يقال للاداء في العرف من غير ملاحظة المتكلم مسوغا للاطلاق في قصد التحمل فيكون معتبر المشترك بقطيا عند عرت اهل المتكلم واقتراض الاداء الى الجحد وجمع عليه قوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا محتمل ان يراد النهي عن الاباء عن التحمل اذا دعي اليه ويكون اسم الشهداء مجازا فيمن سيتصف بالشهادة فيكون النهي كمراهة الاباء عن التحمل كراهة تنزيه وحريها خلاف الاولى لان التحمل لما فيه من اعانة المسلم على حفظ حقه اولى ويحتمل ان يراد نهي مسمى الشهداء عن الاباء وحقيقة الشهداء من اتصف بالشهادة فيكون نهي عن الوصف بل لشهادة حقيقة عن الاباء اذا دعي ولا اتصاف قبل الدعاء الا بالتحمل فيلزم كون النهي عن اباء الاداء وهو الراجح لما فيه من المحافظة على حقيقة اللفظ فالاداء المفروض لا يكون الا عند الحاكم فقد فرض سبحانه وتعالى التحمل ان يترتب اذا دعي الى الحاكم للاداء وقال الشيخ ولا تكتموا الشهادة وهو تحريم الكتمان عن القاضي فيكون الاظهار للقاضي وهو الاداء فرضا عليهم لانه الضد الذي لا يتحقق الانتهاء عن المحرم الا به هو الكتمان الا به ثم الكتمان محرم المغاوبة نهي بقوله تعالى ومن يكتمها فانه آثم قلبه وهو تاكيد فيه تاكيد لان في اثم تعريفا فانه آثم الاثم القلب الذي هو اشرف اعضاء البدن ورئيسها تاكيد في تاكيد ولانه هو محل الكتمان فهو محل معصيتها مهما بخلاف سائر المعاصي التي تتعلق بالاعضاء الظاهرة فانها وان كانت مسبوقة بمعصية القلب وهو الهم المتصل بالفعل فليس هو محلا لاتمامها قالوا ويلزم فاذا كان مجلس القاضي عمرانا فان كان بعيدا فمن نصاب كان يمكنه الرجوع الى اهله في يومه يجب لانه لا ضرر عليه فلو كان شيخا لا يقدر على المشي فاركبه الطالب لا باس به وعن ابي سليمان فيمن اخرج الشهود الى ضيعة فاستأجر لهم جميعا فركبوا بها الا قليل شهادتهم وفيه نظر لانها العادة وهي اكرام المشهود وهو مأمور به وفصل في النوازل بين

والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والاداء لانه بين حسبتين اقامة الحد والتوقي عن المعصية والستر افضل لقوله عليه السلام للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وقال عليه السلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وفيما نقل من تلقين الذرء عن النبي عليه السلام واصحابه رضي الله عنهم دلالة ظاهرة على افضلية الستر

كون الشاهد شيخا لا يقدر على المشي ولا يجد ما يستأجر به دابة فتقبل وما ليس كذلك فلا تقبل ولو وضع المشهود طعاما فاكلوا ان كان مهينا من قبل ذلك تقبل وان صنعه لاجلهم لا تقبل وعن محمد لا تقبل فيما عن ابي يوسف تقبل فيهما وعن الاوزاعي والحارثية بالطعام من اهل المصر لان الناس من عز نزل عليه شاهدا ولا يونسه ما تقدم من ان الاداء اذا كان بلا شرط يقضي حاجته عند الامير جوز كذا قيل وفيه نظر فان الاداء فرض على اختلاف الاسباب الى الامير وعنه الفقيه ابي بكر فيمن لا يعرفه القاضي ان عدلان القاضي لا يقبله يرجو ان يسعه ان لا يشهد وفي العيون ان كان في الصك جماعة تقبل شهادتهم وسعه ان يمتنع وان لم يكن او كان لكن قبلوها مع شهادته اسرع وجيب وقال شيخ الاسلام اذا دعي فاعتذر بلا عذر ظاهر ثم اداها تقبل لتمكن التهمة فيه او يمكن ان تاخيره بعذر ويمكن انه لاستجلاب الاجرة انتهى والوجه ان يقبل ويحمل على العذر من النسيان ثم تذكر او خوف قوله والشهادة في الحدود اداء في الحدود يخير فيها بين الاداء والترك لان النهي في القرآن ان كان عاما لكن ثبت تخصيصه بالشهادة على الحدود وما فيه من الستر فمن ذلك قوله صلى الله عليه وسلم للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك كذا ذكره المعروف في الحديث ان هذا قاله صلى الله عليه وسلم لهزال ذكره مالك في الموطأ عن يحيى بن سعيد بلغه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لرجل من اسلم يقال له هزال لو سترته بردائك لكان خيرا لك مما اشار اليه رجع الضمير في قوله سترته ما يؤيده وروى ابو داود عن يزيد بن نعيم عن ابيه ان ماعز بن مالك اتى النبي صلى الله عليه وسلم فاقر عنده اربع مرات فامر برجمه وقال لهزال لو سترته بثوبك كان خيرا لك وان هزالا كان ابا بكر هو الذي اشار على ماعز ان ياتي النبي صلى الله عليه وسلم ويقر عنده ولم يكن شاهدا الا ان ماعزا رضي انما عند ما الاقرار اخرج ابو داود وعن ابن المنكدر ان هزالا امر ماعزا ان ياتي النبي صلى الله عليه وسلم فيخبره رواه الحاكم وزاد وقال شيئه قال يحيى فذكرت هذا الحديث لجعفر بن يزيد بن نعيم بن هزال فقال يزيد هذا والله حق وهذا حديث جدي قال صحيح الاسناد ورواه ابن سعد في الطبقات وفيه قال في هزال لئن كنت اصنعته لو سترته بطرف ردائك لكان خيرا لك قال يا رسول الله لم اره ان في الامر سعة ومنه قوله صلى الله عليه وسلم في رواية ابي هريرة من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة رواه البخاري ومسلم ولقين الدرء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم امتي تلقين ما يحصل به الدرء ودلالة ظاهرة على قصده على الستر والستر يحصل بالكتمان فكان كتمان الشهادة بالحدود مخصوصا من عموم تحريمه فمن ذلك استدل الطحاوي الى ابي هريرة قال اتى لسارق الى النبي صلى الله عليه وسلم فقيل يا رسول الله ان هذا سرق فقال ما اخاله سرق وروى ابو داود انه صلى الله عليه وسلم اتى بلص قد اعترف اعترافا ولم يوجد معه متاع فقال صلى الله عليه وسلم ما اخالك سرقت قال فاعاد مرتين او ثلثا فامر به فقطع الحديث وروى عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لماعز لعلك قبلت او غمزت او نظرت قال لا الحديث قدمناه في الحدود فان قلت كيف صح لك القول بتخصيص عام الكتاب بهذه وهي اخبار آحاد وايضا شرط التخصيص عندكم المقارنة ومن اين ثبت لك ذلك قلت هذه الاخبار الواردة في طلب الستر بلغت مبلغا لا يحيط بها عن مرتبة الشهرة فتعد وتسوى بها مع قبول الامة لها فصح التخصيص بها او هي مستندة الاجماع على تخصيص الشاهد في الحدود فثبوت الاجماع دليل ثبوت الخاص واما المقارنة فانما هي شرط التخصيص في نفس الامر وهذا التخصيص الذي ادعيناه هنا ليس بذاك بل هو جمع للمعارضة على ما كتبنا في التعارض في كتاب تحرير الاصول من ان الجمع بين العام والخاص اذا تعارضا بان يدل على تخصيصه به فاذا وجب الجمع حمله على ذلك تضمن الحكم سنا بانه كان مقارنا او ابنهما ليست تخصيصات اول كما انا اوجبنا في التعارض الحرم على المبيح وثبت بحثا تضمن حكمنا بان المبيح كان مقدما على التحريم فنسخ حكما ويجب ترجيح المحرم وان لم يعلم تقدمه لعلم تاريخه وكثيرا ما يترجح بعض متاخرين

لا ينبغي له ان يشهد بالمال الا اذا رأى الصك في يد المدعي منه ولا يقول اسرق مخافة على الستر الا ان يوطن نفسه لوجوب القطع والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل الحاء حقه قال والشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى لولا جاءوا عليه باربعة شهداء ولا يقبل فيها شهادة النساء لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص ولان فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما ينبني على الشبهات ومنها الشهادة بعقد الحدود والقصاص لقبل فيها شهادة رجلين او رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا او غير مال مثل النكاح والطلاق والوكالة والوصية ونحو ذلك من العقود التي يقبل فيها شهادة رجلين او رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا او غير مال مثل النكاح والطلاق والوكالة والوصية ونحو ذلك قال وما سوى ذلك من العقود التي يقبل فيها شهادة رجلين او رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا او غير مال مثل النكاح والطلاق والوكالة والوصية ونحو ذلك قال الشافعي رحمه الله لا يقبل شهادة للنساء مع الرجال الا في الاموال او فيما يؤول الى المال لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط فظهر القبول في الولاية فانها تصلح للامارة وهذا لان القبول في الحدود والقصاص لا يعتمد على الاموال ضرورة والنكاح اعظم خطرا منها قلنا الاموال ضرورية وقوعا فلا يلتحق بها ما هو اكثر وقوعا منها لان الاصل فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط والاداء اما الاول فلان يحصل العلم للشاهد بالثاني في الغالب لان يحصل العلم للقاضي وهذا يقبل اخبارها في الاخبار لتقصان الضبط بزيادة النسيان الجبر نقصه لاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا شبهة فلهذا لا تقبل فيما ينبني على الشبهات وهذا لان القبول ثبت مع الشبهات وعلم قبول الاربع على خلاف القياس كيلا يكثر خروجهن

الشارحين على كثير من المواضع المحكوم فيها بالتخصيص من اصحابنا بان القرائن غير معلومة فلا تثبت التخصيص ومرادهم في تلك الاماكن ما ذكرنا هذا كلامه اذا نظرنا الى مجرد الاطلاق قوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا فاما اذا قيدناه بما اذا دعوا للشهادة في الدين المذكور الا ترى الى قوله تعالى اذا ما يتايعتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه ثم قال ولا يأب الشهداء اي عن ذلك الدين فظاهر قوله لانه يجب ان يشهد بالمال استدراك من قوله فيجوز ان لا يجب عليه ان يشهد بالسرقة فقد يتبادر انه يشهد فيها مطلقا لاستلزام سنة الحر فقال يجب ان يشهد بالمال احياء لحق مالكه على وجه لا يجب الحد فيقول اخذ المال ولا يقول سرق فان الاخذ اعم من كونه غصبا او على وجه اخذ ماله ودعاء انه ملكه ودعاء انه المأخوذ منه وغير ذلك فلا يستلزم الشهادة بالاخذ مطلقا لثبوت الحق بها مع ان فيه مصلحة للمسروق منه لانه اذا قال سرق ثبتت السرقة وجب القطع وبه يفتى ضمان المال ان كان اتلفه قوله والشهادة على مراتب اربعة منها الشهادة في بقية الزنا والشهادة في بقية الحدود والقصاص والشهادة فيها سوى ما من المعاملات والشهادة فيما لا يطلع عليه الرجال من النساء اما على الزنا فبقيته فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وروى ابن ابي شيبة حدثنا حفص عن حجاج عن الزهري قال مضت السنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين بعده ان لا تجوز شهادة النساء في الحدود والزنا وتخصيص الخليفتين يعني ابا بكر وعمر رضي الله عنهما لانهما اللذان كان معظم تقرير الشرع وطرق الاحكام في زمانهما والجماعة ما كان من غيرهما الا الاتباع ولان النص اوجب اربعة رجال لقوله تعالى اربعة منكم فقبول امرأتين مع ثلاثة يخالف ما نص عليه من العدد والمعدود وغاية الامر المعارضة بين عموم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان فبين هذه تقدم هذه لانها مانعة وتلك مبيحة وايضا هذه تفيد زيادة قيد زيادة القيد من طرق الدرء فانه كلما اكثرت قيود اشتي قبول وجوده بالنسبة الى ما ليس فيه زيادة تقييد ولان فيها شبهة البدلية ولهذا قال لا تقبل فيها الشهادة على الشهادة وذلك لان قوله فان لم يكونا رجلين الآية ظاهره ان لا تقبل شهادتهن الا عند عدم رجال يشهدون وقد روي عن بعض العلماء ذلك فاعتبر حقيقة البدلية لكن لما لم يكن ذلك معمولا به عند اهل الاجماع نزلت الى شبهة البدلية والشبهة كالحقيقة فيما ينبني على الشبهات وسائر ما سوى حد الزنا من الحدود تقبل فيه شهادة رجلين ولا تقبل النساء لما ذكرنا وكذا القصاص وما سوى ذلك من المعاملات وكل ما سوى ذلك يقبل فيه رجلان او رجل وامرأتان سواء كان الحق مالا او لا كالنكاح والطلاق والوكالة والوصية ونحو ذلك كالعتق والرجعة والنسب وقال الشافعي لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها كالاذن والشرط الخيار والشفعة والاجارة وقتل الخطأ وكل حرج لا يوجب الا المال وكذا فسخ العقود قبل تحلم الكتابة الا النجم الاخير فيه وجهان لترتب العتق عليه لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط كقول الشافعي رحمه الله وعن احمد روايتان رواية كقولنا ورواية كقولهم تقصر الولاية عندهم انها لا تصلح للامارة وهو لا تقبل شهادة الاربع منهن لكن خرج عن الاصل شرعا في الاموال ضرورة لكثرة وقوع اسبابها فيلحق الحرج بطلب رجلين في كل حادثة وكذا الشهادة ان يوسع فيما يكثر وجوده بخلاف النكاح فانه مع كونه اعظم خطرا اقل وقوعا فلا يلحق الحرج بالاشتراط وكذا قال تعالى في الرجعة واشهدوا ذوي عدل منكم والرجعة من توابع النكاح فاكتفت بقية التوابع به كالخلع والطلاق قال المصنف لنا ان الاصل فيها القبول فاعتبرت بالمعين مع مقدمة القائلة الاصل عدم القبول ثم ثبت هذه بوجود ما ينبني عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة والخبر عن بيان المشاهدة والضبط اهلية الاداء لا اهلية الشهادة تمام هي كما قال في الاسرار ان اهليتها بالولاية والولاية مبنية على الحرية والارث والنساء في

المالكين

قوله

قال وتقبل في الولادة والبكارة شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة مسلمة عدلة حرة فيما لا يستهل صارخا عرفه فيما لا يستهل طلع الرجال النظر اليه والجامع المحل بالاقرب للام المراد به الجنس فتناول الاقل وهو ما يتخلق في اربعين يوما وشرط الاربع ولانه اقيم سقط ان يكون قد تحقق الخلق ان نظر اليه الجنس اثبت فكذا يسقط اعتبارا للعدد لان المثنى والثلث حوظ لما قلنا من معنى الالزام فتركنا في الولادة عرضا وفي الطلاق وامام حكم البكارة فان شهدت ان ربها زوجها من فلان منذ سنة وقد افترقا منذ شهرين وقد ادعت زوالها في هذه المدة لانها تدعي ما يحدث وقد كانت بكرا يوم العقد وكذا في رد المبيعة اذا استحقت بشرط البكارة فان قالت ربها زوجها من فلان منذ سنة وقد افترقا منذ شهرين فالقول قول البائع لينصرف الى الوقت الذي اقرت لقول ابن سماعة سألت محمدا عن هذه المسألة فقال عندي حيضة وفي الولادة انه يطلع عليه الرجال لان ما يطلع عليه الرجال اذا كان في حال الصغر يعسر اقامتهم على حاله عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة

بذا الرجال يعني اهلية التحمل بالمشاهدة والضبط والنساء في ذلك كالرجال ولهذا قبلت روايتهن الاحاديث الاحكام الملزومة للامة فمن هذا قد يقال واعلم ان جعل الشارع الاثنتين في مقام رجل الانتقصان الضبط ونحو ذلك بل لانظهار حظ درجتهن عن الرجال ليس بعزيز لقد نرى كثيرا من النساء يضبطن اكثر من ضبط الرجال لاجتماع خاطر من اكثر من الرجال لكثرة الواردات على خاطر الرجال وشغل بالهم بالمعاش والمعاد قلة الامرين في جنس النساء سلمنا انه لنقصان الضبط وزيادة النسيان في جنسهن وان كان بعض افرادهن اضبط من افراد الرجال لقوله تعالى ان تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى لكن ذلك لانجبار ضم الاخرى اليها فلم يبق الا الشبهة فلم تقبل فيما يدرئ بالشبهات وندره الحقوق تثبت مع الشبهات واما عدم قبول الاربع فعلى خلاف القياس وكانه كيلا يكثر خروجهن محل ولتقبل في الولادة وهو العيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة مسلمة عدلة حرة والاستحسان ما قال احمد خلافا لنا في اربعة ومالك خلافا لنا في اثنتين لانه ان كمل بامرأتين تقوم مقام رجل ولمالك ان المعتبر في الشهادة امران العدد والذكر وقد سقط اعتبار الذكورة فبقي العدد ولنا ما روى محمد بن الحسن بن ابي ليلى شهادات النساء من الاصل عن ابي يوسف عن غالب بن عبيد الله عن مجاهد عن سعيد بن المسيب وعطاء بن ابي رباح وطاوس قالوا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه وهذا مرسل يحتج العمل به وجه الاستدلال بهذا الحديث قد اقتضانا على ان اللام لما لم يمكن اعتبارها في العهد اذ لا عهد في مرتبة بخصوصها من مراتب الجمع كانت للجنس وهو يتناول القليل والكثير فتصح بواحدة والاكثر احسن فعملنا لذلك وروى عبد الرزاق انبانا ابن جريج عن ابن شهاب عن الزهري قال مضت السنة ان تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من عورات النساء وعيوبهن وهذا مرسل حجة عندنا وهو شامل باذكره المصور وراه ابن ابي شيبة وروى عبد الرزاق ايضا اخبرنا ابو بكر بن سيلة عن موسى بن عقبة عن القعقاع عن حكيم عن ابن عمر قال لا تجوز شهادة النساء وحدهن الا على ما لا يطلع عليه الا هن من عورات النساء وله مخارج اخر حتى قال المصنف ثم حكمها في الولادة شهر جناه في الكتاب الطلاق اي في باب ثبوت النسب منه وفي المبسوط لو شهد بالولادة رجل فقال فاجأتها فالتقى لم يقبل ولو قال تعمدت النظر لا تقبل وبه قال بعض اصحاب الشافعي وقال بعض مشايخنا ان قال تعمدت النظر تقبل ايضا وبه قال بعض اصحاب الشافعي رحمه الله واما حكم البكارة فان شهدت انها بكر يؤجل العنين سنة فاذا مضت فقال وصلت اليها وانكرت تري النساء فان قلن هي بكر تخير فان اختارت الفرقة فرق للحال وانما فرق لقولهن لانها قد تبدت بمؤيد وهي موافقة الاصل اذ البكارة اصل ولو لم تشاهد شهادتهن بمؤيد اعتبرت في توجه الخصومة لانفي الزام الخصم وكذا في رد المبيع اذا اشتراها بشرط البكارة فقال المشتري هي ثيب يريد بها النساء فان قلن بكر لزمت المشتري لتأيد شهادتهن بمؤيد وهو الاصل فان قلن ثيب لم تثبت حق الفسخ لان حق الفسخ قوي وشهادتهن ضعيفة ولم تتأيد بمؤيد لكن تثبت حق الخصومة فتتوجه اليمين على البائع لقد سلمتها بحكم البيع وهما بكر فان لم يكن قبضها حلف بالله لقد بعتها وهي بكر فان نكل ردت اليه وان حلف لزم المشتري واما شهادتهن على استهلال الصبي فتقبل في حق الصلوة عليه بالاتفاق واما في حق الارث فعندهما كذلك وعند ابي حنيفة لا تقبل الا شهادة رجلين او رجل وامرأتين لان الاستهلال صوت يسمع والرجال والنساء فيه سواء كان مما يطلع عليه الرجال بخلاف الولادة فانها انفصال الولد من الام فلا يطلعون عليه وهما يقولان ان صوته يقع عند الولادة وعندها لا يحضر الرجال فصار كشهادتهن على نفس الولادة ويقولهما قال الشافعي ومالك واحمد وهو ارجح

قال ولابد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة فان لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة وقال اعلم اذا تيقن لم يعمل بشهادته لما قدمنا ان العدالة ولقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء والرضى من يثبت هو العدل ولقوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم ولان العدالة مرعية المعتبد الصدق لان من يتحامى الكذب فلان يتحامى غيره اكد فلا يتحامى الى يوسف رحمه الله انه يكتفي بالعدالة لان الناس في زماننا ليسوا بأهل للشهادة الا بها وفي الناس ذامروءة يقبل شهادته لانه لا يستأجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته والاول اصح لان القاضي لو قضى بشهادة الفاسق يقع عندنا والمسئلة معروفة وانما لفظ الشهادة لان الكلام في ذلك كله شهادة الى جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لانه شهادة لما فيه من معنى الالزام حتى لا يقبل من محلس القضاء وليشترط فيه الحرية والاسلام قال ابو حنيفة هو شرط عدالة في المسلم ولا يسأل عن عدالة الشهود حتى تطعن الخصم لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ولان في مسئلة ذلك مروءة عظيمة فلو كان الظاهر هو الرجوع عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية اذ الوصول الى القطع لا في الحدود والقصاص فانه ليسأل عن الشهود لانه يحتال لاسقاطها فيشترط لها استقصاء فيها لان الشبهة فيها دارئة وان طعن الخصم فيهم يسأل عنهم في السر العلانية لانه تقابل الظاهران فيسأل طلبا للترجيح وقال ابو يوسف رحمه الله لا يسأل في السر العلانية في سائر الحقوق لان القضاء مبناه على الظاهر وفي شهادة الفساق فائدة عن العدالة وفيه مرءة فضيحة عن الطلاق وقيل اختلافهم في زمان واحد والفتوى على قول ابي حنيفة رحمه الله

قوله ولابد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة حتى لو قال الشاهد اعلم اذا تيقن لا تقبل وثالث وهو التفسير حتى لو قال اشهد على شهادته او مثل شهادته لا تقبل وكذا مثل شهادة صاحبي عند الخصاف للاحتمال اما اشتراط العدالة فلقوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم وقال تعالى ممن ترضون من الشهداء ولان العدالة هي المعينة لجهة الصدق وان الشهادة اخبار يحتمل الصدق والكذب على السواء بالنظر الى نفس المفهوم فبذلك لا يلزم كونه صدقا حتى يعمل به فان قيل المنكر ايضا قد يكون عدلا فالجواب انه يعارضه اختلاف المدعي فيتساقطان وتسلم الشهادة عن المعارض او يترجح اخبار المدعي بالشهادة وعن ابي يوسف ان الفاسق اذا كان وجيها في الناس كأشراف السلطان والمكسة وغيرهم تقبل شهادته لانه لا يستأجر بشهادة الزور لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته والاول اصح لان هذا التعليل في مقابلة النص فلا يقبل الا ان القاضي ان قضى بشهادة الفاسق ينفذ عندنا ويكون القاضي عاصيا واما اشتراط لفظة الشهادة فلان المنصوص عليه قد اقترن باشتراطها اذ الامر فيها اي في المنصوص بهذه اللفظة قال تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم وأشهدوا اذا تبايعتم واستشهدوا شهيدين من رجالكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم واقيموا الشهادة لله وقال عليه السلام اذا رأيت مثل الشمس فاشهد والا فدع فحاصل هذا ان المنصوص وردت بلفظة الشهادة فان قيل غايتها وردت بلفظ الشهادة وذلك لا يوجب على الشاهد لفظ الشهادة كما قال تعالى وربك فكبر فلم يرد من السنة في تكبير الافتتاح الا بلفظ التكبير لقوله صلى الله عليه وسلم تحريمها التكبير ولم يشترط كذلك لفظ التكبير عند ابي حنيفة قلنا بين لزم في الشهادة قلنا الفرق معنوي وهو ان لفظة الشهادة اقوى في افادة تأكيد متعلقها من غيرها من الالفاظ لما علم واتيقن لما فيها من اقتضاء معنى المشاهدة والمباينة التي مرجعها الحس فلا تنافي الحلف فالامتناع مع ذكرها عن الكذب اظهر وقد وقع الامر بلفظ الشهادة في قوله تعالى واقيموا الشهادة لله وقوله عليه الصلوة والسلام اذا رأيت مثل الشمس فاشهد فلزم لذلك لفظ الشهادة بخلاف التكبير فانه تكبير التعظيم وليس لفظ اكبر ابلغ من اجل واعظم فكانت الالفاظ سواء فلم تثبت خصوصية توجب تعيين لفظة اكبر وقوله في ذلك كله اي في المراتب الاربعة كلها تشترط العدالة ولفظ الشهادة في شهادة النساء وغيرها وقوله هو الصحيح احتراز عما قال العراقيون من عدم اشتراط لفظ الشهادة لانها اخبار كالشهادة على هلال رمضان ووجه الظاهر وهو قول سائر الناس ومنهم مشايخ المذهب من البخاريين والبلخيين وغيرهم ما ذكرنا من المنصوص مع وجه الفرق اشتراطها بخلاف رمضان فان اللازم فيه ليس الشهادة بل الاخبار ذكره في الخلاصة في كتاب الشهادات لو اخبر عدل للقاضي بمجيء رمضان تقبل ويأمر الناس بالصوم يعني في يوم الغيم ولا يشترط لفظة الشهادة ويشترط لفظ القضاء اما في العيد فيشترط لانه يدخل تحت الحكم لانه من حقوق العباد انتهى ولهذا احتاجوا الى الحيلة في اثبات الرمضانية قالوا ان يدعي عند القاضي بوكالة معلقة بدخول رمضان بقبض دين فيقر بالدين وينكر دخول رمضان فيشهد الشهود بذلك يقضي بالمال فيثبت مجيء رمضان اي اثبات مجيء رمضان لا يدخل تحت الحكم واتفق الكل على اشتراط الحرية والبلوغ والعقل والاسلام يعني في الشهادة على المسلم والا فالذمي يجوز ان يشهد على مثله عندنا قوله قال ابو حنيفة يعني لما اتفق الائمة الاربعة على وجوب العدالة قال ابو حنيفة ليقتصر الحاكم على عدالة المسلم لان كل مسلم ظاهر حاله من التزام الاسلام التزام الاجتناب عن محظوراته فيقبل كل مسلم بناء على انه عدل وقال صلى الله عليه وسلم المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ورواه ابن ابي شيبة في

[illegible] يسأل عن العدل فيها السبب الى العدل فيها السبب الى العدل وعن ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع او يقصد في العلانية
[illegible] والشائعة ما يقع في نفوس جماعة تعديل غيره وقد كانت العلانية وما عداها في الصدر الاول ووقع الاكتفاء في السر فيما مالت فيه
الفتنة ويدوس من عدل في تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لابد ان يقول العدل هو حر عدل جائز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل
يكفي قوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار وهذا صحيح قال وفي قول من رأى ان يسأل عن الشيخ ولم يقبل قول الخصم انه عدل معناه قول الخصم
عليه عن ابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة يعني تزكيته لكن عند محمد يضم تزكية الآخر الى تزكيته لان العدد عنده شرط وجه الظاهر ان قوله الخصم
وشهود ان الحكم كذب فكان مستبقيا ناصرا ولا يصلح معدلا وموضع المسئلة اذا قال انهم عدول لانهم خطأ او نسيانا اما اذا قال انهم عدول لانهم [illegible] فقد [illegible] بالحق

مصنفه من حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ومثل ذلك عن عمر عنه قال في كتابه الذي كتبه الى ابي موسى الاشعري وقد مر بعضه وفيه المسلمون
عدول بعضهم على بعض الا مجلودا في حد او مجربا في شهادة زور او ظنينا في ولاء او قرابة رواه الدارقطني من طريق فيه عبد الله بن
ابي حميد وهو ضعيف ومن طريق آخر حسنه اخرجه البيهقي من طريق غير الطريقين جيدة فاذا كان الثابت ظاهرا هي العدالة اكتفى بها
او القطع لا تحصيل ولو مع الاستصحاب لعدم زيادة قوة الظن ولا موجب لطلب الزيادة الا بدليل ولم يوجد ولهذا لم يكن السلف يسألون
قيل واول من سأل ابن شبرمة بخلاف الحدود والقصاص لانه وجد فيها دليل طلب الزيادة فسأل على ما عرف احتياطا لا للدين
اذ ربما يفجر عن التزكية فيندرئ الحد وهو مطلوب واورد ان الظاهر انما يكفي للدفع والشهادة توجب الاستحقاق واجيب
بان الظاهر في الشهادة كالقطع لما لم يكن الوصول الى القطع ولا بالتزكية والحق ان الظاهر يوجب الاستحقاق والمراد بالظاهر
الذي لا يثبت به الاستحقاق هو الاستصحاب واما اذا طعن الخصم فقد تقابل ظاهرانه فيسأل فقال ابو يوسف ومحمد لا بد ان يسأل عنهم طعن الخصم
او لم يطعن في سائر الحقوق في السر والعلانية وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك من كان مشهورا بالعدالة لا يسأل عنه ومن عرف جرحه ردت
شهادته واما تسأل او شك انما قلنا لا بد من السؤال مطلقا لان القضاء يبتنى على الحجة وهي شهادة العدول فلا بد ان تثبت عنده
العدالة وذلك لا يخفى قوة دليل ابي حنيفة على ذلك وكونه لا بد ان يثبت العدالة لم يخالف فيه ابو حنيفة ولكن يقول طريق الثبوت هو البناء على ظاهر عدالة
المسلم خصوصا مع ما رويناه عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة والسلف ومع ذلك الفتوى على قولهما لاختلاف حال الزمان ولذلك
قالوا بذا الخلاف خلاف زمان لا حجة وبرهان وذلك لان الغالب في زمان ابي حنيفة الصلاح بخلاف زماننا وما قيل انه افتى في القرن الثالث
وهو المشهود لهم بالصلاح منه صلى الله عليه وسلم حيث قال خير القرون قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم وبما افتيا في القرن الرابع ففيه
نظر فان ابا حنيفة توفي عام خمسين ومائة فكيف افتى في القرن الثالث وقوله خير القرون الى آخره اثبات الخيرية بالتدريج والتفاوت
لا يستلزم ان يكون في الزمان المتأخر غلبة الفسق والظاهر الذي ثبتت بالغالب اقوى من الظاهر الذي ثبت بظاهر حال الاسلام تحقيقا
لما قلنا من غلبة الفسق فقد قطعنا بان اكثر من التزم الاسلام لم يجتنب محارمه فاين مجرد التزام الاسلام منظنة العدالة فكان الظاهر الثابت بالغلبة
بلا معارض اقوى فتأمل ع لو تاب الفاسق لا تقبل شهادته حتى تمضي ستة اشهر وقال بعضهم سنة ولو كان عدلا فشهد بالزور ثم تاب وشهد بعد من
غير توبة قوله ثم التزكية في السر ان يبعث المستورة وهي الورقة التي تكتب فيها القاضي اسماء الشهود وسجلاتهم وحلاهم والمصلى اي مسجد محلتهم وينبغي
ان لا يختار الا معدلا صالحا زاده اكيلا يخدع بالمال ما مونا اعظم من يعرف في هذه الاوصاف فيكتب اليه ثم هو يسأل منهم اهل محلته وسوقهم ومن يجيء فهم ويكون الكرخي
صاحب خبرة بالناس فلا يهمل امرهم ويأمرهم ان لا يعرف الا بالمحاسنة والمجاملة فان لم يجد الا اهل مجالسه فان وجدهم غير ثقات يعتبر
تواتر الاخبار عن ابن سماعة عن ابي حنيفة يجوز في تزكية السر المرأة والعبد والمحدود اذا كان زاعدا ولا يجوز في تزكية العلانية الا من تجوز شهادته فيشترط
فيها ما اشترط فيها الا بلفظة الشهادة فقط لان تزكية السر مبنى الاخبار بالامور الدينية وكل من هو لا تقبل خبره في الامر الديني اذا كان عدلا كما تقبل
رواية الاخبار فاذا قال المسؤل عنه هو عدل كتب المزكي هو عدل مرضي مقبول جائز الشهادة والا يكتب هو غير عدل وفي فتاوى قاضي خان
فان عرف فسقه لا يكتب تحت اسمه ذلك بل يمسك احترازا عن الهتك ويقول والله اعلم الا اذا خاف ان يقضي القاضي بشهادته

قال واذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحدا جاز والاثنان افضل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز الا اثنان والمؤدي هذه المسألة الى المزكي وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي والترجمان عن الشاهد لان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القضاء تبتنى على ظهور العدالة وهو بالتزكية فيشترط فيه العدد كما يشترط العدالة فيه ويشترط الذكورة في المزكي في الحدود والقصاص لقولها اليه لما فيه من معنى الشهادة وهذا لان الشهادة لا يشترط فيها لفظة الشهادة ومجلس القضاء واشتراط العدد امر حكمي في الشهادة فلا يتعداها ولا يشترط اهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر حتى يصلح العبد مزكيا فاما في تزكية العلانية فهو شرط وكذا العدد بالاجماع على ما قاله الخصاف رحمه الله لاختصاصها بمجلس القضاء قالوا ليشترط الاربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد رحمه

فيصرح بذلك ومن لا يعرفه لا بالعدالة ولا بالفسق يكتب مستورا ثم يرد المسطور ويسأل المعدل الذي اليه كل ذلك سرا لا يظهر فيجمع المزكي او يقتصد بالاذى واما العلانية فلا بد ان يجمع بين الشاهد والعدل لتنتفي شبهة تعديل المعدل الغير هذا الشاهد المسؤول عنه القاضي اذ قد يتفق اسم ونسبه وحرفته لاثنين وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول لانهم كان يغلب عليهم الصبر للحق ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا لغلبة النفوس فيه فتوجب الفتنة وقد روي عن محمد انه قال تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد ان يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة لان العبد قد يكون عدلا وهو غير جائز الشهادة وقيل يكتفي بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار وهو من اهلها فالتزم تلك الزيادة وهذا اصح لما ذكرنا من ان الظاهر الحرية نظرا الى الدار فيكتفي به مالم يطعن الخصم بالرق ثم قال ابو حنيفة تفردا على قول من رأى ان يسأل عن الشهود بلا طعن لا يقبل قول الخصم يعني المدعى عليه اذا قال في شهود المدعي هم عدول فلا تقع به التزكية لان في زعم المدعي وشهوده ان الخصم يعني المدعى عليه اذا قال في شهود المدعي هم عدول فلا تقع به التزكية لان في زعم المدعي في شهوده ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في اضراره فلا يصلح معدلا لان العدالة بشرط في المزكي في الاجماع وعن ابي يوسف ومحمد يجوز قوله وذلك تعديلا لكن عند محمد ينضم تزكية اخرى الى تزكيته اي تزكية الخصم لان العدو عند محمد في المزكي بشرط وموضوع المسألة ان يقول هم عدول الا انهم اخطأوا او نسوا اما لو قال صدقوا هم عدول ومعنى ومعنى هذا وقد اعترف بالحق وانقطع النزاع وعن محمد فيما اذا قال هم عدول فالقاضي يسأل المدعي عليه اشهدوا عليك بحق ام باطل فان قال بحق فهذا اقرار وان قال لا يقضي بشيء فصرح اذا شهد فعدل ثم شهد لا يستعدل الا اذا طال فوقت محمد شهرا وابو يوسف ستة ثم رجع وقال ستة اشهر قوله واذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحدا جاز والاثنان افضل وبهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز الا اثنان والمراد من رسول القاضي المزكي وهو المسؤول عنه عن الشهود فيجب ان يقرأ قوله الذي يسأل عن الشهود بالبناء للمفعول والحاصل ان يكفي في التزكية الواحد وكذا في الرسالة اليه والرسالة منزلة القاضي وكذا في الترجمة عن الشاهد وغيره عند ابي حنيفة وابي يوسف وبه قال مالك واحمد في رواية وعند محمد لا بد من اثنين وبه قال الشافعي واحمد في رواية محمد ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القاضي تبتنى على ظهور العدالة وهي بالتزكية فتوقفت عليها فيشترط فيه العدد كما يشترط العدالة وكذا الشرائط المذكورة في المزكي في الحدود كما اشترطت في الشهادة عليها ولهما انه ليس في معنى الشهادة والتوقف لا يستلزم اشتراك توقف عليه في كل حكم بل ما كان في معنى الشهادة وعليها وما ليس في معناها لا يلزم والتزكية لا يستند اليها ثبوت الحق بل الى الشهادة فكانت التزكية شرطا لا علة ولهذا وقع التفرقة بينها وبين الشهادة بالاجماع في عدم اشتراط لفظ الشهادة في التزكية فلا يلزم من اشتراط العدد في الشاهد اشتراطها في التزكية على ان التعدية تكون بجامع يعلم اعتباره واشتراط العدد في الشهادة امر حكمي في الشهادة يعني تعبدي وفي المبسوط هو بخلاف القياس وهذا زيادة على كونه تعبديا بادئ في القياس يكفي الواحد العدل لان خبره موجب للعمل للعلم اليقين وكما لا يثبت العلم بخبر الواحد لا يثبت بخبر الاثنين فلا يتعدى ما اي لا يتعدى الشهادة الى التزكية فهذا الخلاف في تزكية السر فاما تزكية العلانية فيشترط العدد بالاجماع على ما ذكره الخصاف مع ان الوجه المذكور يجري فيه وقدمنا انه زيادة شبهة لها بالشهادة من حيث اشتراط مجلس القضاء لها اتفاقا ولما ظهر من محمد اعتبار التزكية بالشهادة في حق العدد قال المشايخ فيجب عنده اشتراط الاربعة من المزكين في شهود الزنا والله اعلم

لما لو قلت

فصل وما يحمله الشاهد على ضربين احدهما ما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد اولاه وسعه ان يشهد وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع قال ويقول اشهد انه باع ولا يقول اشهد اني لانه كذب لو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له ان يشهد ولو فسر القاضي لا يقبل لان النغمة تشبه النغمة فلم يحصل العلم الا اذا كان داخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواهما ثم جلس على الباب وليس في البيت سواهما فسمع اقرار الداخل ولا يراه له ان يشهد لانه حصل العلم في الصورة ومنه ما يثبت حكمه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد على شهادة شاهد آخر يجوز له ان يشهد على شهادته لان الشهادة على الشهادة غير موجبة بنفسها وانما هي حجة بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الاداء والتحمل ولم يوجد كذا لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسعه للسامع ان يشهد لانه ما تحمل وانما تحمل غيره

فصل يتعلق بكيفية الاداء وسوغه قوله وما يتحمله الشاهد على قسمين احدهما ما يثبت حكمه بنفسه اي يكون هو تمام السبب لذلك الحكم قولا كان مثل البيع والطلاق والاقرار وحكم الحاكم او فعلا كالغصب والقتل فاذا سمع الشاهد القول كان سمع قاضيا يشهد جماعة ما على حكمه او راى الفعل كالقتل والغصب وسعه ان يشهد بذلك فيقول اشهد انه باع اشهد انه قضى فلو كان البيع بيع موطاة في الدار فله ان يشهد دون على الاخذ الاعطاء وقيل يشهد دون بالبيع كالقولي ولا يقول اشهد لي لانه كذب وانما جاز الاداء بلا اشهاد لانه علم الموجب بنفسه وهو اي على الموجب وهو ركن المسوغ لاداء الشهادة لانه لا حقيقة لمسوغ الاداء سواه وقوله في اطلاق يعني مطلق الاداء واستدل على تسويغ الشرع للاداء في ذلك بقوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون فافاد ان من شهد عالما بالحق كان محمودا فلزم ان ذلك مطلق شرعا والا لم يكن محمودا وقال عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد فدل على ان الشهادة عند العلم يقينا فعن هذا صرحوا بانه لو قال لا اشهد على ما سمعته مني ثم قال بحضرته لرجل بقي لك علي كذا وغير ذلك حل له بل يجب ان يشهد عليه بذلك وفي الخلاصة اشترى عبدا او ادعى على البائع عيبا به فلم يثبت فباعه من رجل فادعى المشتري الثانية عليه هذا العيب فانكر فالذي سمعوا منه حل لهم ان شهدوا على العيب في الحال والحديث رواه الحاكم في المستدرك والبيهقي في المعرفة من حديث ابن عباس رضي الله عنهما ان رجلا سال النبي صلى الله عليه وسلم عن الشهادة فقال ترى الشمس قال نعم قال على مثلها فاشهد او دع صححه الحاكم وتعقبه الذهبي بان محمد بن سليمان بن مشمول ضعفه غير واحد انتهى والمعلوم ان النسائي منهم ووافقه ابن عدي وفي الصحاح المذكورة ما يفيد انه مختلف فيه ولو سمع من وراء حجاب كثيف لا يشف من وراء لا يجوز له ان يشهد ولو شهد وفسره القاضي بان قال سمعته باع ولم ار شخصه حين لم يكلم لا يقبل لان النغمة تشبه النغمة الا اذا احاط العلم بذلك لان المسوغ هو العلم غير ان رؤيته متكلما بالعقد طريق العلم به فاذا فرض تحقق طريق آخر جاز وذلك بان تكون دخل البيت فراه فيه وعلم انه ليس به احد غيره ولا منفذ غير الباب وهو قد جلس وسمع الاقرار والبيع فانه يجوز له الشهادة عليه بما سمع لانه حصل به العلم في هذه الصورة ونحوها وفي الاقضية ادعى على ورثته مالا فقال المتوفى قبض من المدعي صرة فيها دراهم وزنتها ان فيها قدرها وانها دراهم وان كلها جياد وكما يقع عليه يقينا بذلك فاذا شهدا به جاز وفي الفتاوى اذا اقرت امراة من وراء حجاب لا يجوز لمن سمع ان يشهد على اقرارها الا اذا راى شخصها فحينئذ يجوز العمل في هذه المسئلة ووضعها في الخلاصة وغيرها بكذا الشهادة على امراة سمل ابن محمد بن الحسن ابا سليمان عنها قال لا يجوز حتى يشهد جماعة انها فلانة اما عند ابي يوسف وعند ابيك فيجوز اذا شهد عنده عدلان انها فلانة حمل يشترط روية وجهها اختلف المشايخ فيه منهم من لم يشترط واليه مال الامام خواهر زاده وفي النوازل قال يشترط روية وجهها وشخصها وفي الجامع الاصغر روية وجهها وانت تعلم انه لا بد من معرفة تفيد التمييز عند الاداء عليها فاذا ثبت ان التعريف يفيد التمييز لزم ان لا حاجة الى روية وجهها ولا شخصها كما اختاره شيخ الاسلام خواهر زاده الا لو لم يوجد من يعرفها واذا وجد يجري الخلاف المذكور انه يكفي في العرف عدلان او لا بد من جماعة ويوافقه ما في المنتقى تحمل الشهادة على امراة فماتت وشهد عنده ان المقرة فلانة جاز لان يشهد عليها بما تحمله في الخلاصة وفي المحيط شهدا على امراة بصمها حاضرة فقال القاضي التعريف منها قالا لا تقبل شهادتهما ولو قالا تحملنا عليها والمسماة بفلانة بنت فلان الفلانية ولا نرى انها هذه ان لم يصحت الشهادة وكلف المدعي ان يأتي باخرين يشهدان انها فلانة بنت فلان بخلاف الاول لانها هناك اقرت بالجهالة فبطلت الشهادة فهذا كما ترى فيه ما يفيد ما قلنا ويفيد ما قلنا لا يفيد ثبت

قال ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه ان يشهد الا ان يتذكر الشهادة لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم قيل هذا على قول ابي حنيفة رح وعندهما يحل لهما ان يشهد قيل هذا بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا رأى القاضي شهادته في ديوانه أو قيمته لان ما يكون في قمطره تحت ختمه يؤتمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل به العلم بذلك ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره وهذا فائدة الخلاف الراجع وقع عن شيء به الشهادة في البيانات

حكم بنفسه وهو الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد بشيء لم يجز ان يشهد على شهادته الا ان يشهد ذلك الشاهد على شهادة نفسه لان الشهادة غير موجبة بنفسها بل بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتحميل ولهذا لو سمعه يشهد شاهدا على شهادته لم يسع السامع ان يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره وبهذا الاطلاق يقتضي انه لو سمعه يشهد في مجلس القاضي حل له ان يشهد على شهادته لانها ملزمة **فروع** كتب الى آخر رسالة من فلان الى فلان كنت تقاضاني الالف التي لك علي وكنت قضيتك منها خمسمائة وبقي على خمسمائة او كتب الى زوجته قد بلغني كتابك تسألني الطلاق فانت طالق طلقت مسلمة كتب ينبغي لمن علم ذلك ان يشهد بالمال والطلاق وهي شهادة حق بخلاف ما لو كتبت صك ضيعة وقال للشهود اشهدوا على بما فيه ولم يقرأ عليهم يدل على انه لا يجوز لهم ان يشهدوا عليه وقيل لهم ذلك والصحيح الاول وانما يحل لهم ان يشهدوا اجماعا فيما اذا قرأه عليهم او اراده يكتب وهم يقرؤنه او كتبه غيره ثم قرأه عليه بحضرة الشهود فقال لهم هو اشهدوا على بما فيه ولو قرأه عليه فقال للشاهد ان تشهد عليك بما فيه فحرك راسه نعم بلا نطق فهو باطل لانه في الآخر سن ومثله اذا دفع اليهم وصية مختومة وقال لهم وصيتي وختمي فاشهدوا على بما فيه لا يجوز ان يشهدوا بما فيه عن ابي يوسف اذا كتب بحضرة الشهود وادعى الشاهد فلم يعرف الشاهد بما فيه وامره ان يشهد بما فيه وسعه ان يشهد لانه اذا كان في يده كان معصوما من التبديل واعلم انه يجوز لهم ان يشهدوا في المسئلة السابقة بما اذا كان الكتاب على الرسم المعروف بان كان على ورقة وعنوان كما هو العادة في الكتابة الى الغائب واذا شهد على ذلك التقدير فقال لم اقر ولا طلاق لا يدينه القاضي ويدين فيما بينه وبين الله تعالى اما لو اراه كتب ذكر حق على نفسه لرجل لا على ذلك الوجه ولم يشهدهم به لا يحل ان يشهد بالدين بجواز كونه للتجربة بخلاف الكتابة المرسومة وبخلاف خط السمسار والصراف لانه حجة للعرف الجاري به على ما ياتي ان شاء الله تعالى في كتاب الاقرار **قوله** ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه ان يشهد الا ان يتذكر شهادته التي صدرت فيه فان لم يتذكر وجزم انه خطه لا يشهد لان هذا الجزم ليس بجزم بل بتخيل الجزم لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم هكذا ذكره القدوري ولم يذكر خلافا هو ولا في شرحه الاقطع وكذا الخصاف ذكرها في ادب القاضي ولم يحك خلافا ولما حكى الخلاف الفقيه ابو الليث وغيره كشمس الائمة قال المصنف هذا على قول ابي حنيفة وعندهما يحل له ان يشهد وقيل هذا بالاتفاق يعني عدم جواز الشهادة اذا رأى ولم يتذكر وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادته في ديوانه يعني رأى في ديوانه شهادة شهود اديت عنده ولم يفصل بها حكم ثم جاء المشهود له وطلب حكم القاضي والقاضي لا يتذكر انه شهد عنده بذلك لم يجز له ان يحكم عنده وبه قال الشافعي ورواية عن احمد وعند ابي يوسف ومحمد رح اذا وجده في قمطره تحت ختمه يجوز ان يقضي به وبه قال مالك واحمد في رواية وكذا اذا رأى قضية انها رأى كلمة مكتوبة في خريطة وهي القمطرة ولم يتذكر انه حكم فهو على هذا الخلاف قطر ان المصرحكى الخلاف فيها واحدا بينه وبينهما وشمس الائمة في ادب القاضي من المبسوط حكى الخلاف كذلك في واحد ان صحيفة الحكم وامانة في شهادة الشاهد يجدها في صكه وعلم انه خطه ولم يتذكر الحادثة وفي الحديث يجده مكتوبا بخطه ووجد خاتمه مكتوبا بخط غيره وهو خط معروف فعلى خلاف ذلك وقد صارت الفصول ثلثة وجد ان القاضي الشهادة عنده او حكمه وجد ان الشاهد خطه والراوي في الحديث قال محمد اخذ في الفصول الثلثة بالرخصة تيسيرا وقال يعتمد الخط اذا كان معروفا وابو يوسف في مسئلة القضاء والرواية اخذ بالرخصة لان المكتوب كان في يده او يده وفي مسئلة الشهادة اخذ بالعزيمة لانه كان في يد خصمه فلا يامن الشاهد التغير فلا يعتمد خطه وحاصل وجه غير ابي حنيفة في صورة خلافهم ان وضع الخط ليس بحجة عند النسيان والا فلا فائدة وهو ممنوع بل صح ان تكون فائدته ان يتذكر به حينئذ عند النسيان الا اني ارى انه اذا كان محفوظا مأمونا عليه من

قال ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشئ لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره من يثق به وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم وبه يحصل نظير البيع وجه الاستحسان ان هذه الامور مقتض معاينة اسبابها لخواص من الناس فيتعذر بها احكام يتبع على انقضاء القرون فلو لم يقبل فيها الشهادة بالتسامع لوقع الناس في الحرج وتعطيل الاحكام بخلاف البيع لانه يسعه ان لا يشهد الا بالمعاينة ولا يجوز للشاهد ان يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر واخبار من يثق به كما قال في الكتاب ويشترط ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم وقيل في الموت يكتفي باخبار واحد واحدة لانه قلما يشاهد حاله غيرا لواحد اذ الانسان يحابي به ويكرهه ويكون في اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح

التنبير كان يكون تحت ختم في خريطة المحفوظة عنده ان يترجح العمل بها بخلاف ما اذا كان عند غيره لان الخط يشبه الخط ورأينا كثيرا تحاكما خطوطهم حتى اني رأيت ببلدة الاسكندرية خط رجل من اهل العلم يعرف بالقاضي بهاء الدين الدماميني رحمه الله كان فقيها مالكيا شاعرا اديبا فصيحا وخط اخر ما شاهد يعرف بالخطين لا يفرق الانسان بين خطيهما اصلا وهما مباينان بالنون بلدة بالصعيد ولقد اخبر من اثق بصلاحه وخيره انه شاهد رجلا كان معيدا في الصلاحية بالقدس الشريف وضع رسم شهادته في صك فاخذ من صاحبه عدوانا فكتب رجل مثله له ثم عرضه على ذلك الكاتب فلم يشك انه خطه وبهذا قول ابي يوسف ويقتضي انه لو كان الصك في يد الشاهد تركه الطالب في يده من كتبه جاز ان يشهد اذا عرف خطه ولم يذكر الحادثة وبهذا اجاب محمد بن مقاتل عن كتب اليه نصير بن يحيى عن من نسي شهادته ووجد خطه وعرفه هل يسعه ان يشهد قال اذا كان الخط في حرزه يسعه ان يشهد وقال في المجرد قال ابو حنيفة لو شهدوا على صك فقالوا نعرف ان هذا خطنا وخواتيمنا لكن لا نذكره لم يكن للقاضي ان ينفذ شيئا من ذلك فان انفذه قاض غيره ثم اختصموا فيه انفذه لان هذا مما يختلف فيه القضاة وهذا يفيد انه لو ذكر للقاضي اني اشهد من غير تذكر للحادثة بل لمعرفة خطي لا يقبل فانه لم يحك خلافا فلو نسي قضاءه ولا سجل عنده فشهد عنده شاهد انك قضيت بكذا لم هذا على هذا فان تذكر امضاه وان لم يتذكر فلا اشكال عند ابي حنيفة لا يقضي بذلك لابي يوسف كذلك وعند محمد يعتمد ويقضي به وهو قول احمد وابن ابي ليلى وعلى هذا لو سمع من غيره حديثا ثم نسي الاصل رواية للفرع ثم سمع الفرع يرويه عنه عند ابي حنيفة وابي يوسف لا يعمل به وعند محمد يعمل به ومن ذلك المسائل التي رواها محمد عن ابي يوسف عن ابي حنيفة ونسيها ابو يوسف وهي ست فكان ابو يوسف لا يعتمد رواية محمد لها عنه ومحمد كان لا يدع رواية ما عنه كذا قالوا وبهذا علم ان في تخريج المسائل لا اشكال لان ما لم يذكر عند ذكرهم لهذه المسائل ان ابا يوسف انكره وقال ما رويت لك عن ابي حنيفة ذلك على ما صرح به في الهداية فيما اذا صلى اربعا وترك القراءة في احدى الاوليين او احد الاخريين انه يلزمه قضاء اربع فقال ابو يوسف ما رويت لك الا ركعتين وهذه الصورة ليست من صور نسيان الاصل رواية الفرع بل من صور تكذيب الاصل رواية الفرع عنه كما يعرف في الاصول ولا خلاف بين المحدثين والاصوليين ان رواية الفرع ترد في ذلك بخلاف ما اذا نسي الاصل ولم يجزم بالانكار فلا ينبغي اعتبار قول محمد نعم لو اصح اعتبار ما ذكره عنه متخرجا على اصول ابي حنيفة رح يمكن **قوله** ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشئ لم يعاينه اي لم يقطع به من جهة المعاينة بالعين او السماع الا في النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الامور اذا اخبره بها من يثق به من رجلين عدلين او رجل وامرأتين ويشترط كون الاخبار بلفظ الشهادة وفي الموت اذا تقادم يكفي الواحد لا يشترط لفظ الشهادة بالاتفاق او تواتر الخبر بذلك وقيل في الموت يكتفي باخبار واحد عدل او واحدة عدلة وهو المختار بخلاف ما سواه لانه قل ما يتفاق حاله عند الموت الا واحد لان الانسان يحابيه ويكرهه فاذا رآه واحد عدل ويعلم ان القاضي لا يقضي بذلك وهو عدل اخبر غيره ثم يشهدان بموته ولا بد ان يذكر ذلك المخبر انه شهد موته او جنازته او دفنه حتى يشهد الآخر معه وكذا لو جاء خبر موت رجل وضع اليه ما يضع بالموتى لم يسع لاحد ان يشهد بموته الا ان يشهد موته او سمع ممن يشهد وذلك ذكره في الفتاوى والاكتفاء بالعين نقل عن ابي يوسف وعن ابي حنيفة رحمهما الله لا يشهد حتى يسمع عن جماعة وقال الخصاف في الكل حتى يسمع من العامة ويتابع الاخبار ويقع في قلبه تصديق ذلك من غير تفصيل وفي الفصول عن شهادات المحيط في النسب ان يسمع انه فلان بن فلان من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب عند ابي حنيفة وعندهما اذا اخبره عدلان انه ابن فلان تحل الشهادة وابو بكر الاسكاف

ويبغي ان يطلق اداء الشهادة ولا يفسر اما اذا فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع لم يقبل شهادته كما ان معاينة اليد في الاملاك المطلقة للشهادة
تم اذا فسره لا تقبل لكن اهل زماننا لو رأى نساء يجلس مجلس القضاء ويدخل عليه الخصوم حل له ان يشهد على كونه قاضيا وكذا اذا رأى رجلا وامرأة
يسكنان بيتا ويبسطان كل واحد من مالهما على الآخر ينبسط الازواج كما اذا رأى عيانا بين يديه ويسمع من شهد انه شهد في فلان لو صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر القاضي

كان يفتي بقولها وهو اختيار النسفي وفي النكاح لم يشترط المصير رويته ودخول الى آخره ان يسمع من الناس انها زوجته وكذا القضاء وكره غيره وهو الصحيح
ثم قول احمد كقولنا فيما سوى الدخول وقول للشافعي ورواية عن مالك والمصير يحكم خلافا بل جعل قياسا واستحسانا فالقياس عدم الجواز لان الشهادة
مشتقة من المشاهدة فان الاشتقاق تظام الصيغتين معنى واحد بعد اشتراكهما في الحروف الاصول والمشاهدة رؤية يعني القطع فلا يجوز كما في البيع وغيره كما لو سمع بالاقتضاء
انه باع لم تجز الشهادة عليه بالبيع وكذا غيره وجه الاستحسان ان العادة جارية بذلك وذلك سبب انه لا طريق الى معرفة هذه الاشياء سوى الخبر اذا لم تجز العادة بحضور
الناس الولادة وانما يرون الولد مع امه او مرضعته ويسمعونه الى الزوج فيقولون هو ابن فلان وكذا عند الموت لا يحضر غالبا الا الاقارب فاذا رأوا
الجنازة والدفن حكموا بموت فلان وكذا النكاح لا يحضره كل احد وانما يخبر بعضهم بعضا ان فلانا تزوج فلانة وكذا الدخول لا يعلم الا بالقرائن فان الوطء
لا يشاهد وكذا ولاية السلطان للقاضي لا يحضرها الا الخواص وانما يحضرون جلوسه وتصديه للاحكام واذا كانت العادة ان علم هذه الاشياء غالبا لكل
الا لبعض افراد وان الناس يعتمدون فيه على الخبر كان الخبر مسوغا للشهادة والا ضاعت حقوق عظيمة تبقى على امر الاعصار كالنسب والنكاح والارث والموت
وتترتب عليها امور كثيرة مثل العدة والاحصان وكمال المهر في الدخول والحاسم لما وقع الاجماع على وجوب الشهادة بان عائشة رضي الله عنها بنت
ابي بكر رضي الله عنهما زوجة النبي صلى الله عليه وسلم وانه دخل بها وان عليا رضي الله عنه ابن ابي طالب وعمر بن الخطاب وان شريحا كان قاضيا وان ابا بكر وعمر و
عثمان وعليا رضي الله عنهم ماتوا وان لم تعاين شيئا من ذلك وحكى في الخلاصة عن ظهير الدين في الدخول لا تجوز الشهادة فيه بالتسامع فلو اراد ان يثبت الدخول
ثبتت الخلوة الصحيحة ونص الخصاف على انه يجوز بالتسامع لانه امر مشتهر بخلاف الزنا فاحشة تستر **قوله** وينبغي ان يطلق اداء الشهادة في شهد
انه ابنه او ابيه او وصي او قاض اما اذا فسر للقاضي انه شهد عن تسامع بين الناس لم تقبل شهادته كما انه اذا شهد بالملك لمعاينة اليد حل له ان يقبل
ولو فسر فقال لاني رأيتها في يده في وقت من الاوقات لا تقبل وفي الفوائد الظهيرية شهدا على النكاح والنسب وفسرا وقالا سمعنا ذلك من
قوم لا يتصور اجتماعهم على الكذب لا تقبل وقيل تقبل وقال صاحب العدة لو قالا اخبرنا بذلك من ثبوته تقبل وجعله الاصح واختاره
الخصاف في فصول الاستروشني لو شهدا على النكاح فسألها هل كنتما حاضرين فقالا لا تقبل شهادتهما لانه يحتمل انهما شهادة بالتسامع فقيل لا
تقبل كأنهما قالا لم يعاين ولو شهدا او قالا سمعنا لا تقبل فكذا اذا قالا شهدا انهما دفناه او قالا شهدنا جنازته تقبل ولو
شهد بالموت واحد وآخر بالحيوة يأخذ امرأته بشهادة الموت لانهما تثبت العارض ذكره ظهير الدين في فتاواه
وفي الخلاصة لو اخبر معاذ واحد بموته واثنان بحيوته ان كان الخبر بالموت عدلا ولم يشهدا انه عاين موته او جنازته وسعهما ان تتزوج
بعد انقضاء عدتها ثم قال بذا اذا لم يورخا فان ارخا وتاريخ شاهد الحيوة بعد تاريخ شاهد الموت فشهادة شاهد الحيوة اولى وكذا
بقتله انتهى والطلق في وصايا عصام الدين فقال شهدان ان زيدا مات او قتل واخران على الحيوة فالموت اولى وفي فتاوى الفضلي
شهد عندها عدلان ان زوجها مات او قتل او ارتد والعياذ بالله انها ان تتزوج فيه روايتان في السير لا يجوز وفي الاستحسان يجوز ومن فروع
التسامع في فتاوى النسفي قال رجل لامرأة سمعت ان زوجك مات لها ان تتزوج ان كان المخبر عدلا فان تزوجت
ثم اخبرها جماعة انه حي ان صدقت الاول يصح النكاح وفي المنتقى لم يشترط تصديقها بل شرط عدالة المخبر فقط
وقد يقال ان هذا خلاف بالتقدم وقد يفرق بان ذلك في حل ازواجها وعدمه وهذا بعد ان تزوجت واستحقها الزوج

ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الاشياء الخمسة ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف وعن ابي يوسف آخرا انه يجوز في الولاء لانه يموت غالبا لقوله عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب ومحمد رحمه الله يجوز في الوقف لانه يبقى دهرا ونحن عصرنا نقول الولاء يبقى على ازال الملاء ولا تدنيه من المعاينة فكذا يبقى عليه واما الوقف فالصحيح انه يقبل الشهادة بالتسامع في اصله دون شرائطه لان اصله هو الذي يشتهر قال ومن كان في يده شيء سوى العبد والامة وسعه ان يشهد انه له لان اليد تقضي ملكا يستدل به على الملك اذ هي ترجع للاكلة في الاكساب كلها فيكفي بها عن ابي يوسف انه يشترط مع ذلك ان يقول في قلبه انه له لعله اراد بما قالوا ويحتمل ان يكون هذا تفسيرا لاطلاق من روى في الرواية فيكون شرطا على الاتفاق وقال الشافعي رحمه الله دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشائخنا لان اليد متنوعة الى امانة وملك فلا يختار التصرف يتنوع ايضا الى نيابة واصالة

الثاني في الظاهر او الشيء بالشيء يذكر اذا اخبرها واحد عدل او شهد عند وليها بان زوجها طلقها او مات عنها وقع في قلبها صدقه لها ان تعتد وتتزوج وذكر رشيد الدين انما تجوز الشهادة بالتسامع على الموت اذا كان الرجل سعرفا بان كان عالما او من العمال اما اذا كان تاجرا او من هو مثله لا تجوز الا بالمعاينة قوله ثم قصر الاستثناء في الكتاب اي استثنا القدوري حيث قال الا في المنسوب الى آخر الاشياء الخمسة ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف فلا تجوز الشهادة بالتسامع فيهما وعن ابي يوسف تجوز في الولاء بالتسامع رجع اليه وكان اولا يقول كقول ابي حنيفة ومحمد لا يجوز الا ان يسمعها المعتق ثم رجع الى انه يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب وفي النسب يجوز في التسامع فكذا في الولاء الا ترى انا نشهد ان شتر امولى علي بن ابي طالب رضي الله عنه ونافعا مولى ابن عمر رضي الله عنه مولى ابي بكر الصديق رضي الله عنه ولهذا انه مبني على العتق والعتق لكونه قولا يسمع كثيرا ما يقصد الا الشهادة عليه لا يثبت بالتسامع فكذا ما بني عليه وليس تجويزنا بالسماع لكون الشيء مما يشتهر بل للضرورة لما ذكرنا ان السبب لا يرى او لا يرى العلوق وكذا تقليد القضاء الا الخواص والموت والباقي فيودي الى ما ذكرنا ولا كذلك العتق وكون نافع مولى ابن عمر رضي الله عنه ونحوه من باب الاخبار الحق وهذا بناء على ان لا خلاف في الفتوى انه لا تقبل بالتسامع وعليه نص شمس الائمة وذكر الصدر الشهيد عن الحلواني ان الخلاف ثابت في العتق ايضا عند ابي يوسف يجوز بالتسامع خلافا لهما وهو قول مالك واحمد وقول للشافعي وشرط انخصاف في الولاء على قول ابي يوسف شرط لم يذكره محمد في المبسوط فقال انما تقبل اذا كان العتق مشهورا للمعتق ابوان او ثلثة في الاسلام قال المصنف واما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع عليه في اصله وقال الاقطع في شرحه قال محمد يجوز وقوله لان اصله هو الذي يشتهر والوجه في التوجيه انه وان كان قولا مما يقصد الاشهاد عليه والحكم به في الابتداء لكنه في توالي الاعصار يفيد الشهود والاوراق مع اشتهار وتغيبهم في البقاء شابته ان لم نجز الشهادة به بالتسامع فمست الحاجة الى ذلك قوله الصحيح الخ احتراز عن قول طائفة من المشائخ قال في الفصول اختلف المشائخ قال بعضهم تحل وقال بعضهم لا تحل ومن المشائخ من قال يجوز على اصل الوقف بالتسامع لا على شرائطه واليه مال شمس الائمة السرخسي وهو ما ذكره المصنف وليس معنى الشروط ان يبين الموقوف عليه بل ان يقول يبدأ من غلتها بكذا وكذا والباقي كذا وكذا وفي الفتاوى الصغرى في الفصل الثاني من كتاب الشهادات اذا شهدوا ان هذا وقف على كذا ولم يبينوا الوقف ينبغي ان تقبل ونقل عن الشيخ الامام ظهير الدين اذا لم يكن الوقف قديما لا بد من ذكر الوقف واذا شهدوا ان هذه الصيغة وقف ولم يذكروا الجهة لا يجوز ولا تقبل بل يشترط ان يقولوا وقف على كذا ثم قال وما ذكرنا وفي الاصل صورته ان يشهدوا بالتسامع على انها وقف على المسجد او المقبرة ولم يذكروا انه يبدأ بعلتها فتصرف الى كذا ثم ما فضل يصرف الى كذا لان الا يشهد على هذا الوجه بالتسامع وبهذا قال المرغيناني لا بد من بيان الجهة انه وقف على المسجد او المقبرة وما شابه ذلك حتى لو لم يذكر ذلك لا تقبل شهادته قال وتاويل قولهم لا تقبل الشهادة على شرائط الوقف انه لا ينبغي للشاهد بعد ذكر الجهة ان يشهد انه يبدأ من غلته فتصرف الى كذا وكذا ولو ذكر ذلك لا تقبل ذكره في الذخيرة وذكر في المجتبى والمختار ان تقبل على شرائط الوقف ايضا وانت اذا عرفت قولهم في الاوقات التي انقطع ثبوتها ولم يعرف لها شرائط ومصارف انها تسلك بها ما كانت عليه في دواوين القضاة لم تقف عن تحسين ما في المجتبى لان ذلك هو معنى الثبوت بالتسامع

قوله ومن كان في يده شيء الخ صور تها اي عينا سوى ما استثنا وفي يد انسان ثم راها في يد غيره والاول يدعي على جليس الملك وسعه ان يشهد للمدعي لان الملك يعرف بالظاهر واليد بلا منازع دليل ظاهر فيه ولا دليل سواه لان غاية ما يكون فيه ان يعاين

هذه المسئلة على وجوه ان عاين الملك وله ان يشهد وكذا اذا عاين الملك مجردة دون الملك تحملا كما في النسب يثبت بالتسامع فيحصل عرفه وان لم يعاينهما او عاين الملك دون الملك لا يحل له واما العبد والامة فان كان يعرف انهما رقيقان فكذلك لا يكون في يد نفسه وان كان لا يعرف انهما رقيقان كما انهما صغيران لا يعتبران عن نفسهما فكذلك لا تحل يدهما وان كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء لان لهما يدا على انفسهما فلا يزيد الغير عنهما الا بعلم دليل الملك وعن ابي حنيفة رحمه الله يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب والفرق مليناه والله اعلم

سبب الملك من الشراء والهبة وموت المورث وشئ من هذه الاسباب لا يفيد ملك الثاني حتى يكون ملك الاول وعن ابي يوسف انه يشترط في حل الشهادة بالملك مع ذلك ان يقع في قلبه انه له وفي الفوائد الظهيرية اسند هذا القول الى ابي يوسف ومحمد ولفظه وعنهما قال المشايخ قالوا يعني المشايخ يحتمل ان يكون هذا تفسيرا لاطلاق محمد في الرواية قال الصدر الشهيد يحتمل ان يكون قوله قول الكل وبه ناخذ وقال ابو بكر الرازي هذا قولهم جميعا ووجه ان الاصل في حل الشهادة اليقين لما عرف فمتى تعذره يصار الى ما يشهد به القلب لان كون اليد مسوغا بسبب افادتها ظن الملك فاذا لم يقع في القلب ذلك لا ظن فلم يعد مجرد اليد ولهذا قالوا اذا رأى انسان درة ثمينة في يد كناس او كتابا في يد جاهل ليس في ابائه من هو اهل له لا يسعه ان يشهد بالملك له فعرف ان مجرد اليد لا يكفي وقال الشافعي دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشائخنا وهو الخصاف وهو قول مالك لان اليد تتنوع الى ملك ونيابة وضمان قلنا وكذا التصرف ايضا فلم يزل احتمال عدم الملك بالتصرف ثم ينبغي ان يطلق الشهادة حتى لو قال انه شهد بناء على اليد لا تقبل وهذا لان معاينة اليد مطلق للشهادة مجوز لها او موجب على الشاهد ان يشهد والقاضي يلزمه القضاء بالملك بالشهادة ولهذا قلنا اذا كانت في يد رجل يتصرف فيها تصرف الملك بيعت دارا الى جانبها فاراد ان ياخذها بالشفعة لا تقضى القاضي له بذلك وان ثبت عنده انها في يده يتصرف فيها اذا انكر المشتري ان الدار في يده ملكه لان العيان ليس سببا للوجوب بل للجواز قوله ثم ان عاين الملك الخ حاصله ان المسئلة على اربعة اوجه الاول ان يعاين الملك وهو ان عرف المالك باسمه ونسبه ووجهه وعرف الملك بحدوده وراه في يده بلا منازعة ثم راه في يد اخر فجاء الاول وادعاه وسعه ان يشهد له وظهر ان المراد بالملك المملوك الثاني ان يعاين الملك دون المالك بان عاين ملكا بحدوده ونسب الى فلان بن فلان وهو لم يعرفه بوجهه ونسبه ثم جاء الذي نسب اليه الملك وادعى ملك هذا المحدود على شخص حل له ان يشهد استحسانا والقياس ان لا يجوز لان الجهالة في المشهود به تمنع جواز الشهادة فكذا في المشهود له ووجه الاستحسان ان الملك المشهود به معلوم والنسب ثبت بالتسامع فصار المالك معلوما بالتسامع ايضا فورد عليه انه يلزم ان يكون الشهادة بالملك بالتسامع وجوابه بان الشهادة بالملك هنا ليست مقصدا بل بالنسبة وفي ضمنه ثبوت الملك فيجوز وههنا كذلك لانه سمع ان هذا الملك لفلان بن فلان فحصل له العلم بنسب المالك بالتسامع وثبت ملكه في ضمنه ولا اعتبار بالمتضمن لا المتضمن ولا يخفى ان بمجرد ثبوت نسبه بالشهادة عند القاضي لم يوجب ثبوت ملكه لتلك الصيغة لو لا الشهادة به وكذا المقصود ليس اثبات النسب بل الملك في الضيعة والله اعلم وعلى هذا قال الناطفي فان كان للمالك امرأة لا تخرج ولا يراها الرجل فان كان الملك مشهورا لها جاز ان يشهد عليه لان شهرة الاسم كالمعاينة الثالث ان لا يعاين الملك ولا المالك بان سمع ان لفلان الفلاني ضيعة في قرية كذا حدودها كذا وهو لم يعرف تلك الضيعة ولم يجز له ان يشهد عليها لانه لا يحل ان يشهد بالملك لانه مجازف في هذه الشهادة الرابع ان يعاين المالك بان عرفه معرفة تامة كما ذكرنا وسمع ان له ضيعة في كورة كذا وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها لا يسعه ان يشهد له بالملك فيها لانه لم يحصل له العلم بالمحدود قوله واما العبد والامة يعني اذا عاينهما في يد انسان يحتمل انه اذا كان يعرف انهما رقيقان جاز له ان يشهد انهما ملكه سواء كانا صغيرين او كبيرين لانهما بوصف الرق لا يد لهما على نفسهما وقد شوهدا في يد غيره فكان كرؤية ثوب في يد وان لم يعرف رقهما فان كانا صغيرين اي لا يعبران عن انفسهما فكذلك يجوز ان يشهد له بملكهما لما ذكرنا انهما لا يد لهما على انفسهما وان كانا كبيرين اي يعبران عن انفسهما سواء كانا صبيين عاقلين امرا بالغين به صرح المجبوبي فهو مصرف الاستثناء في قوله سوى العبد والامة لان لهما يدا على انفسهما فتدفع يد الغير عنهما حتى ان الصبي الذي لا يعقل لو اقر بالرق على نفسه لغيره

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

قال ولا تقبل شهادة الاعمى قال في الاصل وهو رواية عن ابي حنيفة لا تقبل فيما يجري فيه التسامح لان الحاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه وقال ابو يوسف والشافعي رحمهما الله تجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة والاداء يختص بالقول فلا يتغير وجه التعريف يتصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت وكان الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر بخلاف الحدود والقصاص والاعمى بعد الاداء يمنع القضاء عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فان قيام الاهلية للشهادة شرط وقت القضاء لصيرورته حجة عنده وقد بطلت بخلاف ما اذا خرس او جن او فسق بخلافه اذا ماتوا او غابوا لان الاهلية بالموت قد انتهت وبالغيبة ما بطلت

جاز اقراره ويضع المقر له بما يصنع بملوكه واذا كان ممن يعبر عن نفسه لا تكون اليد دليل الملك اذ الحر قد يستخدم الحر خدمة العبد وهذا الاحتمال يبعد اذا كانا لا يعبران عن انفسهما فاما اذا كانا كذلك فلا يزال اعتبارها الا باتوارهما بالرق فان لم يقرا ثبت الشهاد عليهما وانما لا تقبل دعواهما الحرية بعد ما كبرا في يده من جانبي يده لظهور الرق عليهما باليد في حال صغرهما بنا على ابي حنيفة انه يحمل له ان يشهد في الكبير من ايضا وكذا عند ابي يوسف ومحمد فجعلوا اليد في الكل دليلا على الملك بدليل ان من ادعى عبدا او امة في يده غيره وذو اليد يدعي لنفسه فالقول لذي اليد لان الظاهر شاهد له لقيام يده عليه وقوله والفرق بينهما يريد كون يد على انفسهما قد رفع اليد عنهما

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل لما ذكر تفصيل من يسمع من الشهادة شرع في بيان من تسمع شهادته واخره لان الحال شروط والشرط غير مقصود لذاته والاصل ان التهمة يبطل الشهادة لقوله صلى الله عليه وسلم لا شهادة لمتهم والتهمة تثبت مرة بعدم العدالة ومرة بعدم التمييز مع قيام العدالة **قوله** ولا تقبل شهادة الاعمى مطلقا سواء عمي قبل التحمل او بعده فيما تجوز الشهادة فيه بالتسامع لا تجوز وقال زفر وهو رواية عن ابي حنيفة تقبل فيما يجوز فيه بالتسامع لان الحاجة فيه للسماع ولا خلل في سمعه وهو قول الشافعي ومالك واحمد والنخعي والحسن البصري وسعيد بن جبير والثوري وتقبل في الترجمة عند الكل لان العلم يحصل بالسماع وقال ابو يوسف تجوز فيما طريقه السماع ومالا يكفي فيه السماع اذا كان بصيرا وقت التحمل اعمى عند الاداء اذا كان يعرفه باسمه ونسبه وهو قول الشافعي ومالك واحمد لانه اذا كان يعرفه باسمه ونسبه كفى كالشهادة على الميت ولنا ان الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له عليه وهو منتف من الاعمى الا بالنغمة وفيه عمى في التمييز بالنغمة شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود فلم تقع ضرورة الى اهدار هذه التهمة بخلاف وطء الاعمى زوجته او امته فانه لا يمكن التحرز عنه بجنس النساء فاهدرت دفعا للحرج عنه والاكتفاء بالنسبة في تعريف الغائب دون الحاضر بخلاف الميت لانه لا يمكن التحرز عنه بتحقق الشهود على ان الاشارة لم تقع الى وكيل الغائب ووصي الميت وهو قائم مقامه ولا حاجة الى الالحاق بالحدود من جهة ان شهادة الاعمى لا تقبل فيها بالاجماع بل بالتقدم يكفي اذ الرد تهمة ما في الحدود ولا يستلزم الرد بمثلها في غير معالان ذلك يحتاط في درء الحكم فيها واما الاستدلال بما عن علي رضي الله عنه وشهادة الاعمى فيقول ابو يوسف هذه واقعة حال لا عموم لها فيجوز كونه كان في حد وقعة وقيد في الذخيرة قول ابي يوسف بما اذا كانت شهادته في الدين والعقار اما في المنقول فاجمع علماؤنا انها لا تقبل واستشكل بكتاب القاضي الى القاضي فان الشهود لا يشيرون الى احد وتقبل مع احتمال بان المشهود فيه يعرفون المشهود عليه ويقولون رأيناه عرفناه والاعمى لا يعرفه اذ لو راه لم يعرفه حتى لو قالوا في كتاب القاضي لا نعرفه اليوم لم تقبل وايضا فقبول كتاب القاضي للضرورة والحاجة كما تقدم ولا ضرورة في شهادة الاعمى لما ذكرنا من امكان الاستغناء عنه بجنس الشهود هذا اذا قال فلان اعمى بصير ثم عمي قبل القضاء امتنع القضاء عند ابي حنيفة ومحمد لصيرورة الشهادة حجة عنده اي عند القضاء لانها انما تثبت للقضاء فما يمنع الاداء يمنع القضاء والعمى والخرس والجنون والفسق يمنع الاداء فمنع القضاء وابو يوسف قاسها اذا غاب الشاهد بعد الاداء قبل القضاء او مات قلنا بالموت انتهت الشهادة وبطلت بالغيبة ما بطلت بخلاف العمى فانه مبطل لها وفي المبسوط انه لا يجوز شهادة الاخرس باجماع الفقهاء الا ان لفظة الشهادة لا تحقق منه ونقض بان الاصح من قول الشافعي تقبل اذا كانت في اشارة

قال ولا تقبل شهادة المحدود في القذف وان تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا

شهادة ابن ولانه من تمام الحد لكونه مانعا فيبقى بعد التوبة كاصله بخلاف المحدود في غير القذف لان الرد للفسق وقد ارتفع بالتوبة وقال الشافعي تقبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى التائب قلنا الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى وأولئك هم الفاسقون او هو استثناء منقطع بمعنى لكن

سنة ومتة وانما قال مالك واحمد وهو قول الشافعي ولا شك في تحقق التهمة في الاشتراك فهو اولى بعدم القبول من الاعمى لان في الاعمى انما يتحقق التهمة في نسبة وهنا تتحقق في النسبة وغيره من قدر المشهود به واوصافه قوله ولا تقبل شهادة المملوك اي الرقيق وبه قال مالك والشافعي وقال احمد تقبل على الاحرار والعبيد وهو قول انس بن مالك وهو قول عثمان البتي واسحق وداود وعن علي رض تقبل على مثله لا الاحرار والمعول عليه في المنع عدم ولايته على نفسه وما هو الامتع ضعيف بعد ثبوت عدالة العبد وتمام تمييزه وعدم ولايته على نفسه لتعارض نقصه من حق المولى لا النقص في عقله ولا خلل في ضبطه فلا مانع واما ادعاء الاجماع على عدم قبوله فلم يصح قال البخاري في صحيحه وقال انس شهادة العبد جائزة اذا كان عدلا واجازه شريح وزرارة بن ابي اوفى وقال ابن سيرين شهادته جائزة الا العبد لسيده واجازه الحسن ابراهيم وقال شريح كلكم بنو عبيد واما ما روي هنا لفظ البخاري ولا تقبل شهادة الصبي عندنا وهو قول مالك والشافعي واحمد وعامة العلماء وعن مالك تقبل في الجراح اذا كانوا مجتمعين لامر مباح قبل ان يتفرقوا وروي ذلك عن ابن الزبير والوجه في ان لا تقبل النقصان العقل والتمييز بما تقدم لعلة بعدم التكليف فرع اذا تحمل شهادة ملوكا فلم يؤد حتى عتق فاداها قبلت كالصبي اذا تحمل فاداها بعد البلوغ وكذا الذمي اذا سمع اقرار المسلم ثم اسلم فاداها جاز قوله ولا تقبل شهادة المحدود في قذف وقال الشافعي ومالك واحمد تقبل اذا تاب والمراد بتوبته المتوجهة لقبول شهادته ان تكذب نفسه في قذفه وهل يعتبر معه اصلاح العمل فيه قولان فمن قول يعتبر لقوله تعالى الا الذين تابوا واصلحوا وقيل لا لان عمر رض قال لابي بكرة تب اقبل شهادتك وقد يجاب بان ابا بكرة كان من العباد وحاله في العبادة معلوم فصلاح العمل كان ثابتا له فلم يبق الا التوبة بالكذب نفسه واصله ان الاستثناء في قوله تعالى الا الذين تابوا ينصرف الى الجملة الاخيرة او الى الكل والمسألة محررة في الاصول وهي ان الاستثناء اذا تعقب جملا متعاطفة هل ينصرف الى الكل او الاخيرة عندنا الى الاخيرة وقد تقدم ثلاث جمل في قوله تعالى فاجلدوهم ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون والظاهر من عطف ولا تقبلوا انه داخل في حيز الحد للعطف مع المناسبة وقيد التابيد اما المناسبة فلان رد شهادته مؤلم تقلبه بسبب عن فعل لسانه كالحد لانه بما يصلح مانعا في المستقبل من فعله والتعذيب بسبب لزيادة الوقوع لانه يحترز وعدم من يعرفه لا يستحيي من احدا فاذا فرض ان له داعية الزنا اوسع فيه وكذا قيد التابيد لا فائدة له الا تابيد الرد والاقال ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون جملة مستانفة لبيان تعليل عدم القبول ثم استثنى الذين تابوا وبهذا الان الرد على ذلك التقدير ليس الا الفسق ويرتفع بالتوبة واما رجوع الاستثناء الى الكل في قوله تعالى في المحاربين ان يقتلوا الى قوله تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم حتى يسقط عنهم فلدليل اقتضاه وهو قوله تعالى من قبل ان تقدروا عليهم فانه لو عاد الى الاخيرة اعني قوله ولهم عذاب عظيم لم يبق لقوله من قبل ان تقدروا عليهم ليس الا سقوط الحد وهذا لانا انما نقول بعود الاستثناء الى الاخيرة فقط اذا تجرد عن دليل عوده الى الكل واما اذا اقترن به عاد اليهما كما يقول هو ان عاد بما الى الكل او تجرد عن دليل عوده الى الاخيرة فقط فلو اقترن به عاد اليهما فقط وح فالقياس على سائر الحدود غير صحيح لانها لم تقترن بما يوجب ان الرد من تمام الحد فكان قياسا في مقابلة النص لا يقال رد الاستثناء الى الجملة الاخيرة ينفي الفائدة لانه معلوم شرعا ان التوبة تزيل الفسق بغير هذه الآية لانا نقول كون التوبة تزيل استحقاق العقاب بعد ثبوته لا يعرف عقلا بل سمعا وذلك بما يراد ما يدل عليه من السمع وهذا منه وكون آية اخرى تفيده لا ينفيه

وكوحد الكافر في قذف ثم اسلم يقبل شهادته لان للكافر شهادة فكان رد ها من تمام الحد وبالاسلام حدثت له شهادة اخرى عند ابي العباس ثم العتق لانه لا شهادة للعبد اصلا فتمام حد برد شهادته بعد العتق قال ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد لابويه ولا حد اده وكل ما فيه قوله عليه السلام لا يقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا الاجير المشترك لمستأجره ولا الشريك لشريكه فيما يشتركان فيه ولا الاب لابنه وان سفلوا ولهذا لا يجوز اداء الزكوة اليهم فتكون شهادة لنفسه من وجه او تتمكن فيه التهمة قال رحمه الله والمراد بالاجير على ما قالوا التابع الخاص الذي يعد ضرر استئجاره ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع باهل البيت لهم وقيل المراد به الاجير مساهمة او مشاهرة او مياومة فيستوجب الاجر بمنافعه عند اداء الشهادة فيصير كالمستأجر عليها

للقطع بان طريق القران تكرار الدوال خصوصا اذا كان مطلوب التاكيد كما قيموا الصلوة وقد تكرر الا الذين تابوا الى قوله فاولئك اتوب عليهم وانا التواب الرحيم وفي اخرى الا من تاب وآمن الى قوله تعالى فاولئك يدخلون الجنة ولا يظلمون شيئا وفي الاخرى الا من تاب الى قوله تعالى فاولئك يبدل الله سيئاتهم حسنات ومواضع اخرى عديدة ه لم يسمع ان يقال في احدها قد عرفت هذا آية اخرى فلا فائدة في هذا الا ان اقدم على الكفر والعياذ بالله وانما كان هذا منه قوله تعالى رحمة للعباد وليؤكد هذا المعنى ولانه اذا لم يذكره الا في موضع واحد فعسى ان لا يسمعه بعض الناس فاذا تعدد مواضعه فمن لم يسمع تلك الآيات سمع تلك ومن لم يسمع تلك سمع اخرى فكان في تعداد افادة هذا المعنى نصيب بظنية علمه لكل احد مع تاكيد جانب عفوه لا يحصى ثناء عليه واما ما عن عمر رضي الله عنه انه قال لابي بكرة تب اقبل شهادتك ففي ثبوته نظر لان رواية عمرو بن قيس ولو تركنا التطرق في ذلك كان معارضا لما قال لابي موسى الاشعري في كتابه له والمسلمون عدول بعضهم على بعض الا مجلودا في قذف او مجربا في شهادة زور او ظنينا بقرابة وقد سمعناه عن عمر من رواية ابن ابي شيبة قوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ولقولنا قال سعيد بن المسيب وشريح والحسن وابراهيم النخعي وسعيد بن جبير وبهذا روي عن ابن عباس قال المصنف او هو استثناء منقطع وذلك لان التائبين ليسوا داخلين في الفاسقين فكانه قيل واولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا فان الله غفور رحيم اي يغفر لهم ويرحمهم اذا كان من تمام الحد لكونه مانعا اي زاجرا يبقى بعد التوبة كاصله اي كاصل الحد فانه لا يسقط بالتوبة فكذا ما كان تماما وفي المبسوط الصحيح من المذهب عندنا انه اذا اقام اربعة من الشهود على صدقه بعد الحد تقبل شهادته **قوله** ولو حد الكافر في قذف ثم اسلم تقبل شهادته لان للكافر شهادة في الجملة فكان رد ها من تمام شهادته بخلاف العبد اذا حد في قذف ثم اعتق لا تقبل شهادته لانه لم يكن له شهادة اذ ذاك فلزم كون تتميم حده برد الشهادة التي تجددت له وقد طولب بالفرق بينه وبين من زنا في دار الحرب ثم خرج الى دار الاسلام لا يحد حيث توقف حكم الموجب في العبد الى ان امكن ولم يتوقف في الزنا في دار الحرب الى الامكان بالخروج الى دار الاسلام اجيب بان الزنا في دار الحرب لم يقع موجبا اصلا لعدم قدرة الامام فلم يكن الامام مخاطبا باقامته اصلا لان القدرة شرط التكليف فلو حد بعد خروجه من غير سبب آخر كان بلا موجب وغير الموجب لا ينقلب موجبا بنفسه خصوصا في الحد المطلوب درؤه اما قذف العبد فموجب حال صدوره للحد غير انه لم يكن تماما في الحال فتوقف تمامه على حد وشها بعد العتق قال في المبسوط بعد ان ذكر فرق المصنف هذا الفرق على الرواية التي تقبل خبر المحدود في القذف في الديانات اما على رواية المنتقى ان لا تقبل والفرق ان الكافر بالاسلام استفاد عدالة لم تكن موجودة عند اقامة الحد وبهذه العدالة لم تصر مجروحة باقامة الحد بخلاف العبد فانه بالعتق لا يستفيد عدالة لم تكن من قبل وقد صار عدالته مجروحة باقامة الحد ثم لا فائدة في تقييد الجواب في العبد بكون العتق بعد الحد في قوله اذا حد ثم اعتق لانه لو لم يعتق حتى حد لا تقبل ايضا ولكن وضعه كذلك لانه يبقى لبيان الفرق بينه وبين الكافر لو قذف مسلما ثم اسلم ثم حد لم تقبل شهادته ولو حد بعض الحد في حال كفره وبعضه في حال اسلامه ففيه اختلاف الروايتين ومر في حد القذف وفي هذه المسئلة ثلاث روايات لا تسقط شهادته ما حتى يقام عليه تمام الحد تسقط اذا اقيم اكثره تسقط اذا ضرب سوط لان من ضرورة ذلك الحد الحكم شرعا بكذبه **قوله** ولا تقبل شهادة الولد ان علا ولده وان اسفل ولا شهادة الولد لابويه واجداده اما الولد من الرضاع فتقبل الشهادة له قال

ولا يقبل شهادة احد الزوجين للآخر وقال الشافعي تقبل لان الاملاك بينهما متميزة والابدي متميزة ولهذا يجري القصاص والحدود بينهما ولا معتبر بما فيه من النفع لشيوعه ضمنا كما في الغريب اذا شهد للمديون المفلس فانا ما رينا ذلك لان الانتفاع متصل عادة وهو المقصود فيصير شاهدا لنفسه من وجه او يصير متهما بخلاف شهادة الغريب لانه لا ولاية له على المشهود به

المصنف في الاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم لا تقبل الخ وهذا الحديث غريب وانما اخرجه ابن ابي شيبة وعبد الرزاق من قول شريح قال لا تجوز شهادة الابن لابيه ولا الاب لابنه ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا الشريك لشريكه في الشيء بينهما لكن في غير ولا الاجير لمن استأجره ولا العبد لسيده انتهى قال ابن ابي شيبة ثنا وكيع عن سفيان واخرجا نحوه عن ابراهيم النخعي لكن الخصاف وهو ابو بكر الرازي الذي شهد له اكابر المشايخ انه كبير في العلم رواه بسنده الى عائشة رضي الله عنها صالح بن زريق وكان ثقة ثنا مروان بن معاوية الفزاري عن يزيد بن زياد الشامي عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا تجوز شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا السيد لعبده ولا الشريك لشريكه ولا الاجير لمن استأجره انتهى وقد فسر في رواية شريك امر الشريك وذكر المصنف عنه صلى الله عليه وسلم لا شهادة للقانع لاهل البيت وهو بعض حديث رواه ابو داود في سننه عن محمد بن راشد عن سليمان بن موسى عن عمر بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رد شهادة الخائن والخائنة وذي الغمر على اخيه وشهادة القانع باهل البيت واجازها لغيرهم قال ابو داود الغمر السمان وكذا رواه عبد الرزاق في مصنفه وعنه رواه احمد وقال في التنقيح محمد بن راشد وثقه احمد بن حنبل ويحيى بن معين وغيرهما وتكلم فيه بعض الائمة وقد تابعه غيره عن سليمان رواه عن عمر بن شعيب عن الحجاج بن ارطاة في ابن ماجه واذا صح فابن ارطاة في الدارقطني لم يتكلم فيه بجرح انتهى وفي زياد الدمشقي عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا مجلود حدا ولا ذي ظنين في قرابة ولا مجرب بشهادة زور ولا القانع لاهل البيت والظنين في ولاء والقرابة انتهى وقال غريب لا نعرفه الا من حديث يزيد بن زياد الدمشقي وهو ليس بالقوي في الحديث قال والغمر الحقد انتهى وقال ابو عبيدة والغمر العداوة والقانع التابع لاهل البيت كالخادم لهم قال يعني والله اعلم مما شهدوا له قرابة الولاد او اعظم في ذلك والظنين المتهم في دينه فهذا الحديث لا ينزل عن درجة الحسن فاذا ثبت رد القانع واذا كان عدلا فالولد والوالد وتحوهما اولى بالرد فيثبت رد شهادتهم بدلالة النص ويكون دليلا على صحة حديث الترمذي المذكور فيه والظنين في ولاء او قرابة الولاء اعظم في ذلك وان كان راويه مضعفا فليس الراوي الضعيف كل ما يرويه باطل اذ مرويه ولتهمة الغلط الضعف فاذا قامت دلالة انه اجاز في هذا المتن وجب اعتباره صحيحا وان كان من روايته ولان المنافع بين الاولاد والآباء متصلة فتكون شهادة لنفسه من وجه ولكون الولاد كنفسه من وجه لم يجز شرعا دفع الزكوة فيهم وعلى هذا كان شريح حتى رد شهادة الحسن رضي الله عنه حين شهد مع قنبر لعلي رضي الله عنه فقال علي ما سمعته صلى الله عليه وسلم قال الحسن والحسين سيدا شباب اهل الجنة قال نعم صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكن ابت بشناءة اخر فقيل عزله ثم اعاده وزاد في رزقه فقيل جمع على علي قوله والمراد بالاجير على ما قالوا التبرع الخاص الذي يدفع نفعه وضرره ويأكل معهم وهو المراد بالقانع المذكور في الحديث واما شهادة الاستاذ فمقبولة وكذا المستأجر وقيل المراد الاجير مساهمة او مشاهرة او مياومة لانه اذا كانت اجارته على هذا الوجه وخلت منفعته التي هي الاداء في اجرته فيكون مستوجبا الاجر ثمة فيصير كالمستأجر عليها وفي العيون قال محمد رحمه الله في رجل استأجر رجلا يوما واحدا فشهد له الاجير في ذلك اليوم القياس ان لا تقبل ولو كان اجيرا خاصا فشهد فلم يعمل حتى ذهب الشهر ثم عدل قال البلخي رجل شهد لامرأته ثم طلقها ولو شهد ولم يكن اجيرا ثم صار اجيرا له قبل ان يقضي فاني ابطل شهادته فان لم تبطل حتى بطلت الاجارة ثم اعاد الشهادة جازت كالمرأة اذا طلقها قبل ان ترد شهادته ثم اعاده لا تجوز هذا ما في زيادات الاصل من قوله تقبل شهادة الاجير حمل على الاجير المشترك **قوله** ولا تقبل شهادة احد الزوجين للآخر ولو كان المشهود له مملوكا من الزوجة او الزوج

ولا شهادة المولى لعبده لانه شهادة لنفسه من كل وجه اذ لا يكون على العبد دين ادمي من وجه ان كان عليه دين كان الحال موقوفا مراعى ولا لمكاتبه لما قلنا ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لانه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما ويشهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة وتقبل شهادة الزوج لاحد ورثة امرأته لانعدام التهمة لان الاملاك متباينة ولا بسوطة بعضهم مع بعض قال ولا تقبل شهادة مخنث وعوده المخنث في الردة من الافعال الدالة فاسق فاما الذي في كلامه لين وفي اعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة

وعندنا وقال الشافعي تقبل وبقولنا قال مالك واحمد وقال ابن ابي ليلى والثوري والنخعي لا تقبل شهادة الزوجة لزوجها لان لها حقا في ماله بوجوب نفقتها وتقبل شهادة الزوج لها لعدم التهمة وجه الشافعي ان الاملاك بينهما متميزة والايدي متميزة اي كل يد في جزء الاخرى فهي مجموعة عند من يجيز الشيوع منعه فلا اختلاط فيها ولهذا يجري بينهما القصاص والحبس الدين ولا معتبر بما بينهما من النفع المشترك لكل منهما بمال الآخر لانه غير مقصود بالنكاح لانه لم يقصد لان ينتفع كل منهما بمال الآخر وانما ثبت ذلك تبعا للمقصود عادة وصار كالغريم اذا شهد لمديونه المفلس بمال له على آخر تقبل مع توهم انه يشاركه في نفقته ولنا ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته قد سمعت انه من مقول شريح مرفوع من رواية الخصاف ولو لم يثبت ثم فيه نص كفى المعنى فيه والحاقه بقرابة الولادة في ذلك بجامع شدة الاتصال في المنافع حتى يعد كل غنيا بمال الآخر وكذا قال تعالى ووجدك عائلا فاغنى قيل بمال خديجة رضي الله عنها بل يكون الاتصال بينهما في المنافع والانبساط فيها اكثر مما بين الآباء والاولاد بل قد يعادي الوالد ولده لرضى زوجته وهي لرضاه ولان الزوجية اصل الولاد ولان الولادة عنها ثبت فتلحق بالولاد فيما يرجع الى معنى اتصال المنافع كما اعطى كسوة بين العبيد حكم قتل العبد عندنا بخلاف القصاص لان بدل الموت للزوجية وفي الحبس لا تقبل شهادة المعتدة من رجعي ولا البائن لقيام النكاح في بعض الاحكام وهو شهد احدهما للآخر في حادثة فمرت وارتفعت الزوجية فعادت تلك الشهادة فتقبل بخلاف ما لو رجعت لفسق ثم تاب وصار عدلا واعاد تلك الشهادة لا تقبل وبه قال مالك واحمد والشافعي في الاصح لان الماضي لما رددها صار كمن بقي تلك الشهادة شرعا فلا تقبل بخلاف شهادة العبد والكافر والصبي اذا ردت ثم اعتق واسلم وبلغ واعادها تقبل وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك وهو رواية عن احمد لا تقبل كالرد للفسق قلنا رد شهادتهم لعدم الاهلية لا لتهمة الكذب وهي كافية في الرد فاذا صاروا اهلا تقبل وقيل الرد في الفسق لا يستلزم الحكم بكذبه بل يجبر وتهمة به وبالاعادة في العدالة ترتفع تهمة كذبه في تلك الشهادة بعينها فيجب قبولها احتاج الى الجواب فصار كالحاصل كل من رجعت شهادته لمعنى وزال ذلك المعنى لا تقبل اذا اعاد بل زوال ذلك المعنى الا العبد واحد الزوجين للآخر والكافر والاعمى والصبي اذا شهد فرد والكافر والاعمى والصبي اذا شهد كل منهم فرد ثم عتق واسلم والبصر وبلغ فشهد وافي تلك الحادثة بعينها تقبل ولا تقبل فيما سواهم وتقبل لام امرأته وبنته وابنه ولام امرأة ابيه ولا امرأة ابنه ولا اخت امرأته قوله ولا شهادة المولى لعبده لما تقدم من رواية الخصاف ولانه شهادة لنفسه من كل وجه اذ لا يكون على العبد دين من وجه اذ كان ولان الحال اي حال مال العبد فيما اذا كان عليه دين مع وقوف مراعى بين ان يصير للغرماء بسبب بيع المال في دينه وبين ان يبقى للمولى بسبب قضائه دينه وكذا المدبر وام الولد والمكاتب وهو قول الائمة الثلاثة وقوله لما قلنا يعني من انه شهادة لنفسه من كل وجه ومن وجه في المبسوطة كذا لا تقبل شهادة ابي المولى وابنه وامرأته لهؤلاء وكذا شهادة المرأة لزوجها المملوك على ما قدمناه وكان مقتضى القياس ان تقبل لانها في الحقيقة شهادة لسيدها ولكن منعوه للفظ التهم السابق ولا شريك لشريكه فيما هو من شركتهما بخلاف ما ليس من شركتهما حيث تقبل لانتفاء التهمة غير ان هذا لا تحقق في الشريك المفاوض لان كل شيء هو من شركتهما واذا قالوا لا تقبل الا في الحدود والقصاص والنكاح والعتاق والطلاق لان ما سوى هذه مشترك بينهما فينبغي ان تقبل الشهادة بما كان من طعام اهل احدهما او كسوتهم ايضا لانه لا اشتراك بينهما فيه قوله وتقبل شهادة الاخ لاخيه وعمه قبل الاداء لكن قال شمس الائمة السرخسي وابو القاسم الصفار من السلف من قال لا تقبل شهادة الاخ لاخيه ولا شك في ضعف التهمة فيه لانه لا بسوطة وليس منفقه ملزومة الا الف بل كثيرا ما يكون بينهم العداوة والبغضاء وكل قرابة غير الولاد كالاخوال والخالة غير بالغ لا تقبل فيه الشهادة قوله ولا تقبل شهادة مخنث واعني الذي من الرجال

ولا ناحة لا معنية لانها وتلبان محرم ما فانه عليه السلام نهى عن الصوتين الاحمقين الناحة والمغنية

قال ولا مدمن الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه ولا من يلعب بالطير لانه يورث غفلة

وهو التشبه بالنساء تعمد الذلك في تزيينه وتكسير اعضائه وتليين كلامه كما هو صفتهن لكون ذلك معصية روى ابو داود وباسناده الى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لعن الله المخنثين من الرجال والمترجلات من النساء يعني المتشبهات بالرجال فكيف اذا تشبه بهن فيما هو اعم من ذلك فاما الذي في كلامه لين خلقته وفي اعضائه تكسير خلقته فهو عدل مقبول الشهادة **قوله** ولا ناحة ولا مغنية هذا لفظ القدوري فاطلق ثم قال بعد ذلك ولا من يغني للناس فورد انه تكرار يعلم ذلك بما ذكر من قوله مغنية والوجه ان اسم مغنية ومغن انما هو في العرف لمن كان الغناء حرفته التي يكتسب بها المال الا ترى انه اذا قيل ما حرفته او ما صناعته يقال مغن كما يقال خياط حدادا فاللفظ المذكور هنا يراد به ذلك غير انه خص المؤنث به لشيوع ذلك في الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الناسحات لعن الله المغنيات ومعلوم ان ذلك لوصف التغني لا لوصف الانوثة ولا التغني مع الانوثة لان الحكم المرتب على المشتق انما يتقيد ان وصف الاشتقاق هو العلة فقط لامع زيادة اخرى نعم هو من المرأة افحش لرفع صوتها وهو حرام ونصوا على ان التغني للهو الجمع للمال حرام بالاخلاف ومثل هذا لفظ الناسحة صار عرفا لمن جعلت النياحة مكسبة ولكن حينئذ كانه قال لا تقبل شهادة من اتخذ التغني صناعة يأكل بها وهو من لم يكن ذلك صناعته وكذا على في الكتاب بانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة وفي النهاية ان الغناء في حقهن مطلقا حرام لرفع صوتهن وهو حرام ولذا اطلق في قوله مغنية وقيد في غناء الرجال بقوله للناس ولا يخفى ان قوله من يغني للناس لا يخص غناء الرجال لان من يطلق على المؤنث خاصة فضلا عن الرجال والنساء معا وكون صلتها وقعت بتذكير الضمير في قوله يغني باليا من تحت لا يوجب خصوصه بالرجال لما عرف انه يجوز في ضمير مراعاة المعنى ومراعاة اللفظ ومراعاة اللفظ اولى وان كان المعنى على التانيث فكيف اذا كان المغنى اعم من المؤنث والمذكر فان قلت تعليل المصنف رحمه الله بجمع الناس على كبيرة يقتضي ان التغني مطلقا حرام وان كان مفاده بالذات ان الاستماع كبيرة لانهم انما يجتمعون على الاستماع بالذات الا ان كون الاستماع محرما ليس الا لحرمة المسموع وليس كذلك فانه اذا تغنى بحيث لا يسمع غيره بل لنفسه يدفع عنه الوحشة لا يكره وقيل ولا يكره اذا فعله ليستفيد به تعلم القوافي وليصير فصيح اللسان وقيل مع الكراهة لا استماع الناس اذا كان في العرس والوليمة وان كان فيه نوع لهو بالنص في العرس فالجواب ان في التغني لاستماع نفسه ولدفع الوحشة خلاف بين المشايخ منهم من قال لا يكره لما يكره اذا كان على سبيل اللهو احتجاجا بما عن انس بن مالك رضي الله عنه انه دخل على اخيه البراء بن مالك رضي الله عنهما وكان من زهاد الصحابة وكان يتغنى وبه اخذ شمس الائمة السرخسي رح ومن المشايخ من كره جميع ذلك وبه اخذ شيخ الاسلام وجميل حديث البراء بن مالك رضي الله عنهما انه كان ينشد الاشعار المباحة التي فيها ذكر الحكم والمواعظ فان لفظ الغناء كما يطلق على المعروف يطلق على غيره قال صلى الله عليه وسلم من لم يتغن بالقرآن فليس منا والانشاد المباح من الاشعار لا باس به ومن المباح ان يكون فيه صفة امرأة معينة بخلاف ما اذا كانت بعينها حية واذا كان كذلك فجاز ان يكون المراد قائلا بتعميم المنع كشيخ الاسلام رح الا انا عرفنا من هذا ان التغني الحرام هو ما كان في اللفظ الآتي كصفة المذكر والمرأة المعينة الحية وصف الخمر الصريح اليها والدائرات والحانات والهجا المسلم او ذمي اذا اراد المتكلم هجاءه الا اذا وافق الشعر للاستشهاد به للتعلم فصاحته وبلاغته ويدل على ان وصف المرأة كذلك غير مانع كما سلف في كتاب الحج من انشاد ابي هريرة وهو محرم سه قامت تريك سبة منحجلا + سا قا بخندله وكعبا اورماه + وانشد ابن عباس رضي الله عنهما ان تصدق الامنيا + ليست والمرأة غير امنية فلو لان انشاد ما فيه وصف امرأة كذلك جائز لم ينقل الصحابة ولم يقطع به فهذا قول كعب بن زهير بين يدي النبي صلى الله عليه وسلم واسعاد غدوة البين اذ رحلت هلا اغن غضيض الطرف مكحول + يجلو عوارض ذي ظلم اذا ابتسمت + كانه منهل بالراح معلول + وكثير في شعر حسان من هذا القبيل وقد سمعه صلى الله عليه وسلم وانكره في قصيدته

ولانه قل يقف على عورات النساء بصوته وسطيه ربطيره طيره لا من سمع الغنى بكلامن يأتي بالطنبور وهو الصحيح قال ولا من يغني للناس لانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة قال ولا من يأتي من الكبائر التي يسقط بها العدالة

التي اولها سبعة بدلت فوادك في المنام خريدة وقيل الصحيح بيارد يسام وقال الزمخشري في ربيع الابرار الزمر جمع زمارة والمزمار الشبابة كقول ابن المعتز سقيا لايام خلت كانها اذ اصافحت ريحها عبيرة يعني مستأنفا كانما الرياض حولك تروقه تري الرياح اذا سخن عبيرة وتسلبه وتلبسه كل غداة ما ارق اعيننا على الكبرى كمطلع الحسناء في المرآة وجه الحسن على بدائعه فاذا جل ذلك على الملاهي امتنع وان كان موعظا وحكما لان الآلات نفسها مالذاك المستغني وهو اعلم وفي المغني الرجل الصالح اذا تغنى بشعر فيه فحش لا تبطل عدالته وفي مغني ابن قدامة الملاهي نوعان محرم وهو الآلات المطربة بلا خلاف كالمزمار والطنبور ونحوه لما روى ابو امامة انه عم قال ان الله بعثني رحمة للعالمين وامرني بمحق المعازف والمزامير والنوع الثاني مباح وهو الدف في النكاح في معناه وما كان من جارية سرور وهديه غير لما روي عن ابن عمر انه كان اذا سمع صوت الدف بعث من ينظر ان كان في وليمة سكن وان كان في غير وليمة عمد بالدرة في الاجناس مسئل محمد بن شجاع عن الاذى ترنم مع نفسه قال لا يقدح في شهادته واما القراءة بالالحان فانها قوم وخطرها قوم والمختار ان كانت الالحان لا تخرج الحروف عن نظمها وحذفوا منها فمباح والا فغير مباح كذا ذكروه وقد مر في باب الاذان ايضا ان التلحين لا يكون الا مع تغيير مقتضيات الحروف فلا معنى لهذا التفصيل وقدمنا هناك عن الامام احمد رحمه الله انه قال للسائل عن القراءة بالتلحين وقد اجاب بالمنع ما اسمك فقال محمد رحمه فقال ليجيبك ان يقال لك يا محامد بدا واما النائحة فظاهر امرها اليوم في العرف لمن اتخذت النياحة مكسبة فاما اذا ناحت لغيرها فصرح في الذخيرة قال لم تزل النائحة التي تنوح في معصيتها بل التي تنوح في معصية غيرها اتخذت ذلك مكسبة لانها لما ارتكبت معصية لاجل المال لا يؤمن ان تكتب شهادة الزور كذلك وجه الغير فيها من العقاء والنوح وهي العقاء والنوح في مدة طويلة لم يتعقب بذا احد من المشائخ فيما علمت لكن بعض متاخري الشارحين نظر فيه بانه معصية فلا فرق بين كونه للناس اولا قال صلى الله عليه وسلم لعن الله الصالقة والحالقة والشاقة وقال عليه السلام ليس منا من ضرب الخدود وشق الجيوب ودعى بدعوى الجاهلية وجاء في صحيح البخاري ولا شك ان النياحة ولو في معصية نفسها معصية لكن الكلام في ان القاضي لا يقبل شهادتها لذلك وذلك يحتاج الى الشهرة ليصل الى القاضي فانما قيدوا بكونها للناس بهذا المعنى والافهو رد عليه مثله في قولهم ولا مدمن الشرب على اللهو مديد شرب الاشربة المحرمة خمرا وغيره ولفظ محمد رد في الاصل ولا شهادة مدمن خمر ولا شهادة مدمن السكر يريد ولو من الاشربة المحرمة التي ليست خمرا فقال بذا الشارح شرط الادمان في الخمر وهذه الاشربة يعني الاشربة المحرمة لستوط العدالة مع ان شرب الخمر كبيرة بلا قيد الادمان ولهذا لم يشترط انخصاف في شرب الخمر الادمان لكن نص عليه في الاصل كما سمعت فما هو جوابه هو الجواب في تقييد المشائخ بكون النياحة للناس ثم هو نقل كلام المشائخ في توجيه اشتراط الادمان انه انما شرط ليظهر عند الناس فان من يشربها سرا لا تسقط عدالته ولم ينفس فيه بكلمة واحدة فكذا الذي ناحت في بيته لمصيبتها لا تسقط عدالتها لعدم اشتهاره وذلك الناس والنظر الى تعليل المصنف رح بعد ذكر الادمان بانه ارتكب محرما وبنى مع ان ذلك ثابت بلا ادمان وانما اراد انه اذا ادمن حينئذ يظهر انه ارتكب محرما وبنى فتر وشهادته بخلاف الاولى اذ النوح للناس في الغالب حينئذ يكون كالذي يظهر ويخرج سكران ويلعب به الصبيان في رد شهادته وصرح بان الذي يتهم بشرب الخمر لا تسقط عدالته ومنهم من فسر الادمان بمرتين وهو ان يشرب مرة اخرى وبذا هو معنى الاصرار وانت تعلم انه سيذكر رد شهادة من يأتي بابا من ابواب الكبائر التي تتعلق بها الحدود وشرب الخمر منها من غير توقف على ان نيته ان يشرب مدمنا لان النية امر مبطن لا تظهر للناس والمدارات التي تتعلق بوجودها حكم القاضي لا بد ان يكون ظاهرة لا خفية لانها معرفة والخفي لا يعرف والظهور بالادمان الظاهر لا بالبينة نعم بالادمان الظاهر يعرف اصراره لكن بدلالة العدالة لا يتوقف في الكبائر على الاصرار بل ان يتهما ويعلم ذلك وانما ذلك في الصغائر وقد اندرج فيما ذكرنا شرح ذلك اما من يلعب

قال ولا بين بين محل الحمام من ستر ازار لان كشف العورة حرام او ياكل الربوا او يقامر بالنرد والشطرنج لان كل ذلك من الكبائر
وكذلك من تفوته الصلوة للاشتغال بها فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من الشهادة لان للاجتهاد فيه مساغا
وشرط في الاصل ان يكون اكل الربوا مشهودا به لان الانسان قلما يخوض في مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربوا

بالطيور فلانه يورث غفلة وبذا كانت الخاصية المعروفة بالاستقراء وترد شهادة المغفل لعدم الامن من زيادته ونقصه ولانه يتوقف على عورات الناس عادة
سطحه ليطير طيره وهذا يقتضي منع صعود السطح مطلقا الا ان يراد ان ذلك يكثر منه لهذه الداعية فانها داعية كالحرب في اقتضاء المواظبة عليه كما في لعب الشطرنج
فانه يشاهد فيه داعية عظيمة على المواظبة حتى انهم يستمرون النهار والليل لا يسأل عن الكل لا شرب فانما من ظهر وجه على انه من دواعي الشيطان والاوجه ان
اللعب بالطيور فعل مستخف به يوجب في الغالب اجتماع اناس الا ول وصحبتهم وذلك مما يسقط العدالة هذا وفي تفسير الكبائر كلام فقيل هو السبع التي ذكرت
في الحديث وهو الاشراك بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت المومن والزنا وشرب الخمر وزاد بعضهم اكل الربوا واكل
مال اليتيم وفي البخاري عنه عليه السلام اجتنبوا سبع الموبقات قالوا يا رسول الله صلى الله عليه وسلم وما هن فذكرها وفيها السحر واكل الربوا واكل مال اليتيم وفي عده عم الا نعلم
اكبر الكبائر قالوا بلى يا رسول الله قال الشرك بالله وعقوق الوالدين وكان متكيا فجلس فقال الا وقول الزور وشهادة الزور فما زال يكررها الحديث و
قد عد ايضا منها السرقة وورد في حديث من جمع بين صلاتين من غير عذر فقد اتى بابا من ابواب الكبائر وقيل الكبيرة ما فيه حد وقيل ما ثبت حرمته بنص القرآن
وقيل ما كان حراما لعينه فقيل عن خواهر زاده منها ما كان حراما محضا مسببا في الشرع فاحشة كالمواظبة او لم يسم بها لكن شرع عليها عقوبة محضة بنص قاطع امانى الدنيا
بالحد كالسرقة والزنا والوعيد بالنار في الآخرة كاكل مال اليتيم والاستقطاع عدالة شارب الخمر بنفس الشرب لان هذا الحد ما ثبت بنص قاطع الا اذا داوم على ذلك
فان العدالة تزول بالاصرار على الصغائر فهذا اولى وهذا يخالف ما تقدم من عد شرب الخمر من الكبائر في نفس الحديث وذكره الاصحاب وفي الخلاصة
بعد ان نقل القول بان الكبيرة ما فيه حد نص الكتاب قال واصحابنا لم يأخذوا بذلك وانما نبنوا على ثلثة بيان احدها ما كان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الدين
والثاني ان يكون فيه مناينة المروة والكرم وكل فعل يرفض المروة والكرم فهو كبيرة والثالث ان يصر على المعاصي والفجور ولا يخفى ما في هذا من عدم
الانضباط وعدم الصحة ايضا وفي الفتاوى الصغرى العدل من يجتنب الكبائر كلها حتى لو ارتكب كبيرة تسقط عدالته وفي الصغائر العبرة للغلبة لتصغيره حسن ونقله عن ادب القاضي للخصاف وعليه المعول غير ان الحكم بزوال العدالة بارتكاب الكبيرة يحتاج الى الظهور فلذا شرط في شرب المحرم السكر الا ومان عند
الله سبحانه وتعالى علم ولا تقبل شهادة من يجلس مجالس الفجور والمجانة على الشرب ان لم يشرب لان اختلاطه بهم وتركه الامر بالمعروف تسقط عدالته وفي
الذخيرة والمحيط وكذا الاعانة على المعاصي واحتج عليها بما من جرأة الكبائر قوله ولا من يدخل حمام بغير ازار لان كشف العورة حرام وفي الذخيرة اذا لم يرجع
عن ذلك واما ما ذكر الكرخي ان من يمشي الطريق بسراويل ليس عليه غيره لا تقبل شهادته فليس للحرمة بل لانه يخل بالمروة قوله او ياكل الربوا الى
قوله لان من يفعل الافعال المستحقرة اما اكل الربوا فكثير اطلقوه وقيده بعضهم في الاصل بان يكون مشهورا به فقيل لان مطلقه لو اعتبر بالعالم لقبل شاذا
لان العقود الفاسدة كلها في معنى الربوا وقل من يباشر عقود البياعات ويسلم دائما منه وقيل لان الربوا ليس بحرام محض لانه يفيد
الملك بالقبض كسائر البياعات الفاسدة وان كان عاصيا مع ذلك فكان ناقصا في كونه كبيرة والمانع في الحقيقة هو ما يكون دليلا على امكان
ارتكاب شهادة الزور وشهادة الزور حرام محض فالدال عليها لا بد من كونه كذلك بخلاف اكل مال اليتيم ترد شهادته بمرة وقيل لانه اذا لم يشتهر به كان الواقع
ليس الا حمة اكل الربوا ولا تسقط العدالة به وبذا اقرب ومرجعه الى ما ذكرنا في وجه تقييد شرب الخمر بالادمان واما قوله
ليس بحرام محض فلا تعويل عليه والدال على تجويز شهادة الزور يكفي كونه مرتكبا محظورا وفيه الا ترى الى ما قال ابو يوسف
اذا كان الفاسق وجيها تقبل شهادته لبعدان يشهد بالزور لوجاهته على ما تقدم ثم لم يرتض ذلك لانه مخالف لنص

قال ولا تسمع شهادة المستخفين بالبول على الطريق وهم الذين يقعدون للناس للحاجة وان كانوا يصلون في المسجد ومن يأكل في الطريق

الكتاب قوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا والاول قالوا المختص بعقد على الاموال الربوبية فيه تفاصيل او نسبة بل اكثر ما كانوا عليه وليس آيات الربا بسبب اقترانهم المتبادر كالمائة وغيرها باكثر منه اولى اهل فان لم يقيد فيه اربا عليه فتربا الكثير وهذا هو المتداول في غالب الازمان لا بيع ودرهم بدرهمين نسيئة لا يتفق ذلك اصلا او لا قليلا واما اكل مال اليتيم فلا يتصوره احد ونصوا انه كبيرة وانت تعلم انه لا بد من الظهور لا قاضي الان الكلام فيما يرد به القاضي الشهادة فكانه تظهر لانه يحاسب فيعلم انه استقص من المال والحاصل ان الفسق في نفس الامر مانع شرعا غير ان القاضي لا يرتب في ذلك الا بعد ظهوره له فالكل سواء في ذلك كذا قول اذا علم انه يكتب بالزور شهادته سواء قام به او لم يقم لما في حديث ابي داود من كتب بالزور شيء فقد عصى الله ورسوله ولعنة الطحاوي في بلادنا مثله لانه يرشي ويطرح بلا حساب في اعمال وفكر وكل كان كذلك مما احدثه الشيطان وعلمه اهل الغفلة فهو حرام سواء قصد به اولا فاما الشطرنج فقد اختلفوا في اباحته فعندنا لا يجوز وكذا عند الامام احمد لما روينا فانه قيل ان الزرشير هو الشطرنج ولما سياتي في باب الكراهة ان شاء الله من قوله صلى الله عليه وسلم كل لهو المومن باطل الا ثلثة تاديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع اهله رواه ابو داود وعن عقبة بن عامر عنه صلى الله عليه وسلم ليس من اللهو الا ثلث تاديب الرجل فرسه وملاعبته مع اهله ورميه بقوسه ونبله وعند الشافعي ومالك يباح مع الكراهة ان تجرد عن الحلف كاذبا والكذب عليه وتاخير صلوة عن وقتها والمقامرة به فلما كان للاجتهاد فيه مسرح وساغ للقاضي العدالة به واما ما ذكر من ان من يلعب على الطريق ترد شهادته فلانه يتاني ان الامور المحقرة ولا تقبل شهادة اهل السعبدة والذي في ديارنا وهو كذلك اعني الذي ياكل منها وتتخذ هاكسفا ما من علمها ولم يعلم بها فلا وصاحب السيمياء على هذا اولى لان من يفعل الافعال المستقبحة وفي بعضها المستخفة وان لم تكن في نفسها محرمة والمستخفة بفتح الخاء وكسرها التي يستخف الناس فاعلها او الخصلة التي تستخف الفاعل فيها ومنه الايليق وعلى هذا المعنى قوله تعالى ولا يستخفنك الذين لا يوقنون وذلك كالاكل على قارعة الطريق يعني بمراى الناس والبول عليها ومثله الذي يكشف عورته ليستنجي من جانب بركة والناس حضور وقد كثر ذلك في ديارنا من العامة وبعض من لا يستحي من الطلبة والمشي بسراويل فقط ومد رجله عند الناس وكشف راسه في موضع بعيد فعله خفة وسوء ادب وقلة مروة وحياء لان من يكون كذلك لا يبعد منه ان يشهد بالزور وفي الحديث عنه عم ان مما ادرك الناس من كلام النبوة الاولى اذا لم تستح فاصنع ما شئت وعن الكرخي لو ان شيخا صارع الاحداث في الجامع لم تقبل شهادته لانه سخيف واما اهل الصناعات الدنية كالكساح وهو الذي يسمى في عرف بلاد مصر قواتي والزبال والحائك والحجام فقيل لا تقبل وبه قال الشافعي واحمد وجه بكثرة خلفهم الوعد وكذبهم ورايت اكثر مخالفي الوعد السمكري والاصح تقبل لانها قد تعد لانها قوام صالحون فما لم يعلم التفاوح لا يبنى على ظاهر الصناعة ومثله النخاسون والدلالون فانهم يكذبون كثيرا زيادة على غيرهم مع خلفهم فلا تقبل الا من علم عدالته منهم وقيل لا تقبل شهادة باغي الاكفان قال شمس الائمة هذا اذا ترصد لذلك العمل فاما اذا كان يبيع الثياب ويشتري منه الاكفان فيقبل لعدم تمنيه الموت للناس من الطاعون وقيل لا تقبل شهادة الصكاكين لانهم يكتبون هذا ما اشترى او باع او اجر او قبض المبيع قبل وقوعه فيكون كذبا والاصح في الكذب بين القول والكتابة والصحيح تقبل اذا كان غالب احوالهم الصلاح فانهم غالبا انما يكتبون بعد صدور العقد قبل صدوره ويكتبون على المجاز تنزيلا له منزلة الواقع يستفتون عن الكتابة اذا صدر المعنى بعد باور وبعض العلماء شهادة القروي والاعرابي وعامة العلماء تقبل الا المجازف غيره ولا تقبل شهادة الطفيلي والرقاص والمجازف في كلامه المسخرة وفي الحديث ويل للذي يحدث ويكذب كي يضحك منه الناس ويل له ويل بلا خلاف وقال نصير بن يحيى من يشتم امه وصاليكه كثيرا في كل ساعة لا تقبل وان كان لا حيانا تقبل وكذا الشتام للحيوان كدابته واما في ديارنا فكثير

من يظهر سبب السلف لظهور فسقه بخلاف من يكتمه وتقبل شهادة اهل الاهواء الا الخطابية وقال الشافعي لا تقبل لانه اغلظ وجوه الفسق ولنا انه فسق من حيث لا اعتقاد وما وقعه فيه لا لدينه فيمتنع عن الكذب وما كل من يشرب المثلث ويأكل مقروض التسمية عامدا مستبيحا لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي اما الخطابية فهم قوم من غلاة الروافض معتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتمكنت التهمة في شهادتهم لظهور فسقهم

قال وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض وان اختلفت مللهم وقال مالك والشافعي لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الفاسقون فيجب التوقف فيه ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم فصار كالمرتد ولنا ان النبي عليه السلام اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ولانه على اهل الولاية على نفسه وعلى اولاده الصغار فيكون من اهل الشهادة على جنسه والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لانه يجتنب ما يعتقد حرام دينه والكذب محظور الاديان كلها فجاز في المرتد لانه لا ولاية له وتجوز في شهادة الذمي على المسلم لانه لا ولاية له بالاضافة اليه ولانه يتقول عليه لانه يغيظه قهره اياه وملل الكفر وان اختلفت فهو قهر فلا يتمالؤن على التقول

يشتمون بالله الداية فيقولون قطع الله يمين بابك قلا من يختلف في كلامه كثيرا ونحوه وحكي ان الفضل بن الربيع شهد عند ابي يوسف فرد شهادته فشكاه الى الخليفة فقال الخليفة ان وزيري جهل وبين لا يشهد بالزور فسلم ردوت شهادته قال لاني سمعته يقول انا عبدك فان كان صادقا فلا شهادة للعبد وان كان كاذبا فكذلك فعذره الخليفة والذي عندي ان رد ابي يوسف رد شهادته ليس لكذبه لان قول الحر لغيره انا عبدك انما هو مجاز باعتبار معنى القيام بخدمتك وكوني تحت امرك ممتثلا له على انه نفسي في ذلك والتكلم بالمجاز على اعتبار الجامع ووجه الشبه ليس كذبا محضا شرعا ولذا وقع المجاز في القرآن ولكن رده لما يدل عليه خصوص هذا المجاز من ازلال نفسه وتعلقه لاجل الدنيا فرجا يغير هذا الكلام فاذا قيل للخليفة فعدل الى الاعتذار بما يقرب من خاطره والحاصل ان ترك المروءة مسقط للعدالة وقيل في تعريف المروءة ان لا يأتي الانسان ما يعتذر منه مما يخطه عن مرتبته عند اهل الفضل وقيل السمت الحسن وحفظ اللسان وتجنب السخف والمجون والارتفاع عن كل خلق دني والسخف رقة العقل من قولهم ثوب سخيف اذا كان قليل الغزل وعن ابي حنيفة رده لا تقبل شهادة البخيل وقال مالك ان افرط لانه يدعوه الى منع الحقوق قوله ولا من يظهر سبب السلف كالصحابة والتابعين ومنهم ابو حنيفة رده وكذا العلماء ونص ابو يوسف رده على عدم قبوله قال لانه اذا اظهر سبب واحد من المسلمين يسقط عدالته فاذا ظهر في واحد من الصحابة بتكفيف يكون مقبولا وقيد بالاظهار لانه اذا اعتقده ولم يظهر فهو على عدالته تقبل شهادته وكذا قال ابو يوسف من رواية ابن سماعة لا اقبل شهادة من يشتم اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم اقبل شهادة من يتبرأ منهم لان اظهار الشتمة مجونة وسفه لا يأتي به الا الاوضاع والاسقاط وشهادة السخيف لا تقبل ولا كذلك المتبري لانه يعتقده دينا مرضيا عند الله وان كان على باطل فالحاصل انه من اهل الاهواء وشهادة اهل الاهواء جائزة وتقبل شهادة اهل الاهواء كلهم من المعتزلة والقدرية والخوارج وسائرهم تقبل شهادتهم على مثلهم وعلى اهل السنة الا الخطابية وهم طائفة من الروافض لا تخصوص بدعتهم وهو انهم لا تقبل عندهم انهم يشهدون لمن حلف لهم انه محق اويرون وجوب الشهادة لمن كان على رأيهم وهو الذي ذكره المصنف فمنع قبول شهادتهم كذلك ولغير شيعتهم للامر الاول ونقل المصنف عن الشافعي هو قول مالك قال ابو حامد من الشافعية واما قول الشافعي فكقولنا بلا اختلاف وجه قول مالك ما ذكرنا ان البدعة في الاعتقاد من اعظم الفسوق فوجب رد شهادته بالآية ولنا ان صاحب الهوى مسلم غير متهم بالكذب لتدينه بتحريمه حتى انه يكفر به كالخوارج فهو البعد من التهمة واما الآية فانها مخصوصة بالفسق من حيث الاعتقاد مع الاسلام فكان المراد منها الفسق الفعلي ولذا قال محمد يقبل شهادة الخوارج اذا اعتدلوا ولم يقاتلوا فاذا قاتلوا ردت شهادتهم لاظهار الفسق بالفعل والدليل على التخصيص اتفاقنا على قبول روايتهم للحديث وفي صحيح البخاري كثير منهم مع اعتماد الغلو في الصحة مع ان قبول الرواية ايضا مشروطة بعدم الفسق ظاهرا وباطنا وهو ان من رد شهادته للفاسق لغلبة الكذب وذلك منتف فيهم والخطابية نسبة الى ابي الخطاب وهو محمد بن ابي زينب الاسدي الاجدع وقيل محمد بن ابي زينب الاسدي الاجدع وخرج ابو الخطاب بالكوفة وحارب عيسى بن موسى بن علي بن عبد الله بن عباس رضي الله عنهم واظهر الدعوة الى جعفر فقبض منه جعفر وادعا عليه فقتل وهو واصحابه قتله وصلبه عيسى بالكناسة قوله وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض قيد بالبعض ليخرج شهادتهم على المسلم فيدخل في اللفظ شهادة اهل ملة منهم على اهل ملة اخرى حتى نص عليه بقوله وان اختلفت مللهم احترز به عن قول ابن ابي ليلى وابي عبيد انها لا تقبل مع اختلاف الملة كشهادة اليهودي على النصراني وعكسه وقال مالك والشافعي لا تقبل اصلا لانه فاسق قال تعالى والكافرون هم الظالمون ووقع في كثير من نسخ الهداية والكافرون هم الفاسقون وفي النهاية النسخة المصححة تصحيح خطأ شيخي قال تعالى للكافرين هم الفاسقون اذا الذي في القرآن والكافرون هم الظالمون فيجب التوقف في خبره ولهذا لا تقبل شهادتهم على المسلم كالمرتد

قال ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي اراد به والله اعلم المستأمن لانه لا ولاية له عليه لان الذمي من اهل داره وهو على ملته وتقبل شهادة الذمي عليه لكمال شهادة المسلم عليه وعلى الذمي وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض اذا كانوا من اهل دار واحدة وان كانوا من دارين كالروم والترك لا تقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية ولهذا يمنع التوارث باختلاف الذمي لانه من اهل دار غير دار الكتاب والمستأ

بذلك الجامع ولقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم وقال ممن ترضون من الشهداء والكافر ليس بعدل ولا مرضي ولا نسلم انا لو قبلنا شهادتهم لاوجبنا القضاء على القاضي بشهادتهم ولا يلزم على المسلم شيء لقوله قال الحاوي ولنا ما روى ابن ابي شيبة عن النبي صلى الله عليه وسلم اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض قال الامام الحافظ الزيلعي غريب وبهذا اللفظ غير مطابق للمدعى وهو ان شهادة بعضهم على بعض جائزة وان اختلفت ملكهم ولو قال اهل الكتاب بعضهم على بعض لكان موافقا للمدعى وهذا اخرجه ابن ماجة عن مجالد عن الشعبي عن جابر بن عبد الله ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز شهادة اهل الكتاب بعضهم على بعض ومجالد فيه مقال ثم قال شيخنا علاء الدين ويوجد في بعض نسخ الهداية اليهود وعوض النصارى وذكر ما رواه ابو داود بهذا الاسناد جاءت اليهود برجل وامرأة منهم بهما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ائتوني باعلم رجلين منكم فاتوه بابني صوريا فنشدهما كيف تجدان امر هذين في التوراة قالا نجد فيها اذا شهد اربعة منهم انهم رؤوا ذكره في فرجها كالميل في المكحلة رجما قال فما يمنعكما ان ترجموهما قالا ذهب سلطاننا فكرهنا القتل فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم باليهود فجاء اربعة شهدوا انهم رؤوا ذكره في فرجها كالميل في المكحلة فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجمهما قال هكذا وجدته في نسخة عتيقة من سنن ابي داود بخطه بيده وهو تصحيف وانما هو مدعى عليه بالشهود كشفته نحن عشرين نسخة وكذا رواه اسحاق بن راهويه وابو يعلى الموصلي والبزار في مسانيدهم والدارقطني كلهم قالوا فدعا بالشهود وقال في التنقيح قوله وفي الحديث فدعى بالشهود فشهدوا زيادة في الحديث تفرد بها مجالد ولا يحتج بما تفرد به انتهى كلامه لكن الطحاوي اسنده الى عامر الشعبي عن جابر وفيه انه صلى الله عليه وسلم قال ائتوني باربعة منكم يشهدون ثم قول القائل لا يقبل ما تفرد به مجالد يحتاج فيه الى ما ذكر من ان الراوي الضعيف اذا قامت دلالة على صحة ما روى حكم به لارتفاع وهم الغلط ولا شك ان رجمه عمن كان بناء على ما سأل من حكم التوراة فيهما واجيبت من ان حكمها الرجم بشهادة اربعة اذ هو يوافق ما انزل اليه فلا بد من كونه بنى على شهادة اربعة في نفس الامر منهم وان لم يذكر في الرواية المشهورة لان القضية كانت فيما بين يهود في محاكمهم فهذه دلالة على ان مجالدا لم يغلط في هذه الزيادة وانت علمت في مسئلة اهل الهوا ان مثل الآية تسوق لافعال الله تعالى الذي تتيه عقولنا بالكذب لا لاعتقادنا ان شهادتهم على المسلمين نسخت بقوله ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا فبقيت شهادتهم على بعضهم بعضا تستدل بالمعنى وهو ان الذمي من اهل الولاية على جنسه بدليل ولايته على اولاده الصغار وعبيده فجازت شهادته على جنسه بخلاف المرتد لانتفاء ولايته عليهم اذ لا ولاية له اصلا فلا شهادة له ولانه يتقول على المسلم لغيضة قهره فكان متهما فيه بخلاف اهل ملة على اهل ملة اخرى ان عاداه ليس احدهم تحت قهر الآخر فلا حامل على المنقول عليه ولا يخفى ما فيه اذ مجرد العداوة مانع من القبول كما في مسلم يعادي مسلما ثم قيد هذا المعنى حديث ضعيف لعمر بن راشد رواه الدارقطني وابن عدي من حديث ابي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تجوز شهادة ملة على اخرى الا ملة محمد مصطفى صلى الله عليه وسلم فانها تجوز على ملة غيرها ويضاف قول الراوي اجاز شهادة اهل الكتاب بعضهم على بعض يحتمل ان يكون حكاية واقعة حال شهد فيها بعض اليهود على بعض او بعض النصارى على بعض فلا عموم لها ويحتمل انه حكاية تشريع قولي فيعم شهادة الملتين ملة على ملة فلا يحكم باحدهما عينا غير ان في هذه خلافا في الاصول ورجح الثاني وهي مسئلة قول الراوي مثل قضى بالشفعة **قوله** ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي اراد به المستأمن لانه لا يتصور غيره فان الحربي لو دخل بلا امان قهرا استرق ولا شهادة لعبد على احد وذلك لان الذمي اعلى من المستأمن لانه قبل خلف الاسلام وهو الجزية فهو اقرب الى الاسلام منه ولهذا يقتل المسلم بالذمي عندنا لا بالمستأمن وقوله بخلاف الذمي مستدل بقوله فان كانوا من دارين يعني تقبل شهادة الذمي على المستأمن وان كانا من اهل دارين مختلفين لان الذمي يعقد الذمة صار كالمسلم وشهادة المسلم تقبل على المستأمن فكذا الذمي وانما لا يجري التوارث بين الذمي والمستأمن لان المستأمن

وان كانت الحسنات اغلب من السيئات وانه يجتنب الكبائر قبلت شهادته وان اصر بمعصية هذا هو الصحيح شاهد العدالة المعتبرة اذا كان ابوه
من اهل الذمة وشهد بعد اسلامه بعد ان غلب على ظنه الصدق لا يقبل به العدالة المشروطة فلو وصفه الشهادة للشرط عدالة في اعتبار
جنايته التي سدت بابه وهو مفتوح احياء للحقوق قال وتقبل شهادة الاقلف لانه لا يزيل بالعدالة الا اذا ترك استخفافا بالدين لانه لم يبق بفعل
عليه قال والخصي قانت تمورضي الله عنه تقبل شهادته على قطع الخصيتين كما اذا قطعت يده قال وولد الزنا لان شرف لا يوجب
الولد كافرا هو مسلم وقال مالك لا تقبل في الزنا لانه يعير ان يكون غيره كمثله فيتهم قلنا العدالة لا يثار ذلك ولا يستحب الكلام في العدل قال شهادة
الخنثى جائزة لانه رجل اذا بال من ذكره وامرأة اذا بال من فرجها قال شهادة العمال جائزة والمراد عمال السلطان عند عامة المشائخ لان نفس العمل ليس بفسق الا اذا كان الغالب على
الناس وغير العامل اذا كان فاسقا في الناس فاسقا وكذا مع قبل شهادته كما عن ابي يوسف في الفاسق لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب خشية اللوم وقيامه به لا يشتغل على الشهادة الكاذبة

من اهل ديارنا فيما يرجع الى المعاملات والشهادة منها ومن اهل الحرب في الارث والمال قوله واذا كانت الحسنات اغلب من السيئات والرجل
يجتنب الكبائر قبلت شهادته هذا احد المعنى المروي عن ابي يوسف في حد العدالة وهو احسن ما قيل وفيه قصور حيث لم يحترز عن المروة بل اقتصر على تعلق بالمعاصي
والمروي عن ابي يوسف هو قوله ان لا يأتي بكبيرة ولا يصر على صغيرة ويكون ستره اكثر من هتكه وصوابه اكثر من خطائه ومروته ظاهرة ويستعمل الصدق و
يجتنب الكذب وبانه ومروته هكذا نقله القاضي ابو حازم حين سأله عبيد الله بن سليمان وزير المعتضد عن العدالة فقال له احسن ما نقل في هذا الباب
ما روي عن ابي يوسف يعقوب بن ابراهيم الانصاري القاضي ثم ذكر ذلك فكان يكفيه الى قوله ومروته ظاهرة وقول المصنف وهذا الامام مجتبى
فلا تفتح به العدالة يريد الصغيرة ولفظ الامام والم اشتهر في الصغيرة ومنه قول الى خراش وهو يسعى بين الصفا والمروة ان تغفر اللهم تغفر جما واي عبد لك
لا ألما كذا اورده الفقيه عنه بسنده ونسبه الخطابي الى امته ونسبه صاحب الذخيرة اياه الى النبي صلى الله عليه وسلم غلط ولا بأس بذكر افراد نص عليها منها ترك الصلوة بالجماعة بغير عذر
الامام لا طعن عليه في دين ولا حال وان كان متاولا في تركها كان يكون معتقدا فضيلة اول الوقت والامام يؤخر الصلوة او غير ذلك لا تسقط عدالته بالترك كذا ترك الجمعة بغير عذر
ومنهم من اسقطها بمرة واحدة كالحلواني ومنهم من شرط ثلاثة تعرات كالسرخسي والاول اوجه وذكر الاسبيجابي من الكل فوق الاشتباه تسقط عدالته عند الاكثر ولا بد من كونه متفقا عليه او
التقوى على صوم العيد او موسوسا الضعيف كذا من خرج لرؤية السلطان والامير عند قدومه ومن شهد وشهادة شيخ صالح المحاسبة انه في النفقة في طريق مكة كانه رأى
منه تضييقا ومشاحة تشهد بالبخل وذكر الخصاف ان ركوب البحر للتجارة او التفرج يسقط العدالة وكذا التجارة الى ارض الكفار وقرى فارس ونحوها الا
ضرورة ونفقة لعيال المال فلا بد من ان يكذب لاجل المال وترد شهادة من لم يحج اذا كان موسرا على قول من يراه على الفور وكذا من لم يؤد زكوته وبه
اخذ الفقيه ابو الليث وكل من شهد على اقرار باطل وكذا على فعل باطل مثل ما يأخذ سوق النخاسين مقاطعة واشهد على وثيقة باشتهدوا قال المشائخ
ان شهد واحل لهم اللعن لانه شهادة على باطل فكيف بهؤلاء الذين يشهدون عند مباشري السلطان على ضمان البهمات والاجارات المضادة
وعلى الجبوبين عندهم والذين في ترسيمهم قوله وتقبل شهادة الاقلف نص عليه الخصاف قال وتجوز صلوته وامامته الا اذا تركه على وجه الرغبة عن السنة
الا خوفا من الهلاك وكل من يراه واجبا تبطل به شهادته وعندنا هو سنة لما روي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال اختتن الرجال سنة وللنساء مكرمة ومع عن ابن عباس
رضه انه لا تقبل شهادته ولا تقبل صلاته ولا تؤكل ذبيحته انما اراد به المجوسي الا ترى الى قوله ولا تؤكل ذبيحته قوله والخصي اذا كان عدلا ولا مانع لان
حاصل امره الظلوم نعم لو كان ارتضاه لنفسه وفعله باختياره امنع وقد قبل عمر شهادة علقمة الخصي على قدامة بن مظعون رواه ابن ابي شيبة بسنده ورواه
ابو نعيم في الحلية مثنا اسمعيل بن مسلم عن ابي المتوكل ان الجارود شهد على قدامة انه شرب الخمر فقال له عمر هل معك شاهد آخر فقال لا فقال عمر اجارود ما اراك
الا مجلودا قال يشرب قدامك الخمر واجلده فقال علقمة الخصي لعمر اتجوز شهادة الخصي فاق وما بال الخصي لا تقبل شهادته قال فاني اشهد انه كان يشربها
ماقا حتى شربها فاقامه ثم جلده واخرجه عبد الرزاق مطولا قوله وولد الزنا تقبل شهادته في الزنا وغيره ولا تزر وازرة وزر اخرى وعن مالك لا تقبل
في الزنا وهو ظاهر في الكتاب وشهادة الخنثى المشكل جائزة اذا شهد مع رجل او امرأة فلو شهد مع رجل او امرأة واحدة لا تقبل الا اذا زال الاشكال بظهور ما يحكم به
بانه رجل او امرأة فيعمل بمقتضاه قوله وشهادة العمال جائزة والمراد عمال السلطان لان العمل نفسه ليس بفسق لانه معين للخليفة على اقامة الحق وحماية
المال لو جب ولو كان فسقا لم يله ابو هريرة وابو موسى الاشعري العمر وكثير وهذا احسن ما قيل ولو كان فسقا لم يله ابو بكر وعمر وعثمان لان هؤلاء
خلفاء والعمال في العرف من يوليهم الخليفة عملا فيكون نائبه فيه وكان الغالب فيهم العدالة في ذلك الزمان فتقبل ما لم يظهر ويشيع عنه الظلم كالحجاج

قال واذا شهد رجلان ان اباها اوصى الى فلان والوصي يدعي ذلك غير انه استحسانا ان انكر الوصي ذلك لم يجز وفي القياس كما يجوز ان ادعى وعلى هذا اذا شهدا للوصي انه اوصى اليه بذلك او عزله عما في يديه او اليت عليهما دين او شهد الوصيان انه اوصى الى هذا الرجل معهما وجه القياس ان هذه شهادة للشاهد لعود المنفعة اليه وجه الاستحسان ان المقاضي ولاية نصب الوصي اذا كان الميت مسلما والموت معروفا فيملك القاضي بهذه الشهادة معرفة الموصين لان يثبت بها ما تثبت فصار كالقرعة والوصيان اذا اقرا ان معهما ثالثا يملك القاضي نصب ثالث منهما لخروجهما عن التصرف باعترافهما بخلاف ما اذا انكرا ولم يعرف الموت لانه ليس له ولاية نصب الوصي فتكون الشهادة هي الموجبة وفي الوجهين للميت عليهما دين تقبل الشهادة وان لم يكن للميت صعود فالاظهر ان على انفسهما فيثبت بالاعتراف في حقهما وان شهدا ان اباهما الغائب وكله بقبض دينه بالكوفة فادعى الوكيل واذا انكر لم تقبل شهادتهما لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب ولو ثبت اذا ثبت بشهادتهما وهي غير موجبة لمكان التهمة قال ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح مجرد لانه لا يحكم بذلك لان الفسق مما يندرئ بالشبهة فلا يتحقق الالزام وكان فيه هتك الستر والستر واجب والاشاعة حرام والتمادي فيه يفضي ضرورة الى احياء الحقوق وذلك فيما يدخل تحت الحكم الا اذا شهدوا على اقرار المدعى بذلك لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم

وقيل اراد ما روي عن ابي يوسف في الفاسق الوجيه وعلمت ما فيه ورده شهادة الوزير لقوله للخليفة انا عبدك بعد هذه الرواية وقيل اراد بالعمال الذين يعملون ويواجرون انفسهم للعمل لان من الناس من رد شهادة اهل الصناعات الخسيسة فافرد هذه المسئلة لاظهار خلافهم وكيف لا وكسبهم اطيب وذكر الصدر الشهيد ان شهادة الرئيس لا تقبل وكذا الحاجب والصراف الذي يجمع عنده الدراهم ويأخذها طوعا لا يقبل وقدمنا عن البزدوي ان القائم بتوابع هذه النوائب السلطانية والجبايات بالعدل بين المسلمين ما جور وان كان اصله ظلما فعلى هذا تقبل شهادته والمراد بالرئيس رئيس القرية وهو المسمى في بلادنا الشيخ البلد ومثله المعروفون في المراكب والعرفاء في جميع الاصناف وعثمان الجهات في بلادنا لانهم كلهم اعوان على الظلم قوله واذا شهد الرجلان صورتها رجل ادعى انه وصي فلان الميت فشهد بذلك اثنان موصى لهما المال وورثة ان او غرماء لهما على الميت فمن اوصى للميت عليهما دين او وصيان فالشهادة جائزة استحسانا والقياس ان لا تجوز لان شهادة هؤلاء تتضمن جلب نفع للشاهد اما الوارثان لقصد هما نصب من يتصرف لهما وترويجها ويقوم باحياء حقوقها والغريمان الدائنان في الموصى لهما لوجود من يستوفيان منه والمديونان لوجود من يبرأ الان بالدفع اليه والوصيان من تعينهما في التصرف في المال والمطالبة وكل شهادة جرت نفعا لا تقبل وجه الاستحسان انا لم نوجب بهذه الشهادة على القاضي شيئا لم يكن واجبا عليه بل انما اعتبرناها على وزان القرعة لا لتثبت بها شيء ويجوز استعمالها لفائدة غير الاثبات كما جاز استعمالها لتطييب القلب في السفر باجدى نسائه لرفع التهمة عن القاضي في تعيين الانسب فكذا ههنا لهذه الشهادة في هذه الصورة وانما اعتبرناها بالفائدة لاسقاط تعيين الوصي عن القاضي فان القاضي اذا ثبت الموت ولا وصي نصب الوصي وكذا اذا كان للميت وصي وادعى العجز فبهذه الصور من ذلك فان الشهادة لم تثبت شيئا وثبت الموت فللقاضي او عليه ان ينصب وصيا فلما استويا ولا وصاية لهذا الرجل فقد رضوه واعترفوا له بالاهلية الصالحة لذلك فكفى القاضي بذلك مؤنة التفتيش على الصالح وعين هذا الرجل بتلك الولاية لا بولاة او جبتها الشهادة المذكورة وكذلك وصيا الميت لما شهدا بالثالث فقد اعترفا بعجز شرعي منهما عن التصرف الا ان يكون هو معهما او بعجز علمه الميت منهما حتى ادخل معهما فينصب القاضي الآخر وفي الصور كلها ثبوت الموت شرط لان القاضي لا يملك نصب وصي قبل الموت الا في شهادة الغريمين المديونين فانه لا يشترط في اثبات ذلك الموصى الذي شهدا له ثبوت الموت بانهما متقران على انفسهما بثبوت حق قبض الدين لهذا الرجل فتضرر هما في ذلك اكثر من نفعهما فقبلت شهادتهما بالوصية والموت جميعا وهذا بخلاف ما لو شهدا ان اباهما الغائب وكل هذا الرجل بقبض دينه وهو يدعي الوكالة لا تقبل لانه ليس للقاضي ولاية نصب الوكيل عن الغائب فلو اثبت القاضي وكالته لكان مثبتا لها بهذه الشهادة وهي لا تقبل لتمكن التهمة فيها على ما عرف واذا تحققت ما ذكرنا ظهر ان عدم قبول هذه ثابت قياسا واستحسانا اذ ظهر انه لم تثبت بها شيء وانما ثبتت عندها نصب القاضي وصيا اختاروه وليس هنا موضع غيرها يصرف اليه القياس والاستحسان ولو اعتبر في نفس الامر القاضي لكان القياس لا اباه فلا وجه لتجعل المشايخ فيها قياسا واستحسانا والمنقول عن اصحاب المذهب في الجامع الصغير ليس الا ما ذكر محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في شاهدين شهد احدهما ان اباهما اوصى اليه قال جائز ان ادعى ذلك وان انكر لم يجز شهادتهما وتفسيرها ان شهد ان اباهما وكله بقبض دينه بالكوفة كان باطلا في ذلك كله لان القاضي لا يقدر على نصب وكيل عن الغائب فلو نصبه كان عن هذه الشهادة وهي ليست بحجة

فرع لا تقبل شهادة الوصي للصبي بعد العزل ولو شهد للورثة الكبار تقبل وان كان في حال الوصاية قوله ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا تحكيم به قيل قوله ولا تحكيم به تكرار اجيب بجواز ان لا تسمع البينة ويحكم بعلمه فلم يلزم من عدم السماع عدم الحكم على نفي الامرين والمراد بالجرح المجرد عن حق الشرع او العبد فان كان متضمنا احدهما سمعت الشهادة وحكمه بها وذلك بان يشهدوا ان الشهود فسقة او زناة او اكلة الربوا او شربة الخمر او على اقرارهم انهم شهدوا بالزور او انهم رجعوا عن الشهادة

قال ولو اقام المدعي عليه البينة ان المدعي استأجر الشهود لم تقبل لانه شهادة على جرح مجرد ولا استيجار وان كان اعوازا زائدا عليه فلا خصم في اثباته لان المدعي عليه في ذلك اجنبي عنه حتى لو اقام المدعي عليه البينة ان المدعي استأجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة واعطاهم العشرة من مال الذي كان بيده لم تقبل لانه لا خصم في ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه وكذا اذا اقام احد الصانع هؤلاء الشهود على كذا من المال ودفعه اليهم فجاء ان لا يشهدوا على بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال ولهذا قلنا انه لو اقام البينة ان الشاهد عبد او محدود في قذف او شارب خمر او فاذف او شريك المدعي تقبل

او على اقرارهم انهم اجراء في هذه الشهادة او اقرارهم ان المدعي مبطل في هذه الدعوى او اقرارهم ان لا شهادة لهم على المدعى عليه في هذه الحادثة ففي هذه الوجوه لا تقبل الثلاثة اوجه اصحها الوجهان الذان ذكرهما المصنف احدهما الشهادة انما تقبل للحكم فلا بد من كون المشهود به مما يدخل تحت الحكم الفسق لا يدخل تحت الحكم لان الحكم الزام ليس في وسع القاضي الزام الفسق لاجل التمكن من رفعه في الحال بالتوبة الثاني ان المجرد هذه الشهادة يفسق الشهادة فلا تقبل شهادته بهذا لان فيه اشاعة الفاحشة وهو منهي عنه قال تعالى ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة في الذين امنوا لهم عذاب اليم فان قيل ليس المقصود اشاعة الفاحشة بل رفع الضرر عن المشهود عليه اجيب بان رفعه ليس يخرج صرفي افادة القاضي على وجه الاشاعة بان يشهد في مجلس القضاء المشتمل على ملأ من الناس ان ينبغي بان يخبر القاضي سرا فرع على هذه الصور التي ذكرنا او منها ما لو اقام رجل يعني المدعي عليه البينة ان المدعي استأجر للشهود لهذا الاداء لانه على جرح مجرد قال قيل الا استيجار امر زائد على مجرد الجرح اجاب المصنف بقوله والاستيجار وان كان امرا زائدا فلا خصم في اثباته لان المدعي عليه ليس نائبا عن المدعي في اثبات حقه هذا بل اجنبي عنه اورد انه ينبغي ان لا تقبل هذه الشهادة بجميع ما ذكرنا من وجوه الفسق من وجه آخر وهو ان يجعلوا منكرين لشهود المدعي فيخبرون بالوقع من الجرح فيعارض تعديلهم واذا تعارض الجرح والتعديل قدم الجرح اجيب بان المعدل في زماننا تخير القاضي سرا فاد يا من اشاعة الفاحشة والتحادي واما الرجوع عن الشهادة فلانه لا يسمع الا عند القاضي وقول الشاهد لا شهادة عندي لشك او ظن عرا بعد ما مضت فلا تقبل واما لو كان الجرح غير مجرد بان تضمن اثبات حق العبد والله سبحانه بان يشهدوا ان المدعي استأجرهم بعشرة وعطاهم بها من مال الذي كان في يده او اني صالحتهم على كذا وقضته اليوم على ان لا يشهدوا على بهذا وقد شهدوا او انا ابرأ البهم بهذا المال الذي وصل اليهم تقبل بخلاف ما لو قال صالحتهم على كذا الخ لكن لم اوف اليهم المال لانه جرح مجرد وكذا اذا شهدوا ان الشاهد عبد او محدود في قذف او شرب الخمر او سرق مني او زنى او شريك المدعي فيما ادعى به من المال او شهدوا على اقرارهم بانهم لم يحضروا ذلك المجلس الذي كان فيه هذا الامر قبلت او على اقرار المدعي انهم فسقة ونحو ذلك من اقراره مبطل شهادتهم كاقرار المدعي انه استأجرهم تقبل في ذلك كله لان منه ما تضمن حقا للعبد وهو ظاهر وفي ضمنه ثبت الجرح وهو رد الشهادة فقصد فان الرد حق العبد وضمنه ما تضمن حقا للشرع من حد كالشهادة بالسرقة وشربهم وزناهم او غير حد كالشهادة بانهم محدودون فانها قامت على اثبات قضاء القاضي وقضاء القاضي حق الشرع وضمنه ما هو مبطل لشهادتهم ولم يتضمن اشاعة فاحشة فتقبل وضمنه انهم شركاء المشهود له فيه اظهار الفاحشة فيقبل فتقسم الشركة كالمعاينة والمراد انه شريك المفاوضة فهاصل من هذا الباطل يكون لغير منفعة الا ان يراد انه شريك في المدعى به والا ان اقرار المدعي انهم لا يشهدون به على اقرار المدعي بما ينسبه الى شهوده من فسقهم ونحوه ليس فيه اشاعة منهم بل اخبار من اخبار المدعي عنهم بذلك فتصح كما لو سمع منه ذلك وذلك منه اعتراف ببطلان حقه والانسان مواخذ بزعمه في حق نفسه وكذا الاشاعة في شهادتهم انهم محدودون انما هي منسوبة الى قضاء القاضي او شهادة القذف بذا وقد نص الخصاف في الجرح المجرد انها تقبل الشهادة فيقبل في وجه انه يسقط العدالة فتقبل كالرق وانت سمعت الفرق واول جماعة قول الخصاف بجملته على شهادتهم في اقرار المدعي بذلك او انه يحمل كشاهد زكوة نفر وجرحه نفر وقد تقدم في هذا ما منعه ثم قد وقع في عدم صور عدم القبول ان يشهدوا بانهم فسقة او زناة او شربة الخمر وفي صور القبول ان يشهدوا بانه شرب او زنى لانه ليس حدا مجردا لتضمنه دعوى حق الله تعالى وهو المحدود يحتاج الى جمع وتأويل

قال ومن شهد ولم يرجع حتى قال اوهمت بعض شهادتي واوهمت بعض شهادتي اوكان شك فاجازت شهادته ومعنى قوله اوهمت اي اخطأت بنسيان ما كان حقا على ذكره او بزيادة كانت باطلة وجه هذا ان الشاهد في مجلس القضاء كان العذر واضحا فيقبل الرجوع كما لو اقر وهو على تلك الحالة وفي ما اذا قام عن المجلس ثم عاد وقال اوهمت لانه يرجع الزيادة من المدعي بتلبيس خيانة فوجب الاحتياط ولان المجلس اذا انعقد لحق المدعي بأهل الشهادة فصار ككلام واحد وكذلك اذا اختلف على هذا اذا وقع الغلط في بعض العدد او في بعض النسب هذا اذا كان موضع شبهة فاما اذا لم يكن فلا يلتفت الى رجوعه لان اعادة الكلام مثل ان يدع لفظة الشهادة وما يجري مجرى ذلك وان قام عن المجلس يعلم ان يكون كلاما عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه يقبل قوله في غير المجلس اذا كان عذرا ولهذا ذكر

قوله ومن شهد ولم يرجع حتى قال اوهمت بعض شهادتي اي اخطأت بنسيان عرائي بزيادة باطلة بان كان شهد بالف فقال انما هي خمسمائة او بنقصان بان شهد بخمسمائة فقال اوهمت انما هي الف جازت شهادته اذا كان عدلا لما بينا الحالة حالة خوف القاضي الماضي سأل عنه فعدل ووجهه ان الشاهد قد يتهيأ به لمهابة مجلس القضاء اذا طبع البشر النسيان وعند الشافعي مع عدم التهمة توجب قبول قوله وذلك بخلاف ما اذا غاب ثم رجع فقال ذلك لتكن تهمة استيفاء المدعي في الزيادة والمدعى عليه بالنقص في المال فلا تقبل وعلى هذا اذا غلط في بعض الحدود وبان ذكر الشرقي مكان الغربي ونحوه وفي بعض النسخ بان قال محمد بن احمد بن عمر مكان محمد بن علي بن عمر ان تداركه في المجلس قبل وبعده لا واذا جازت ولم ترفع فيما اذا قضى قبل جميع ما شهد به لان ما شهد به صار حقا للمدعي على المدعى عليه فلا يبطل حقه بقوله اوهمت ولا بد من قيده بان يكون المدعي يدعي الزيادة فانه لو شهد بالف فقال الشاهد بل اثنا عشر بخمسمائة لا يندفع الا اذا ادى الف خمسمائة وصورة الزيادة على تقدير الدعوى ان يدعي الف خمسمائة فشهد بالف ثم يقول اوهمت انما هو الف وخمسمائة لا ترد شهادته لكن بل يقضي بالف او بالف وخمسمائة قيل يقضي بالكل وقيل بما بقي فقط وهو الف حتى لو شهد بالف ثم قال غلطت بخمسمائة زيادة وانما هو خمسمائة يقضي خمسمائة فقط لان ما حدث بعد الشهادة وقبل القضاء يجعل كأنه عند الشهادة وهو لو شهد بخمسمائة لم يقض بالف كذا اذا غلطوا اليه مال شمس الائمة السرخسي فعلى هذا قوله في جواب المسئلة جازت شهادته اي لا ترد لكن لا يقضي الا كما قلنا سواء كان ذلك قبل القضاء او بعده روى الحسن عن ابي حنيفة اذا شهد شاهدان لرجل بشهادة ثم زادا فيها قبل القضاء او بعده وقالا اوهمنا وهما غير متهمين قبل منهما وظاهر هذا انه يقضي بالكل وعن ابي يوسف رجل شهد ثم جاء بعد يوم وقال سكتت في كذا وكذا فان كان القاضي يعرفه بالصلاح تقبل شهادته فيما بقي وان لم يعرفه بالصلاح فهذه تهمة وعن محمد اذا شهدوا بالدار للمدعي وقضى القاضي بشهادتهم ثم قالوا لا ندري لمن البناء فانا لا نجعلهم قيمة البناء كما لو قالوا سكنا في شهادتنا وان قالوا ليس البناء للمدعي فضمنوا قيمة البناء للمشهود عليه فعلم بهذا ان الشهود لا يختلفون الحكم من قولهم سكنا قبل القضاء وبعده وفي انه تقبل اذا كانوا عدولا بخلاف ما اذا لم تكن موضع شبهة وهو ما اذا ترك لفظة الشهادة او الاداة الى المدعي عليه او المدعي على احدهما فانه وان جاء بعد المجلس يكون قبل القضاء لان القضاء لا يتصور بلا شرط وهو لفظة الشهادة او التسمية ولو قضى لا يكون القضاء قضاء فروع من الخلاصة وقف وقفا على مكتب وعلى معلمه فنصب مشهد رجل من اهل القرية انه وقف فلان على مكتب كذا وليس للشهود اولاد في المكتب قبلت فان كان لهم فيه اولاد فالاصح انه يجوز ايضا وكذا لو شهد اهل المحلة للمسجد بشيء وكذا شهادة البقعة على وقفيتها وقف على مدرسة كذا وهم من اهلها تقبل وكذا اذا شهدوا ان هذا المصحف وقف على هذا المسجد ولو شهدا انه اوصى لفقراء جيرانه وهم للشهود اولاد محتاجون في جوار الموصي قال محمد لا تقبل للابن وتقبل للباقين وفي الوقف على فقراء جيرانه كذلك في وقف هلال قال وتقبل شهادة الجيران على الوقف وكذا ذكر الخصاف في اوقافه فيمن شهد على انه جعلها صدقة موقوفة على فقراء جيرانه او على فقراء المسلمين وهم من فقراء الجيران قال تجوز الشهادة لان فقراء الجيران ليسوا قوما مخصوصين الا ترى انما انظر الى فقراء الجيران يوم تقسم الغلة فمن انتقل منهم عن الجوار ولم يكن له في الغلة حق الا ترى الى رجلين فقيرين من اهل الكوفة لو شهدا انه جعل ارضه صدقة موقوفة على فقراء اهل الكوفة ان الشهادة جائزة فان الوقف ليس لهما عيانا منها خاصة الا ترى ان في الوقف يدخل الغلة غيرهما من فقراء الكوفة كان جائزا وكذلك كل شهادة لا تكون خاصة انما هي عامة مثل اهل بغداد واهل البصرة ونحو ذلك فان الشهادة جائزة وذكر قبل هذا باسطر ان شهدا انه جعلها صدقة موقوفة على جيرانه وهما جيرانه شهادتهما

باب الاختلاف في الشهادة

قال الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل

باطلة وكان الفرق بينهما في هذه الصورة اذ لا جبر ان لسواها بخلاف تلك الصورة ولو شهدوا انه اوصى بثلثه للفقراء واهل بيته فقراء لا تقبل ولو شهد بعض اهل القرية على بعض اهل القرية بزيادة الخراج لا تقبل وان كان خراج كل ارض معينا او لاخراج للشاهد تقبل وكذا اهل قرية شهدوا على صيغة انها من قريتهم لا تقبل وكذا اهل سكة يشهدون بشيء من مصالح السكة ان كانت السكة غير نافذة لا تقبل في النافذة ان طلب حقا لنفسه لا تقبل وان قال لا اخذ شيئا تقبل وهكذا في قول المدرسة هذا وفي فتاوى النسفي وقيل ان كانت السكة نافذة مطلقا وفي الاجناس في الشهادة على الوصية للفقراء واهل بيت الشاهد فقراء لا تقبل لهما ولو شهدا انه اوصى بثلثه لفقراء بني تميم وهما من بني تميم وهما فقيران الشهادة جائزة ولا يعطيان منه شيئا ومنه لو شهدا انه جعل ارضه صدقة لله تعالى على فقراء قرابته وهما من قرابته وهما غنيان يوم شهدا او فقيران لم تجز شهادتهما ووضع هذه الخصاف فيما اذا شهدا انه جعلها صدقة موقوفة على اهل بيته وهما من اهل بيته فهي باطلة قال وكذا اذا شهدوا على فقراء اهل بيته ومن بعدهم على المساكين ويوم شهدا هما غنيان قال شهادتهما باطلة لانهما ان افتقرا ثبت الوقت لهما بشهادتهما وكل شهادة تجر نفعا للشاهد او لابويه والولاده او زوجته لا تجوز ✣

باب الاختلاف في الشهادة

الاختلاف في الشهادة الاختلاف في الشهادة خلاف الاصل بل الاصل الاتفاق لان الاصل فيما يتفرع من جهة واحدة ذلك والشهادة كذلك لانها تتفرع اما عن رؤية كما في الغصب والقتل او سماع باقرار وغيره والشاهدان مستويان في ادراك ذلك فيستويان فيما يودیان فلذا اخره عالم يذكر فيه خلاف قوله الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة لانها لاثبات حقه فلا بد من طلبه وهو المدعي وقد وجدت الدعوى فيما يوافقها اي يوافق الشهادة فوجد شرط قبولها فتقبل وانعدمت فيما يخالفها فانها لما لم يطابقها صارت الدعوى بشيء آخر وشرط القبول الدعوى بما به الشهادة زائد واعلم انه ليس المراد من الموافقة المطابقة بل ما المطابقة او كون المشهود به اقل من المدعى به بخلاف ما اذا كان اكثر فمن الاقل ما لو ادعى نكاح امراة بسبب انه تزوجها بمهر كذا فشهدوا انها منكوحته بلا زيادة تقبل وتقضى بمهر المثل اذا كان قدر ما سماه او اقل فان زاد عليه لا يقضى بالزيادة وكذا في غير نسخة من الخلاصة والظاهر انه اتما يستقيم اذا كانت هي المدعية ومنه اذا ادعى ملكا مطلقا او بالتتاج فشهدوا في الاول بالملك بسبب وفي الثاني بالملك المطلق قبلنا لان الملك بسبب اقل من المطلق فانه يعتد الاولية بخلافه بسبب يفيد الحدوث والمطلق اقل من التتاج لان المطلق يفيد الاولية على الاحتمال والتتاج على اليقين وفي قلبه وهو دعوى المطلق فشهدوا بالتتاج لا تقبل ومن الاكثر ما لو ادعى الملك بسبب فشهدوا بالمطلق لا تقبل الا اذا كان السبب الارث لان دعوى الارث كدعوى المطلق هذا هو المشهور وقيده في الاقضية بما اذا نسبه الى معروف سماه ونسبه اما لو جهله فقال اشتريه او قال من رجل او زيد وهو غير معروف فشهدوا بالمطلق قبلت فهي خلافية ذكر الخلاف في القبول شمس الدين وعن هذا اختلفوا فيما اذا تحمل الشهادة على ملك بسبب واراد ان يشهد بالمطلق لم يذكر في شيء من الكتب واختلف المشائخ فيه والاصح للحيل له قلت كيف فيه ايضا ابطال حقه فانها لا تقبل فيما لو ادعاه بسبب ولو ادعى الشراء مع القبض فقال فقبضه منه هل هو كالمطلق حتى لو شهدوا بالمطلق قبلت في الخلاصة تقبل وحكى في فصول العمادي خلافا قيل يقبل لان دعوى الشراء مع القبض دعوى مطلق الملك حتى لا يشترط لصحة هذه الدعوى تعيين العبد وقيل لا تقبل لان دعوى الشراء

لان تقدم الدعوى فى حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها دائما فبطلت فيما يخالفها

معتبرة فى نفسها لاكالمطلق الا يرى انه لا يقضى له بالزوائد فى ذلك وفى فوائد شمس الاسلام دعوى الدين كدعوى العين وكذا فى شرح اسمعيل للحاوانى فلو ادعى الدين بسبب الغرض وشهدوا بالدين مطلقا قال شمس الائمة محمود الاوزجندى لا تقبل قال فى المحيط فى الآخرة مسئلتان يدلان على القبول وعندى الوجه القبول لان اولية الدين لا معنى له بخلاف العين وفى فتاوى رشيد الدين لو ادعى الملك المطلق فشهدوا عليه بسبب ثم شهدوا على المطلق لا تقبل لانهم لما شهدوا بالسبب جعل دعوى المطلق ملحقة فلا تقبل بعده على المطلق ولو شهدوا اولا على المطلق ثم شهدوا على الملك بسبب تقبل لانه ببعض ما شهدوا به اولا ولو ادعى المطلق فشهدا احدهما به والآخر مع السبب تقبل ويقضى بالملك المحادث كما لو شهدوا جميعا وكل ما كان بسبب عقد او شراء وهبة فهو ملك حادث ولو ادعى بسبب فشهد احدهما به والآخر مطلقا لا تقبل كما اذا شهدوا جميعا بالمطلق وان ذا اليد قبضه لغير حق ودعوى الملك بسبب الارث كدعوى الملك المطلق فى اتحاد الشاهدين دون الآخر تقبل فى دعوى خير المؤرخ لا فى دعوى الملك المؤرخ ولو ادعى الشراء بسبب ارخ فشهدوا به بالتاريخ تقبل لانه اقل وعلى العكس لا تقبل ولو كان للشراء شهران فارخوا شهرا تقبل وعلى العكس لا تقبل ومن الزيادة والنصف ما يتضمنه هذه الفروع التى نذكرها وان فى يد رجلين اقتسماها ودعا احدهما فادعى رجل على الحاضر ان له نصف هذه الدار مشاعا فشهدوا ان له النصف الذى فى يد الحاضر فهى باطلة لانها بأكثر من المدعى به ادعى واراد استثنى طريق الدخول والخروج لها ومرافقها وشهدوا انها له ولم يستثنوا شيئا لا تقبل كذا لو استثنى بيتا ولم يستثنوه الا اذا وافق فقال كنت بعت ذلك البيت منها فتقبل وفى المحيط نقلا عن الاقضية وادب القاضى للخصاف اذا ادعى الملك للحال امى فى العين فشهدوا ان هذا العين كان قد ملكه تقبل لانها اثبتت الملك فى الماضى فيحكم بها فى الحال مالم يعلم المزيل وقال شمس الدين بعد ما ذكرنا لا يجوز للقاضى ان يقول امروز ملك وى سيد اينك انتهى معنى هذا لا يحل للقاضى ان يقول للخصوم انه ملك اليوم لكم يقضى للقاضى ان يقول بل للمعلوم انه خرج من ملكه فقط ذكره فى المحيط قال العمادى فعلى هذا اذا ادعى فشهدوا انه كان له عليه كذا ينبغى ان تقبل كما فى العين ومثله ما اذا ادعى انها زوجته فشهدوا انه كان تزوجها ولم يستمروا للحال تقبل بخلاف ما اذا شهدوا بالملك فى الماضى لما لو شهدوا بالبيد له فى الماضى لا يقضى به فى ظاهر الرواية وان كانت اليد تسوغ الشهادة فى الملك على ما اسلفناه ومن ابى يوسف رح يقضى بها وخرج العمادى على هذا ما فى الواقعات لو اقر بدين رجل عند الرجلين ثم شهد عدلان عند الشاهدين انه قضى دينه ان شاهدى الاقرار يشهد ان انه كان له عليه دين ولا يشهدان ان له عليه فقال هذا ايضا دليل على انه اذا ادعى الدين وشهدوا انه كان له عليه تقبل هذا غلط فانه انما تعرف لما يسوغ له ان يشهد ولا للقبول او عدمه بل بما يوخذ من صفة من احدى البشارتين دون الاخرى ثبوت القبول فى احدهما دون الاخرى كيف وقد ثبت ان بشهادة العدلين عند الشاهدين انه قضاه لا يشهدان حتى يجبر القاضى بذلك وان القاضى رح لا يقضى بشئ وسيأتى من مسائل الكتاب اذا علم شاهد الالف انه قضاه خمسمائة لا يشهد ان حتى يقر بقبضها والله سبحانه اعلم وعكس ما نحن فيه لو ادعى فى الماضى ان هذه الجارية كانت ملكى فشهدوا انها له اختلف فى قبولها والاصح انها لا تقبل وانما لا تقبل اذا شهدوا على طبق دعواه هذه انها كانت له لان بينا والمدعى دليل على نفى ملكه فى الحال فلا فائدة فى الاقتصار على الماضى الا ذلك فليكن ما شهدوا به مدعى بخلاف الشاهدين فانه استند ملكا يدل على نفيها اياه فى الحال يجوز ان قصدهما الى الاخبار عما علم لهما به اذا لم يعلما سوى ثبوته فى الماضى وقد يكون قطع التقبل فيخبر انه وان كان ثبت للحال الا استصحابا به وفى خلاصة المدعى والنقرة البيضة وبين الوزن وشهدوا على النقرة لم يذكر البيضة او رثية او وسطا تقبل ويقضى بالرديء بخلاف ما لو ادعى تفسيرا وقيد مع الخالة

قال ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة رح فان شهد احدهما بالف والآخر بالفين لم تقبل الشهادة عنده وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعى يدعي الالفين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والعلقة والثلث

فشهدوا من غير تحالة او تحالفوا فشهدوا على غير المنحول لا تقبل وفيها ان من ادعى على رجل الف ثمن مبيع فشهدوا على الف من ضمان جارية غصبها وهلكت عنده لا تقبل عن هذا ذكر في المسئلة المستورة وهي ما اذا شهدا بالف من ثمن جارية باعها منه فقال البائع انه اشهدها عليه بذلك والذي لا عليه ثمن مبيعها تقبل شهادتهما فقال في الخلاصة هو محمول على انهما شهدا على اقراره بذلك اي اقرار المدعى على ثمن الجارية كان بمثله في الاقرار تقبل لما سيأتي وفي الكفاية اذا شهدا انه اقر بكفيل الف عن فلان فقال الطالب هو اقر بذلك لكن الكفالة كانت عن فلان آخر كان له ان يأخذه بالمال لانهما اتفقا فيما هو المقصود فلا يضر هما الاختلاف في السبب ومثله ادعى انه آجره دارا وقبض بدل الاجارة ومات فانفسخت الاجارة وطلب بدل الاجارة فشهدوا ان الآجر اقر بقبض بدل الاجارة تقبل وان لم يشهدوا على عقد الاجارة لانهم شهدوا بالمقصود وهو استحقاق بدل الاجارة ولو ادعى الدين او القرض فشهدوا على اقراره بالمال تقبل وان شهد احدهما به والآخر بالاقرار به فقد اطلق القبول في المحيط والعمدة وقال قاضي خان قالوا تقبل عند ابي يوسف رح ولو ادعى قرضا فشهدوا ان المدعى رفع عليه كذا ولم يقولوا وقبضها المدعى عليه يثبت قبضه بالشهادة على البيع شهادة على الشراء ولو اثبت القبض بذلك باذن القول لذي اليد انه قبض بجهة الامانة فيحتاج الى بينة على انه بجهة القرض ان ادعاه ولو ادعى انه قضاه ونفاه فشهد احدهما به والآخر باقراره انه قبضه لا تقبل ولو شهدا جميعا بالاقرار به قبلت ولو ادعى شراء دار من رجل فشهدا انه اشتراها من وكيله لا تقبل وكذا لو شهدوا ان فلانا باعها منه وهذا المدعى عليه اجاز البيع ادعى انك قبضت من مالي جلا بغير حق مثلا وذكر سنه وقيمته فشهدا انه قبض من فلان غير المدعي تقبل ويجبر على احضاره لانه قال من مالي ولم يقبل قبضت مني فلا يكون ما شهدا به بينا قضه فيحضره ليشير اليه بالدعوى فاذا اختلف الشاهدان ووجد شرط القبول في شهادة احدهما فقط وهو ما طابق الدعوى من الشاهدين والواحد لا يقوم به الحجة للقاضي وانما قيد الاشتراط بحقوق العباد احترازا عن حقوق الله سبحانه فان دعوى مدع خاص غير الشاهد ليس شرطا لقبول الشهادة لان حقه تعالى واجب على كل احد القيام في اثباته وذلك الشاهد من جملة من عليه ذلك فكان قائما في الخصومة من جهة الوجوب عليه وشاهدا من جهة تحمل ذلك فلم يحتج فيها الى خصم آخر قوله ويعتبر اتفاق الشاهدين الخ اي يشترط التطابق بين كل من الشاهدين كما بين الشهادة والدعوى ايضا لوجوب التضامن الشرط في مطابقة الشهادتين عند ابي حنيفة رحمه الله في اللفظ والمعنى والمراد من مطابقتهما تطابق لفظهما على فادة المعنى سواء كان يعين ذلك اللفظ او بمرادف حتى لو شهد احدهما بالهبة والآخر بالعطية قبلت لا بطريق التضمن فلو شهد احدهما بالف والآخر بالفين لم تقبل فلم يقض بشيء عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين بخلاف ما لو كان يدعي الفا لا يقضى بشيء اتفاقا لانه اكذب شاهد الالفين الا ان فوق فقال كان لي عليه الفان فقضاني الفا او ابرأته من الف وللشاهد ان يعلم بذلك فح يقضى له بالالف على هذا لو شهد احدهما بمائة والآخر بمائتين او بطلقة وطلقتين وطلقة وثلاث لا يقضى بطلاق اصلا عنده وعندهما يقضى بالاقل وعلى هذا الخمسة والعشرة والدرهم والدرهمان وبهذا في دعوى الدين اما في دعوى العين بانه كان في ليس الفا درهم فشهد احدهما ان جميع ما في الكيس له وهو الف درهم والآخر ان نصف ما فيه له وهو الف قبلت شهادتهما ان ذكر المقدار في المشار اليه مستغنى عنه ذكره الخجندي لقولهما قال الشافعي رح في احد قوليه على الشافعي رح في رواية عن الزيادي يحلف عليها انهما اتفقا على الالف او الطلقة وتفرد احدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به احدهما وصار كالالف والالف وخمسمائة حيث اتفقتا على انه قضى بالالف كذلك وهو انهما اجتمعا على الشهادة بها ولابي حنيفة رحمه الله انهما اختلفا في لفظ غير مرادف لان الالف لا يعبر به عن الالفين ويلزمه اختلاف في المعنى

فرأيهما اتفقا على الالف او الطلقة وتفرد احدهما بالزيادة فثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به احدهما فصار كالالف والخمسمائة وعلى ابي حنيفة رحمه الله اختلفا فسقط وذلك يدل على اختلاف المعنى لانه يستفاد بالاسقاط هذا لان الالف لا يعبر به عن الالفين بل هما جملتان متباينتان فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد فصار كما اذا اختلف جنس المال

فانما لم تقبل الالف والالفان جملتان اي عدتان متباينتان حصل على كل واحدة منهما شاهد فصار كما اذا اختلف جنس المال بان شهد احدهما بمائة دينار والآخر بمائة درهم او بمائة قفيز والآخر بمائة سود والمدعى يدعي السود لا تقبل على شيء اصلا لان المدعي الكذب شاهد البيض لانه لا يوافق المدعي فيقول كان لي بيض فاستبرأته من صفة الجودة فتقبل ح اما لو كان يدعي البيض ولها مزية فانه يقضي بالسود وقد ذكروا خلافا ذكره في الخلاصة من الاقضية وكذا لو شهد المدعي بكرخطة وقال احدهما جيدة والآخر ردية والدعوى بالافضل يقضي بالاقل كذا لو ادعى مائة دينار فقال احدهما نيسابورية والآخر بخارية والمدعي يدعي النيسابورية وهي اجود يقضي بالبخارية بلا خلاف ينقل ويحتاج الى الفرق على قول ابي حنيفة وهو انما اتفقا على الكمية والجنس فصار كما لو شهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة فان قيل لم يقع جواب قولها الشاهد بالفين شاهد بالالف فيضمها فاجتمعا عليه وتفرد احدهما بالزيادة فلا تقبل اجيب بانه ما شهد بها الا من حيث هي جزء الالفين وانما تثبت للالف في ضمن ثبوت الالفين لان المتضمن لا يثبت بدون المتضمن ولم تثبت الالفان فلم تثبت الالف فان قيل يشكل على قوله ما لو ادعى الفين وشهد ابالف تقبل بالاتفاق مع عدم المطابقة بين الدعوى والشهادة وهي شرط وعلى قول الكل لو شهد احدهما انه قال لها انت خلية والآخر انت برية لا يقضي ببينونة اصلا مع اتفاقهما البينونة وتقدم ان اختلاف اللفظ وحده غير ضائر كما لو شهد احدهما بالهبة والآخر بالعطية تقبل اجيب عن الاول بان الاتفاق بين الدعوى والشهادة وان اشترط لكن ليس على وزان الاتفاقية بين الشاهدين الا يرى انه لو ادعى الغصب والقتل فشهد على اقراره بقبول ولو شهد احدهما بالغصب والآخر على اقراره به لا تقبل ح فقد حصلت الموافقة بين الدعوى والشهادة فانه لما كان يدعي الفين كان مدعيا الالف وقد شهد به اثنان صريحا فتقبل بخلاف شهادتهما بالالف الذي لم يشهد الا واحد على الالفين من حيث هي الفان ح لم تثبت الالفان في المبسوط والاسرار الذي يبطل مذهبهما ما لو شهد شاهدان بطلقة يعني قبل الدخول وآخران بثلاث وفرق القاضي بينهما قبل الدخول ثم رجعوا كان ضمان نصف المهر على شاهدي الثلث لا على شاهدي الواحدة ولو اعتبرنا قالا ان الواحدة توجد في الثلاث كان الضمان عليهما جميعا ولا يلزم ما اذا قال لها طلقتك نصف ثلاثا فطلقت واحدة تقع الواحدة لان التعويض تمليك فقد ملكها الثلث بالتعويض فيها والملك يوجد من مملوكه ما شاء كما لو طلقها الفا يقع الثلث بملكه القدر غير انه لغى ما فوق الثلث شرعا واما عن الثاني فيمنع الترادف لان معنى خلية ليس معنى برية لغة والوقوع ليس الا باعتبار معنى اللغة ولذا قلنا ان الكنايات عوالم بحالها وهما لفظان متباينان لمعنيين متباينين غير ان المعنيين المذكورين المتباينين يلزمهما لازم واحد وهو وقوع البينونة والمتباينان قد تشترك في لازم واحد فلا تنافيهما ثابت في اللفظ والمعنى فلما اختلف المعنى فيهما كان دليل اختلال تحملها فان هذا يقول لا وقعت البينونة الا بوصفها بخلية والآخر لم تقع الا بوصفها ببرية والاقل تقع البينونة هذا كله اذا لم يدع المدعي عقدا ما ان ادعى المال في ضمن دعوى العقد في البيع والاجارة والجواب باستعمله في آخر الباب فاعلم ان من المسائل المذكورة في اوقاف الخصاف ما يخالف اصل ابي حنيفة رح ذكرا ولم يذكر خلافا بل اشار الى انها اتفاقية فانه ذكر فيما اذا شهد احدهما انه جعلها صدقة موقوفة ابدا على ان لزيد ثلثها وشهد اخران لزيد نصفها قال اجعل لزيد ثلث غلتها الذي اجمعا عليه والباقي للمساكين وكذا اذا سمى احدهما مالا لزيد من هذه الصدقة والاخر اقل منه حكم لزيد بما اجمعا عليه وكذا اذا شهد احدهما انه قال لعطى زيدا من غلة هذا الوقف من كل سنة مائة وتسع عياله بالمعروف وقال الاخر يعطى الفا قال اقدر نفقته ونفقة عياله في العام فان كانت اكثر من الالف حكمت له بالالف او الالف اكثر اعطيته نفقته والباقي للمساكين هذا بعد ان ادخل الكسوة في النفقة ثم اورد على نفسه فقال قلت لم اجزت هذه الشهادة وقد اختلفا في لفظها قال المعنى فيه اذا اراد الواقف الى ان لزيد بعض هذه الغلة واجمل لها الاقل انتهى فاير اد هذا السؤال هو الذ

قال وان شهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الفا وخمسمائة قبلت الشهادة والا لزم ان لا تقبل الشاهدين على النصف معنى لان الالف والخمسمائة متضمنة لها على الاجزاء والعطف يثبت التغاير والطلقة والنصف للالف والخمسون تحرك العشرة والخمسة عشر لكنه ليس بلفظهما حتى لو تفرد الالف لم يقض الا بالالف والفرق بين ان قال المدعي لم يقض لي عليه الا بالالف فشهادة الذي شهد بالالف والخمسمائة باطلة لانه كذبه المدعي في الشهود به وكذا اذا سكت لانه يدعي الالف لان الكل يتضمنها لكن يتأخر الاعم يدعي ال

قال واذا شهد شاهدان ان الله قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد اخران انه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم يقبل الشهادتين لان احدهما كاذبة يقينا وليست احداهما باولى من الاخرى فان سبقت احداهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل لان الاولى قد تعينت بالقضاء بها فلا تنتقض بالثانية قال واذا شهد اعلى رجل انه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع وان قال احدهما بقرة والاخر ثور لم يقطع وهذا عندابي حنيفة رحمه الله وقالا يقطع في الوجهين جميعا وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة لانهما في السواد والبياض وقيل هو في جميع الالوان لان السرقة في السواد غيرها في البياض فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة وصار كالغصب بل اولى لان ابا الحكم اهون وصار كالذكورة والانوثة ولهما ان التوفيق ممكن لان التعمل في الليالي من بعيد واللونان يتشابهان اذ يجتمعان في واحد فيكون السواد من جانب هذا البياض من جانب آخر وهذا شاهد بخلاف الغصب لان التعمل فيه بالنهار على ثوب هندي والذكورة والانوثة لا يجتمعان في واحدة ولهذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه

وليس على اداتهما فشهادتي باطلة ولا يقضي بالالف فرواية الجامع الصغير ازالة التهمة واثبت جواز الشهادة واستدرج في النهاية فقال التقاء بين مسئلة الجامع والمسئلة التي قبلها ان في مسئلة الجامع احد الشاهدين شهد بالقضاء لليدلون كل الدين وفي التي قبلها شهد بقضاء بعض الدين قوله واذا شهد شاهدان ان زيدا قتل يوم النحر بمكة واخران انه قتله يوم النحر بالكوفة لم يقض بواحدة منهما فلو لم يجتمعوا بل شهد انه قتله بمكة فقضى به ثم شهد اخران انه بالكوفة فانه يقبل الشهود عليه اما الاول فلكذب احد حديهما يقينا ولا اولوية واما الثاني فللاولوية بالاتصال القضاء الصحيح بها فانه حين قضى بالاولى لا معارض لها واذا لم تقدر شرعا فلا تغير الحكم الشرعي الذي ثبت شرعا بحدوث معارض كمن له ثوبان في احدهما نجاسة شك في تعيينه فتحرى وصلى في احدهما ثم وقع بظنه على الآخر لا يصلي فيه ولا تبطل صلوته في الاول لانه ثبت تحريه الاول حكم شرعي هو الصحة بعد وجوب فيه فلا يؤثر الثاني في رفعه وكذا الاختلاف في الآلة قال احدهما قتله بسيف وقال الآخر بعصا لا تقبل وكذا ان شهد احدهما بالفعل والآخر باقراره لا تقبل لاختلاف المشهود به لان القول غير الفعل الذي هو نفس القتل ولم يتم على احدهما نصاب وكذا الضرب الواقع امس بتلك الآلة ليس عين الضرب الواقع اليوم وبالحري حقيقة ولا حكما لانه لا يمكن جعل الفعل الثاني اخبارا عن الاول ليتحد بالفعل نفسه وكل ما هو من باب الفعل كالبيع والجناية مطلقا والغصب ومن باب القول المشروط في صحته الفعل كالنكاح المشروط فيه انعدام الشهود فاختلافهما في الزمان او المكان او الانشاء والاقرار يمنع القبول لما ذكرنا والمراد من الانشاء والاقرار انشاء القتل والاقرار به مثاله لو ادعى الغصب فشهد احدهما به والآخر بالاقرار به لا تقبل ولو شهد جميعا بالاقرار به قبلت بخلاف اختلافهما في الزمان والمكان فيما هو من باب القول كالبيع والشراء والطلاق والعتاق والوكالة والوصية والرهن والاقرار والقرض والبراءة والكفالة والحوالة والقذف لا يمنع القبول فان القول ما يتكرر بصيغة واحدة انشاء واخبارا وهو في القرض بمجلة على قول القرض فرخنك وكذا القبض في الرهن والهبة والصدقة والشراء وان كانا يشتهدان بمعاينة القبض لان القبض لا يكون غير مرة وفي المحيط ادعى عينا في يد رجل انها ملكه وان صاحب اليد قبضها بغير حق منذ شهر وشهدوا له بالقبض مطلقا لا تقبل لان شهادتهم على القبض لا تاريخ محمول على الحال والمدعي يدعي الفعل في الماضي والفعل في الماضي غير في الحال كما لو ادعى القتل منذ شهر فشهدوا به في الحال وكذا لو ادعى القبض مطلقا وشهدوا به من شهر لانه ادعى الفعل في الحال وهم شهدوا به في الماضي فلا تقبل الا ان لا وفق وقال ارد من المطلق القبض من ذلك الوقت وقيل تقبل في هذا من غير توقيت لان المطلق اكثر واقوى من المورخ فقد شهدوا بما قل مما ادعى به فتقبل انتهى فقد ظهر ان من الفعل القبض ومن القبض على الاصل المذكور ادعى الشراء اول من امس فشهدوا به امس تقبل لانه قول ولو ادعى النكاح اول من امس فشهدوا به امس لا تقبل لانه يتضمن الفعل كما ذكرنا من قريب هذا كله جميعا وقال الشافعي واحمد في ظاهر الرواية اختلافهما في الزمان والمكان يمنع في الكل الا اذا شهدا انه طلقها يوم الخميس وقال الآخر اقر بطلاقها يوم الجمعة واذا شهدا على اقرار الراهن والواهب والمتصدق بالقبض جازت ولو ادعى البيع وشهدا على اقرار البائع به واختلفا في الزمان والمكان قبلت وكذا لو شهد احدهما بالبيع والشراء والآخر على الاقرار به تقبل لان لفظهما سواء في الاقرار والانشاء فلم يثبت اختلاف المشهود به ذكره في الفصولين وفيه عن الفتاوى الصغرى لو سكت شاهد البيع عن بيان الوقت والمكان فسألها القاضي فقالا لا نعلم ذلك تقبل لانهما لم يكتفا احفظا ذلك قوله واذا شهد الخ صورتها ادعى على رجل انه سرق له بقرة ولم يذكر لها لونا واقام بينة فشهد احد بسرقة حمراء والآخر سوداء قال ابو حنيفة تقبل ويقطع وقالا هما والائمة الثلاثة لا يقطع ولو ان المسروق منه عين لونا كحمراء فقال احدهما سوداء لم يقض اجماعا لانه كذب احد شاهديه ولا فرق فيما اذا لم يعين المدعي لونا بين كون اللونين اللذين اختلفوا فيهما متقاربين كالسواد والحمرة ومتباعدين كالبياض والسواد في ثبوت الخلاف وقيل في المتباعدين الاتفاق على عدم القبول والاصح الاول ولم يذكر المصنف رحمه الله حكم المبسوط والظهيرية وعلى الخلاف المذكور لو ادعى سرقة ثوب مطلقا فقال احدهما هروي والآخر مروي ولو اختلفا في الزمان والمكان لم تقبل اجماعا لما ذكرنا من التوفيق

بخلاف الاشهاد

قال ومن شهد لرجل انه اشترى عبدًا من فلان بالف وشهد آخران انه اشترى بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة كان المقصود اثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد وكان المدعي يكذب احد شاهديه وكذلك اذا كان المدعي هو البائع ولا فرق بين ان يدعي لمدعى اقل المالين او اكثرهما لما بينا وكذلك الكتابة كان المقصود هو العقد ان كان المدعي هو العبد ظاهره وكذا اذا كان هو المولى لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب وكذا الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد اذا كان المدعي هو المرأة والعبد والقاتل لان المقصود اثبات العقد والحاجة ماسة اليه

بين السرقة والغصب بقليل تأمل لها انهما اختلفا في المشهود به فلم يوجد على كل منهما نصاب شهادة فصار كما لو اختلفا في ذكورتهما وانوثتهما او في قيمتها لا تقبل كذا هذا وايضا بطريق الدلالة في الغصب فانهما لو شهدا على غصب بقرة فقال احدهما اسود والآخر احمر او الآخر ميتا لم تقبل مع انه لا تتفاوت

وان كانت الدعوى من جانب آخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه كانه يثبت النفوذ والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فيثبت الدعوى في الدين دفي الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا يقبل كانه لا حظ له في الرهن فصحت الشهادة على الدعوى وان كان هو المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين دفي الاجارة ان كان ذلك في اول المدة فهو نظير البيع وان كان بعد مضي المدة والمدعي هو الآجر فهو دعوى الدين

وان كان المدعي من الجانب الآخر وهو الزوج والمحل وهو القتل فهو بمنزلة الدين فيما ذكرنا من الوجوه حتى انه اذا ادعى اكثر المالين فشهد احدهما بالاقل والآخر بالزائد ان كان الاكثر بقدر مثل الف وخمسمائة تقضى بالاقل اتفاقا وان كان بدونه كالف والفين فكذلك عندهما وعند ابي حنيفة لا يقضي بشيء وهذا لانه تثبت النفوذ بالعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فلم يبق الدعوى الا في الدين والمساواة الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا تقبل الشهادة بشيء اصلا ان قيد لغا بناء على صحة الدعوى ولم يصح لانه اي الراهن لا حظ له في الرهن اي لا يقدر على استرداده ما دام الدين قائما فلا فائدة لهذه الدعوى فلم تصح وان كان المدعي هو المرتهن فهو دعوى الدين وعلمت حكمه فان قيل الرهن لا يثبت الا بايجاب وقبول فكان كسائر العقود فينبغي ان يكون اختلاف الشاهدين في قدر المال كاختلافهما فيه في البيع والشراء اجيب بان الرهن غير لازم في حق المرتهن فان له ان يرده متى شاء بخلاف الراهن ليس له ذلك فكان الاعتبار لدعوى الدين في جانب المرتهن اذ الرهن لا يكون الا بالدين فيقبل بينة في ثبوت الدين ويثبت الرهن بالف ضمنا وتبعا للدين انتهى ولا شك ان دعوى المرتهن ان كان شراء كهذا طالبه بالف وخمسمائة تلي عليه على رهن له عندي فليس المقصود الا المال دون ذكر الرهن زيادة اذ لا يتوقف ثبوت دينه عليه بخلاف دين الثمن في البيع وان كان بهذا طالبه باجارة رهن كذا وكذا كان رهنه عندي على كذا ثم غصبه او سرقه منه فلا شك ان هذا دعوى العقد فاختلاف الشاهدين في انه رهنه بالف او الف وخمسمائة وان كان زيادة توجب ان لا يقضي بشيء كان عقد الرهن بخلاف ما لو شهد بينة الاجارة ان كان في اول المدة فهو كالبيع فان ادعى المستاجر والاجرة انه آجره هذه الدار سنة بالف وخمسمائة فشهد واحد بذلك وآخر بخمسمائة بالف لا يثبت الاجارة كالبيع او قيل لاستيفاء المنفعة لا يستحق بدل فكان المقصود اثبات العقد وهو يختلف باختلاف البدل فلا يثبت الاجارة وان كانت بعد مضيها استوفى المنفعة اولم يستوف بعد ان تسالما وان كان المدعي هو الآجر فهي دعوى الاجرة فان شهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة وهو مدعي الاكثر يقضي بالف اذ ليس المقصود بعد المدة الا الاجرة وان شهد الآخر بالفين والمدعي يدعيها لا يقضي بشيء عنده وعندهما بالف وان كان المدعي هو المستاجر فهو دعوى العقد بالجماع لانه معترف بحال الاجارة ويقضي عليه بما اعترف به ولا يعتبر اتفاق الشاهدين واختلافهما فيه ولا يثبت العقد لاختلاف اثنانية النكاح وقد علمت ان النكاح اجري مجرى الفعل حتى لا يقبل الاختلاف حتى لو ادعى نكاحها فشهد احدهما انها زوجت نفسها منه تقبل وانما تقبل اذا ادعى انها زوجت نفسها منه فشهد ان وكيلها فلان بن فلان زوجها لان لفظ زوجت نفسها يصدق به في العرف وقد اطلق محمد في الجامع عن ابي حنيفة فقال فاما النكاح فان ابا حنيفة كان يقول اذا جاءت بشاهد يشهد على الف وخمسمائة وشاهد يشهد على الف جازت الشهادة بالف وهي تدعي الف وخمسمائة فاما يعقوب ومحمد فقالا النكاح باطل ايضا فمشى المصنف على اطلاقه فلم يفصل بين كون المدعي فيه الزوج او الزوجة وجعله الاصح نقيا لما حكاه من القول بالتفصيل بين كون المدعي الزوج فلا تصح بالفهم لانه دعوى العقد اذ الزوج لا يدعي عليها مالا وكون الزوجة فهو على الخلاف وقال في وجه الاصح بل ذكرنا يعني ما ذكره من التعليل لابي حنيفة رح من المال تابع في النكاح وانما المقصود منه الحل والازدواج والملك لا اختلاف في هذا بل في البيع ونوقع في البيع يقضي بالاقل لاتفاقهما عليه وح يلزم بالضرورة القضاء بالنكاح بالف فان هذا الوجه يقضي الصحة بالاقل بلا تفصيل وايضا اجرى اطلاقه في دعوى الاقل والاكثر فصح الصحة سواء ادعى المدعي الاقل او الاكثر وهذا مخالف الرواية قال محمد رح في الجامع قيده بدعوى الاكثر حيث قال جازت الشهادة بالف وهي تدعي الفا وخمسمائة والمفهوم يعتبر رواية وبقوله ذلك ايضا يستقيم ولزوم التفصيل بالمدعى به بين كونه الاكثر فيصح عند او الاقل فلا يختلف في البطلان لتكذيب المدعي شاهده الاكثر كما عول عليه محققو المشائخ فان قول محمد وهي تدعي الخ يفيد تقييد جواب قول ابي حنيفة بجواز بما اذا كانت دعوى المدعية للاكثر دونه فان الواو في الحال والاحوال شروط فيثبت العقد باتفاقهما ودين الف **فروع** هي قسمان قسم من الاختلاف

قال فاما النكاح فانه يجوز بالف استحسانا وقالا هذا باطل في النكاح ايضا وذكر في الامالي قول ابي يوسف رحمه مع قول ابي حنيفة رحمهما ان هذا التفاوت في العقد لان المقصود الجانبين السليم فاشبه البيع ولابي حنيفة رحمه ان المال في النكاح تابع ولا اصل فيه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف فيما هو الاصل

بين الدعوى والشهادة وقسم من الاختلاف بين الشاهدين القسم الاول ادعى ملكا على رجل بالشراء فشهدوا له بالملك المطلق لا تقبل وقيده في الاقضية بما اذا نسبه الى معروف كان قال اشتريته من فلان بن فلان وذكر شرائط الصحة اما لو جهله فقال اشتريته فقط او قال من رجل او من زيد وهو غير معروف فشهدوا بالملك المطلق قبلت وذكر في فتاوى رشيد الدين في القبول خلافا ولو ادعى ملكا مطلقا فشهدوا به بسبب يقبل كذا اطلقه في الجامع الكبير وذا واضح في الاجناس في القبول ان القاضي يسأل المدعي الملك لك بهذا السبب الذي شهدوا به ان قال نعم قضى او لا فلا وفي الدعاوى والبينات اذا تحمل الشهادة على ملك بسبب واراد ان يشهد بالملك المطلق لم يذكر هذا في شيء من الكتب واختلف فيه المشايخ والاصح انه لا يسعه ذلك ولو كان ادعى الشراء من معروف ونسبه الى ابيه وجده مع القبض فقال وقبضه منه فشهدوا بالملك المطلق ففي الخلاصة تقبل بلا ذكر خلاف وعلى العادي فيه اختلافا فقيل تقبل لان دعوى الشراء مع القبض دعوى مطلق الملك حتى لا يشترط لصحة هذه الدعوى تعيين المبيع وقيل لا تقبل لان دعوى الشراء معتبرة في نفسها كالمطلق الا ترى انه لا يقضى له بالزوائد في ذلك وفي فوائد شمس الاسلام دعوى الدين كدعوى العين وهكذا في شرح الجيل للحلواني لكن في المحيط ادعى الدين بسبب القرض وشبهه فشهدوا بالدين مطلقا كان شمس الائمة محمود الاوزجندي يقول لا تقبل كما في دعوى العين بسبب واشهدوا بالمطلق قال وفي الاقضية مسألتان يدلان على القبول انتهى وفي فتاوى رشيد الدين لو ادعى ملكا مطلقا فشهدوا عليه بسبب ثم شهدوا على المطلق لا تقبل لانهم اذا شهدوا على الملك بسبب حمل دعوى الملك المطلق عليه فلا تقبل شهادتهم على المطلق بعد ذلك ولو شهدوا على المطلق ثم شهدوا على الملك بسبب يقبل لانهم شهدوا بعض ما شهدوا به اولا فتقبل اما النكاح فلو ادعى على امرأة انها امرأته بسبب انه تزوجها كذا فشهدوا انها منكوحته بلا زيادة تقبل ويقضي بالمطلق بمهر المثل ان كان قدر المسمى او اقل فان زاد على المسمى لا يقضى بالزيادة ولو لم يذكر المال والباقي بحاله قضى بالنكاح فقط ولو ادعى فشهد احدهما به والآخر مع السبب يقبل ويقضى بالملك الحادث كما لو شهد اجميعا بالملك الحادث وكل ما كان بسبب عقد شراء او هبة او غيرهما نحو ملك حادث وان ادعى بسبب فشهد احدهما به والآخر مطلقا لا تقبل كما اذا شهدا جميعا بالطلاق وفيها لو ادعى النتاج فشهدوا على المطلق تقبل ولو ادعى المطلق فشهدوا على النتاج لا تقبل لان دعوى الملك المطلق دعوى اولية على سبيل الاحتمال والشهادة على النتاج شهادة على الرواية على اليقين فشهدوا بأكثر مما ادعاه فلا تقبل قال وهذه المسألة دليل على انه لو ادعى على النتاج اولا ثم ادعى الملك المطلق تقبل ولو ادعى المطلق اولا ثم النتاج لا تقبل وفي المحيط لو ادعى الملك بالنتاج وشهدوا على الملك بسبب لا يقبل بخلاف ما لو ادعى المطلق وشهد عليه بسبب حيث تقبل انتهى ولا يشكل انه لو ادعى النتاج فشهدوا بالسبب فانه لا تقبل وفي الفصول القاضي اذا سأل الشهود قبل الدعوى عن كون الدابة فقالوا كذا ثم عند الدعوى شهدوا بخلافه تقبل لانه سألهم عما لا يكلف بيانه فهو كالمعدوم قال رشيد الدين ويخرج من هذا كثير من المسائل ولو ادعى ملكا مطلقا بغير خانقاه قال قبضته مني من شهر فشهدوا بالتاريخ لا تقبل ولعكسه تقبل على المختار ودعوى الملك بسبب الارث كدعوى الملك المطلق وينبغي ان يستثنى ما اذا ارخ ففي الخلاصة ادعى دارا في يد رجل انها ملك ابيه مات وتركها ميراثا له منذ سنة فشهدوا انه اشتراها من المدعى عليه منذ سنتين لا تقبل الا اذا وفق وقال اشتريتها منه سنتين وبعتها من ابي منذ سنة ثم ورثتها منه واقام البينة على هذا التوفيق واذا ارخ احد الشاهدين دون الآخر لا تقبل في دعوى الملك المورخ وتقبل في دعوى غير المورخ ولو ادعى الشراء بسبب ارخه فشهدوا بالشراء بلا تاريخ تقبل وعلى العكس لا ولو كان للشراء شهران وارخوا شهرا تقبل وعلى العكس لا ولو ارخ المطلق بان قال هذا العين لي منذ سنة فشهدوا انه لمنذ سنتين لا تقبل ولو قال منذ سنتين وشهدوا انه لمنذ سنة تقبل ولو ادعى انه قبض مني عشرة دنانير بغير حق

فثبت شذا وقع الاختلاف في النتج يقضى بالاقل لاتفاقهما عليه ويستوي دعوى اقل المالين واكثرهما في الصحيح
ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هي المدعية وفيما اذا كان المدعي هو الزوج اجماع على انه لا تقبل
لان مقصودها قد يكون المال ومقصوده ليس الا العقد وقيل الخلاف في الفصلين وهذا اصح والوجه ما ذكرناه

فشهدوا على الغائب تقبل ويحمل على انه قبض في الحال وعليه شهدوا وقد مناه من مسائل القبض شيئا دار في يد رجلين اقتسماها بعد الدعوى او قبلها وغاب
احدهما فادعى رجل على الحاضر ان له نصف هذه الدار شاعا وفي يده نصفها مقسومة فشهدوا ان له النصف الذي في يد الحاضر فهي باطلة لانها اكثر من المدعى به
ومثله لو ادعى دارا واستثنى طريق الدخول وحقوقها ومرافقها وشهدوا انها له ولم يستثنوا الحقوق والمرافق لا تقبل وكذا لو استثنى بيتا ولم يستثنوه لا
اذا وفق فقال صدقوا الكني بعت ذلك البيت منها فتقبل وفي المحيط نقلا من الاقضية وادب القاضي للخصاف اذا ادعى الملك للحال فشهدوا ان هذا العين كان
قد ملكه تقبل لانها اثبت الملك في الماضي فيحكم به في الحال بالم يعلم المزيل قال المعادي فعلى هذا اذا ادعى الدين وشهد شاهدان انه كان له عليه كذا او قال بالمعاينة
اين مقدار زر خود را اين مدعا عليها بود مردين مدعي را ينبغي ان تقبل كما في دعوى العين انتهى ونظيرها في دعوى العين ما ذكر رشيد الدين اذا قالوا
تشهد ان هذا قد ملكه تقبل كما لو قالوا نشهد انه ملكه في الحال قال ولا يجوز للقاضي ان يقول امروز ملك دے سيد انيد انتهى ومعنى هذا لا يحل للقاضي ان
يقول بل تعلمون انه ملكه اليوم نعم ينبغي للقاضي بل يقول بل تعلمون انه خرج عن ملكه فقط ذكره في المحيط فيما اذا ادعى ملكا مطلقا في عين فشهدوا انه ورثه من
ابيه ولم يتعرضوا للملك في الحال وشهدوا انه اشتراه من فلان وفلان يملكه ولم يتعرضوا للملك في الحال يقبل ويقضي باليمين للمدعي لكن ينبغي ان يسألهم
القاضي الى آخر ما ذكرنا وكذا اذا ادعى ان هذه زوجته فشهدوا انه كان تزوجها ولم يتعرضوا للحال تقبل هذا كله اذا شهدوا بالملك في الماضي اما لو شهدوا
بالبيد له في الماضي وقد ادعى الآن لا يقضي للمدعي به في ظاهر الرواية وان كانت اليد تسوغ الشهادة بالملك على ما اسلفناه وعن ابي يوسف يقضي بها
وخرج الفاوي على هذا ما نقل في الواقعات لو اقر بدين رجل عند رجلين ثم شهد عدلان عند الشاهدين انه قضى دينه ان شاهدي الاقرار يشهدان
انه كان له عليه دين ولا يشهدان له عليه فقال هذا ايضا دليل على انه اذا ادعى الدين وشهدوا انه كان له عليه تقبل وهذا غلط فان مقتضاه
ان لا فرق بين الشهادة بانه كان له عليه وان له عليه في الحال ان صاحب الواقعات فرق حيث قال يشهدان انه كان له عليه فلو لم يكن بينهما فرق
لم يكن لمنعه من احدهما دون الآخر معنى والذي يقتضيه الفقه انهما اذا اثبتا عندها بشهادة العدلين انه قضاه ذلك الدين الذي اقر به عندهما بالبينة
بطريق افاد تهاذ لك ان لا يشهدا كما عرف فيما اذا علم شاهدا الالف انه قضاه منها خمسمائة لا يشهدا حتى تقر بقبضها والله اعلم وعكس ما نحن فيه لو ادعى
في الماضي بان قال هذه الجارية كانت ملكي فشهدوا انها له اختلف في قبولها والاصح لا تقبل وكذا لو شهدوا على طلق وعواه بان شهدوا انها
كانت له لا تقبل لان اسناد المدعى دليل على نفي ملكه في الحال اذ لا فائدة له في الاقتصار على ان ملكه كان في الماضي الا ذلك بخلاف الشاهد
اذا اشهد ذلك لا يدل على نفيها اياه في الحال بجواز قصدها اي الاحتراس عن الاخبار بما لا علم لهما به لانهما اذا لم يعلما سوى ثبوته في الماضي
ولم يعلما انتقاله فقد يكون الاقل في نفس الامر فيحترس عنه الشاهد وان كان ثبت للحال بالاستصحاب وفي الخلاصة ادعى النقرة البيضاء
وبين الوزن فشهد على النقرة والوزن ولم يذكر جيدة او رديئة او وسطا تقبل ويقضى بالردي بخلاف ما لو ادعى بغير وقيق مع النخالة
فشهدوا من غير نخالة او بنخو لا فشهدوا على غير المنخول لا تقبل وفيما لو ادعى على رجل الفا من ثمن بيت فشهدوا على الف من
ضمان جارية غصبها فهلكت عنده لا تقبل وعن هذا ذكر في المسئلة المسطورة وهي ما اذا شهدا بالف من ثمن جارية باعها منه فقال البائع
انه اشهد بما عليه بذلك والذي له عليه ثمن متاع تقبل شهادتهما فقال في الخلاصة هو محمول على انهما شهدا على اقراره بذلك اي اقرار المدعى
عليه بثمن الجارية لان بمثله في الاقرار تقبل لما ذكرنا في المسئلة المذكورة قبلها وهي الكفالة اذا شهدوا انه كفل بالف عن فلان فقال

فصل في الشهادة على الارث **قال** ومن اقام بينة على دار انها كانت لابيه اعارها اياه او دعا الذي هي في يده فانه يأخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له واصله انه متى ثبت الملك للمورث لا يقضى به للوارث حتى يشهدا الشهود انه مات وتركها ميراثا له عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رح هو يقول ان ملك الوارث ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للموت شهادة به للوارث وهما يقولان ان ملك الوارث مستجد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية المورثة وتحل للوارث الغنى ما كان صدقة على المورث الفقير فلا بد من النقل لانه يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت للثبوت لانتقال ضرورة وكذا على قيام يده على ما نذكره ان شاء الله تعالى وقد وجدت الشهادة على اليد في مسئلة الكتاب

الطالب هو اقر بذلك لكن الكفالة كانت عن فلان آخر كان له ان يأخذه بالمال لانهما التقيا فيما هو المقصود فلا يضرهما الاختلاف في السبب ومثله ادعى انه اجره دارا وقبض مال الاجارة ومات فانفسخت الاجارة وطلب مال الاجارة فشهدوا ان الاجر اقر بقبض مال الاجارة تقبل وان لم يشهدوا على عقد الاجارة لانهم شهدوا بالمقصود وهو استحقاق مال الاجارة ولو ادعى الدين او القرض فشهدوا على اقراره بالمال تقبل ولو شهد احدهما به والآخر بالاقرار به فقد اطلق القبول في المحيط والعمدة وقال قاضي خان قالوا تقبل عندنا يوسف رح ولو ادعى قرضا فشهدوا ان المدعى دفع اليه كذا ولم يقولوا قبضه المدعى عليه يثبت قبضه كالشهادة على البيع شهادة على الشراء واذا ثبت القبض لذلك يكون القول لذي اليد انه قبض بجهة الامانة فيحتاج الى بينة على انه بجهة القرض اذا ادعى ولو ادعى انه قضاه ببينة فشهد احدهما به والآخر باقراره انه قضاه لا تقبل ولو شهدا جميعا بالاقرار قبلت ولو ادعى شراء داره من رجل فشهدا انه اشتراها من وكيله لا تقبل وكذا لو شهدا ان فلانا باعها منه وهذا المدعى عليه اجاز البيع ادعى انك قبضت من مالي حالا بغير حق مثلا وذكر سنته وقيمته فشهدا انه قبض من فلان غير المدعي تقبل فيجبر على احضاره لانه قال من مالي ولم يقل قبضت مني فلا يكون ما شهدا به بيانا قضيه فيجبر لتشهد البينة بالدعوى لتسلم لثاني اختلاف الشاهدين ادعى بالبيع بيعا فشهد احدهما انه اشتراه وبهذا العيب وشهد الآخر على اقرار البائع به لا تقبل كما لو ادعى عينا انه له فشهد احدهما انه ملكه والآخر على اقرار ذي اليد انه ملكه لا تقبل ومثله دعوى الرهن فشهد به بمعاينة القبض والآخر على اقرار الراهن بقبضه لا تقبل قال ظهير الدين الرهن في هذا كالغصب وكذا الوديعة لو ادعاها فشهد باقرار المودع قبلت ولو شهد احدهما بالاقرار بحياة والآخر بالاقرار بحياة لا تقبل على قياس الغصب وعلى قياس القرض تقبل بخلاف ما لو ادعى انه باع بيع الوفاء فشهدا انه باع بشرط الوفاء والآخران المشتري اقر بذلك تقبل لان لفظ البيع في الاخبار والانشاء واحد بمثله او عدت صداقها فقال وهبتني اياه فشهد احدهما على الهبة والآخر على الابراء تقبل للموافقة لان حكمها واحد وهو السقوط وقيل لا للاختلاف لان الابراء اسقاط والهبة تمليك والاول اوجه لانه وان كان اسقاطا يتضمن التمليك ولهذا يرتد بالرد ولو شهد على اقرار المدعى عليه ان المدعى به في يده والآخر انه في يده لا تقبل وفي المحيط ادعى دارا فشهد انها داره والآخر على اقرار ذي اليد انها له لا تقبل بخلاف ما لو شهدا احدهما على الدين والآخر على الاقرار انه تقبل واذا رجعت القاعدة التي اسلفناها من الفرق بين اختلاف الشاهدين على القول والفعل خرجت كثير من الفروع والله سبحانه اعلم

فصل في الشهادة على الارث وجه المناسبة بين تعقيب الشهادة بملك متجدد وكمي عن ميت على الشهادة بملك متجدد وكمي عن حي ظاهر

قوله ومن اقام بينة الخ اختلف عليها وقالوا انه هل يتوقف القضاء للوارث بالشهادة على ملك الميت على الجرد والنقل وهو ان يقول الشهود في شهادتهم مات وتركها ميراثا لهذا المدعي فعند ابي يوسف لا وعند ابي حنيفة ومحمد نعم وجه قول ابي يوسف باذكر المصنف بقوله وهو يقول ان ملك الوارث ملك المورث لانه يصير ملكه خلافة ولهذا يحاصص ويرد بالعيب وعليه يصير مغرورا فان كان المورث مغرورا فالشهادة بالملك للمورث شهادة به فلا حاجة الى امر زائد ليشترط للقضاء به وقد ظهر بهذا محل الخلاف هو شهدوا انهم لا يعلمون له وارثا غيره لا تقبل بلا زيادة ولو شهدوا انها لا تعلم له وارثا غيره تقبل وان لم يذكره محمد بلا ذكر خلاف فقيل تقبل عند ابي يوسف وقيل لا تقبل بالاتفاق وهما يقولان ان ملك الوارث مستجد في العين حتى وجب على الوارث استبراء الجارية المورثة وحل للوارث الغني ما كان يصدق به على مورثه الفقير ولو زكوة او كفارة

لان يد المستعير والمودع والمستأجر قائمة مقام يده فاغنى ذلك عن اعادة الثبت وان شهدوا انها كانت في يديه ولا يدري لمن هي جازت الشهادة لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك لواسطة للضمان والامانة تصير مضمونة بالتحويل فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت وان قالوا لوجل حي شهدنا انها كانت في يد المدعي منذ شهر لم تقبل وعن ابي يوسف رحمه الله تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا انها كانت ملكه تقبل فكذا هذا وصار كما اذا شهدوا ولا يأخذ من المدعي وجه الظاهر وعن ابي حنيفة رحمه الله ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد متنفية وهي متنوعة الى ملك وامانة وضمان متعذر القضاء بها عادة في المجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبقاؤه كاصله لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذي اليد معاينة ويد المدعي مستورة وليس الخبر كالمعاينة

خلا بد من ذكرهما الجر والانتقال غير انه لا يشترط ذكر ذلك لصاحب اليد اما نصا كما ذكرنا من قولهم مات وتركها ميراثا له او شهد بالملك للمورث عند الموت او بما يقوم مقامه وهو اليد عند الموت ولا يخفى ان ابا يوسف تعرف بان ملك الوارث متجدد ولكن تجدده لازم شرعي لما شهدوا به فلا حاجة الى ذكره في شهادتهما اذا عرف هذا فالمسئلة التي ذكرها المصنف رحمه الله وهو قوله ومن اقام بينة على دار انها كانت لابيه اعارها او ودعها الذي هي في يده فانه يأخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له اما على قول ابي يوسف فظاهر واما على قولهما فلان الشهادة على الملك وقت الموت اذا اريد وقت الموت يقوم مقام ذلك وقد وجد اثباتا في مسئلة الكتاب لانه اثبت اليد عند الموت حيث شهد انها عارة منه او مودعة عنده عند الموت لان يد المستعير والمودع والمستأجر كيد المعير واخويه وقد طولبا بالفرق بين هذا وما اذا شهدا للميت ملك عين في يد رجل بانها كانت ملك المدعي او انه كان ملكها حيث يقضى بها وان لم يشهدا انها ملكه الى الآن ولذا لو شهدا المدعي عين في يد انسان انه اشتراها من فلان الغائب ولم يقيما بينة على ملك البائع وذو اليد نكر ملك البائع فانه يحتاج الى بينة على ملكه فاذا شهدا بملكه تقضى للمشتري جبرا وان لم يقضوا على انها ملكه يوم البيع وبذا استبه بمسئلتنا فان كلا من الشراء والارث يوجب تجدد الملك والجواب انهما اذا لم يقضا على ثبوت ملكه حالة الموت فانما يثبت بالاستصحاب والثابت بحجة لا يقاوم الثابت لا لاثبات ما لم يكن وهو المحتاج اليه في الوارث بخلاف مدعي العين فان الثابت بالاستصحاب بقاء ملكه لا تجدد وبخلاف مسئلة الشراء فان الملك مضاف اليه لا الى ملك البائع وان كان لا بد لثبوت ملك المشتري من بقائه لان الشراء آخرها وجودا وهو سبب موضوع للملك حتى لا يتحقق لو لم يوجبه فيكون مضافا الى الشراء وهو ثابت بالبينة اما هنا فثبوت ملك الوارث مضاف الى كون المال ملكا للميت وقت الموت لا الى الموت لانه ليس سببا موضوعا للملك بل عند ثبت ان كان له مال فارغ والله سبحانه اعلم بذا اذا شهدا انها كانت معارة او مودعة فلو شهدا انها كانت في يد ابيه مات وهي في يده والاب هو المراد بلفظ فلان في قول المصنف انها كانت في يد فلان يعني ابا الوارث المدعي جازت الشهادة فيقضي بالدار للوارث لاثباتهما اليد للميت الى حين الموت وبذلك يثبت الملك له لان اليد وان تنوعت الى يد غصب وامانة وملك فانها عند الموت من غير بيان تصير يد ملك لما عرف ان كلا من الغاصب والمودع اذا مات مجهلا يصير المغصوب والوديعة ملك ورثته مضمونا عليه شرعا ولا يجتمع اليدان في ملك مالك والمودع يعتصم والمغصوب منه بذا اذا شهدا كذلك للميت فلو شهدا الخ او عين في يد شخص كذلك اي شهدا انها كانت في يد بذا المدعي منذ شهر او اقل او اكثر لم يذكر او قتا قال ابو يوسف هي كالتي للميت فيقضي للمدعي بالعين المذكورة وقالا لا يقضي بها للمدعي بهذه الشهادة لابي يوسف ان اليد المقصودة كالملك ولو شهدا في هذه الصورة انها كانت ملكا للمدعي تقبل على ما قدمناه في الفروع استصحابا بالملكة الى وقت الدعوى كذا هنا استصحابا باليد الى وقت الدعوى وصار كما لو شهدا وانه اخذ بها منه يقضي بالرد بهذه الشهادة وجه الظاهر من قول ابي يوسف وهو وجه قولهما ان الشهادة وقع كونها بيد متنفية شهادة بمجهول لان اليد متنوعة الى ملك وامانة وضمان ولم يلزم احدها بالبينة لترتفع الجهالة فتعذر القضاء بهذه الشهادة لتعذر القضاء بالمجهول بخلاف ما تقدم في الميت لانه لزم احدها بعينه بالموت وهو يد الملك فامكن القضاء بخلاف الاخذ فان له موجبا معلوما وهو الرد من حيث هو اخذ الى ان يتبين ثبوت انه اخذ حقه قال عمر على اليد ما اخذت حتى تؤدي فيقضي بها اليه بمعاينة للمدعي عليه ويد المدعي مستورة بحجر عنه وليس الخبر كالمعاينة فيترجح المدعى عليه فلا يقضى به المدعي وتستكمل بينة الخارج مع ذي اليد وكذا بينة ذي اليد حيث ترجح بينة الخارج

وان اقر ان الثالث المدعى عليه دفعها الى الذي ادعى انه وكله بقبضها لم تسمع دعواه لانه اقر ان الحق الذي كان في يدي المدعي دفعه اليه لان التسليم اليه ههنا كالاداء الى صاحبه معلوم

باب الشهادة على الشهادة

قال الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة

الملك اجيب بان ذلك مسلم فيما لا يتنوع كتبية الخارج ومدعي الملك المطلق بخلاف ما يتنوع وهذا الجواب حاصله ان المعاينة كانت تقدم لو لم تلزم الجهالة في المقضي وهو في التحقيق يصير الى الوجه الاول ويبطل استقلال الثاني تامل لصير قوله وان اقر الى آخره يعني لو قال المدعى عليه بالدار التي في يده هذه الدار كانت في يد المدعي وقفت للمدعي وان كانت اليه تنوعه لان حاصل ذلك جهالة في المقربه وهي لا تمنع صحة الاقرار بل تصح ويلزم البيان فانه لو قال لفلان علي شئ اصح ويجبر على البيان وكذا لو شهد شاهدان ان المدعى عليه اقر بانها كانت في يد المدعي تقبل لان المشهود الاقرار وهو معلوم وانما الجهالة في المقربه وهو لا يمنع صحة القضاء كما لو ادعى عشرة دراهم فشهدا على اقرار المدعى عليه ان له عليه شيئا جازت ويومر بالبيان ثم تمة شرط الشهادة بالارث ان يشهدوا انه كان لمورثه فلو قالوا المورثه انه تقدم ان محمدا قال لا يصح ولم يحك خلافا فالان المورث ان كان حيا فالمدعي ليس خصما وان كان ميتا فاثبات الملك للميت خارج وتقدم قول بعضهم انها تصح على قول ابي يوسف وهو غير بعيد لانا نقطع بان الشاهد لم يرد هذا المعنى بل ملكه حال حياته فكان كالاول ولا بد ان يدرك الشهود الميت لان الشهادة جعلت الملك لا تجوز بالتسامع وان ينبغي ان لا يشترط الاستحقاق حتى لو قالوا اخوه مات وترك كما يسير ارثا له لا يقبل ما لم يقولوا لا ابيه او لامه او لهما لان الارث يختلف باختلاف الجهات وكذا لو قالوا كان لجده ولم يقولوا مات وترك كما يسير ارثا لابيه ثم مات ابوه وترك كما يسير ارثا له ولم يشترط ابو يوسف على ما عرف في الخلافية غير انه ليسأل البينة عن عدم الورثة للقضاء واذا شهدوا انه كان لابيه تركه كما يسير ارثا له ولم يقولوا لا نعلم له وارثا سواه فان كان ممن يرث في حال دون حال لا يقضي لاحتمال عدم استحقاقه او يرث على كل حال يحتاط القاضي وينتظر وقته هل له وارث آخر او لا ثم يقضي لكله وان كان نصيبه يختلف في الاحوال يقضي بالاقل فيقضي في الزوج بالربع والزوجة بالثمن الا ان يقولوا لا نعلم له وارثا غيره وقال محمد وهو رواية عن ابي حنيفة يقضي بالاكثر والظاهر الاول وليس الاصل ان لا يكون له وارث ويأخذ القاضي كفيلا عندهما لا عنده على ما تقدم ولو قالوا لا نعلم له وارثا بهذا الموضع كفى عند ابي حنيفة خلافا لهما فرع اذا شهدا ان فلانا وارث فلان لا نعلم له وارثا غيره ولم يذكر سببا يرث به فالشهادة باطلة حتى يبنا سبب الارث وكذا اذا شهدا انه اخوه او عمه او ابن عمه او جده او جدته لا تقبل حتى يبنا طريق الاخوة والعمومة انه لاب او شقيق وينسب الميت والوارث حتى تلتقيا الى اب واحد ولا يذكر الغنيا انه وارثه وهل يشترط قوله ورثته في الاب فالام والولد لم يشترط والفتوى على انه لا يشترط وقوله وارث وكل من لا يحجب بحال لا يشترط قوله ورثه وفي الشهادة بانه ابن الميت او ابنته لا بد من ذلك وفي الشهادة انه مولاه لا بد من بيان انه اعتقه ولا يشترط ذكر اسم ابي الميت حتى لو شهدا انه جد الميت لابوه ووارثه ولم يسميا ابا الميت قبلت وفي الاقضية شهدا انه جد الميت وقضى له ثم جاء آخر وادعى انه ابو الميت وبرهن فانه اثبت انه اخو الميت ووارثه وقضى به ثم شهد هذان لآخر انه ابن الميت لا يبطل القضاء للاول بل يضمنان للابن ما اخذ الاول من الارث ولو شهدا اخر ان ان الثاني ابن الميت تقبل وفي الزيادات شهدا ان قاضي بلد كذا فلان بن فلان قضى بان هذا وارث فلان الميت لا وارث له غيره فالقاضي يحتاط ويسأل المدعي عن نسبه فان لم يبين امضى القضاء للاول لعدم المنازع في الحال فان جاء آخر وبين انه وارثه فان كان اقرب من الاول قضى للثاني والا كان البعد منه لا يلتفت اليه وان زاحمه بان كان مثل الاول ابنا والثاني ابا قضى بالميراث بينهما على قدر حقهما لامكان العمل بهما والله الموفق والمعين

باب الشهادة على الشهادة لما فرغ من بيان احكام شهادة الاصول شرع في بيان احكام شهادة الفروع **قوله الشهادة على الشهادة** جائزة في كل حق ثبت مع الشبهة فخرج ما لا يثبت معها وهو الحدود والقصاص واما التعزير ففي الاجناس من نوادر ابن رستم عن محمد يجوز في التعزير العفو والشهادة على الشهادة ونص الفقيه ابو الليث على ان كتاب القاضي الى القاضي لا يجوز فيه الشهادة على الشهادة وفي فتاوى قاضي خان الشهادة على الشهادة

وهذا حسن لما ذكرنا ويجوز شهادة شاهد ويمين المدعي لما روى ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بشهادة شاهد ويمين المدعي اخرجه مسلم وابو داود والترمذي وابن ماجة وقال الترمذي حديث حسن صحيح وبه اخذ بعض اهل العلم من الصحابة وغيرهم وهو قول ابي ثور وقال الشافعي لا يقضى بشهادة شاهد ويمين المدعي في شيء من الاشياء الا في الاموال خاصة وبه قال الثوري وابن ابي ليلى وقال مالك يقضى بشهادة شاهد ويمين المدعي في الاموال وما يؤول الى المال مثل الكفالة والوكالة والوصية بالمال وما ليس بمال مثل النكاح والطلاق والرجعة والايلاء والعتاق والقصاص وحجتهم ان الشاهد واليمين انما شرعا في الاموال لان الخطأ والنسيان لا يجوز على الشاهدين في الاموال غالبا فاما في غير الاموال فلا يجوز ان يقضى بشهادة شاهد ويمين لان الخطأ والنسيان يجوز على الشاهدين في غير الاموال غالبا ولنا ان الشاهد واليمين حجة شرعية فيقضى بها في كل حق كالشاهدين ولان كل حق يثبت بشاهدين يثبت بشاهد ويمين كالمال ولان كل ما يثبت بشهادة رجل وامرأت

وصفته لاشهاد ان يقول شاهد الاصل اشهد على شهادتي الى اشهد ان فلان ابن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه لان الفرع كالنائب عنا فلان في تحميل التوكيل على الغير كما يشهد عند القاضي لينقله الى مجلس القضاء وان لم يقل اشهد على نفسه جاز لان من سمع اقرار غيره تحمل له الشهادة وان لم يقل له اشهد ويقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا او قال لي اشهد على شهادتي بذلك لانه لابد من شهادته وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل ولها لفظ اطول من هذا واقصر منه وحيث لا فرق بينهما

لان الفرعين يقومان مقام اصل واحد كالشاهدين فلا تقوم البينة بهما كالواحد ولنا ان كل واحد منهما لو كان اصلا فشهد بشهادة ثم شهد مع فرع على شهادة الاصل الآخر لا يجوز اتفاقا فكذا اذا شهدا جميعا على شهادة الاصلين وفي قول آخر للشافعي يجوز كقولنا وهو قول مالك واحمد لما روينا من قول علي فانه تقسم باطلاقه محل النزاع ولان حاصل امرهما انهما شاهدا حق هو شهادة احد الاصلين ثم شهدا بحق آخر هو شهادة الاصل الآخر والمانع من ان يشهد شاهدان بحقوق كثيرة بخلاف اداء الاصل بشهادة نفسه ثم بشهادة مثنى الاصل الآخر فانه انما يجوز لان فيه تجميع البدل والمبدل بخلاف ما لو شهد بشهادة واشهد اثنان على شهادة الاصل الآخر حيث تجوز وقوله وهو حجة على مالك فيه نظر او كتمهم ناطقة بان شهادة الواحد على الاصل لا تجوز وانما نقل هذا عن احمد وابن ابي ليلى وابن شبرمة والحسن البصري والعنبري وعثمان البتي واسحق لان الفرع قائم مقام الاصل بمنزلة رسوله كما قدمناه وما ذكره المصنف رواية عنه وانما تقبل هذا عمن تقدم في الحلية لما تقدم من ان الفرع كرسوله وكرواية الاخبار وبيعه ما ذكرنا عن علي وان كل واحد حق فلا تثبت الا باثنين وذكر في المستوعب للحنابلة عن احمد لا بد من اربعة فروع ليشهد كل فرع على واحد من الاصلين قوله وصفته الاشهاد اي اشهاد شاهد الاصل شاهد الفرع ان يقول شاهد الاصل له اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان ابن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه انما شرط اشهاد الاصل الفرع في شهادة الفرع لانه كالنائب عنه فلا بد من الاستنابة وذلك بالتحميل بخلاف شاهد الاصل يجوز على المقر وان لم يحمله وكذا كل من شاهد امر غير الشهادة له ان يشهد به وان لم يحمل كالاقرار والبيع والغصب على ما مر يعني في فصل ما تحمله الشاهد وانما قيل لانه نائب عنه لانه لو كان حقيقة النائب لم يجز القضاء بشهادة فرعين على شهادة اصل واحد لامتناع الجمع بين الاصل والخلف لكنه جائز وقوله ولا يبدأ الشهيد اي شاهد الاصل عند الفرع قوله كما لا يبتدئ شاهد الاصل عند القاضي لينقله الفرع الى مجلس القضاء وان لم يذكر شاهد الاصل في شهادته عند الفرع قوله واشهدني يعني المقر على نفسه بذلك جاز لما ذكرنا آنفا من الفرق واذا وقع التحميل بما ذكر فيقول شاهد الفرع عند الاداء اشهدني فلان بن فلان وليعرفه اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك فلا بد من ذكر الفرع جميع شاهد الاصل فلزم فيه خمس شيئيات وذلك لانه لا بد للفرع في شهادته وذكر شهادة الاصل والتحميل قال المصنف ولها اي ولشهادة الاداء من الفرع بلفظ اطول من هذا واقصر من الاطول فان يقول اشهد ان فلانا اشهدني ان لفلان على فلان كذا واشهدني على شهادته وامرني ان اشهد على شهادته وانا الان اشهد على شهادته بذلك فيلزم ثمان شيئيات واما الاقصر فان يقول الفرع اشهد على شهادة فلان بان فلانا اقر عنده بكذا ففيه شيئان وهو اختيار الفقيه ابي الليث واستاذه ابي جعفر وعلى فتوى شمس الائمة السرخسي به وبكذا ذكره محمد في السير الكبير وبه قالت الائمة الثلاثة وحكى ان فقهاء زمن ابي جعفر خالفوا واشترطوا زيادة وتطويلا فاخرج ابو جعفر الرواية من السير الكبير فانقادوا له قال في الذخيرة فلو اعتمد احد على هذا كان اسهل وكلام المصنف يقتضي ترجيح كلام القدوري المشتمل على خمس شيئيات حيث حكاه وذكر ان ثم الطول منه واقصر ثم قال وغير الامور اوساطها وذكر ابو نصر البغدادي شارح القدوري اقصر آخر ثلاث شيئيات قال ويكفي الاتيان من جميع ذلك على ثلاثة الفاظ وهو ان يقول اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا ثم قال وما ذكره صاحب الكتاب يعني القدوري اولى واحوط ثم حكى خلافا بين ابي حنيفة ومحمد وبين ابي يوسف وان قوله وقال لي اشهد على شهادتي شرط عند ابي حنيفة ومحمد فلا يجوز تركه وعند ابي يوسف رحمه الله يجوز قال وجه قولهما انه اذا لم يقله احتمل ان يكون امره ان يشهد بشل شهادته وهو كذب وتحمل انه امره على وجه التحميل فلا تثبت النائب بالشك وله ان امر الشاهد محمول على الصحة ما امكن فتحمل لذلك على التحميل انتهى والوجه في شهود الزمان القول بقولهما وان كان بينهم المعارف المتدينون لان الحكم للغالب فحملوها المتجذ بها مكبة للدراهم وقولهم في اعطاء الصورة اشهدني على شهادة فلان ونحوها المراد منه التمثيل والا فلا بد

ان يعرف شاهد الاصل قال في الفتاوى الصغرى شهود الفرع كشهود الاصل فيما يذكره واما اسماء الاصول واسماء ابائهم واجدادهم حتى لو قال الشهود ان رجلين يعرفهما اشهدانا على شهادتهما انا نشهد بكذا وقالا لا نسميهما او لا نعرف اسماءهما لم تقبل لانه تحمل اجازفة لا عن معرفة قوله ومن قال اشهد في الخ اي قال شاهد عند آخر اشهد في فلان على نفسه بكذا الا سمع للسامع ان يشهد على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتي بذلك ووجهه العموم بانه لا بد من التحميل اما عندنا فلانه يقول باشتراك الاصول والفروع في الضمان اذا جحدوا ومعنى هذا ان محمدا الجامع بين الشهود يقول بتضمين الاصول والفروع وليس المراد ما يسبق الى الفهم من انه يضمن الكل معا فان احدا لم يقل بتضمين الفروع لا يرجعون على الاصول كما في باب الغصب او ضمن المالك الغاصب الثاني لا يرجع به على الغاصب الاول وان ضمن الاصول لا يرجعون على الفروع اصلا بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب تخيير المغصوب منه في تضمين ايهما شاء فان ضمن الغاصب يرجع على هذا واما عند ابي حنيفة فلا بد من التحميل لانه لا بد من النقل يعني الى مجلس القاضي ليصير حجة فيظهر بالنقل تحميل ما هو حجة يعني شهادة الاصول وهذا الكلام يقتضي ان وجوب التحميل لوجوب النقل والنقل لا يتحقق الا بالتحميل حتى لو سمع شاهد الرجل اشهد على شهادتي الخ ليس له ان يشهد على شهادته لانه انما تحمل غير حجة فاذا نقل ظن القاضي انه وجد الشرط وهو التحميل فتثبت عنده الحجة بخلاف ما لو سمع قاضيا يقول لآخر قضيت عليك بكذا او على فلان فانه يجب ان يشهد على قضائه بلا تحميل لان قضاءه حجة كالبيع والاقرار بخلاف الشهادة ليس نفسها حجة حتى تنقل الى القاضي ولقائل ان يقول كون النقل الى القاضي والحجة يتوقف على التحميل شرعا مما يحتاج الى دليل ان لم يكن فيه اجماع الامة وهو منتف على الاصح عند الشافعية والا فالاتفاق على ان من سمع اقرار رجل له ان يشهد عليه بما سمع منه وانما لم يشهده بل ولو منعه من الشهادة بما سمع منه فاخرج الاقرار بشهادة الشاهد شهادته على فلان يحتاج الى كل دليل من الشرع وذكر في الفتاوى الظهيرية في وجهه امرا آخر وهو ان الاصل له منفعة في نقل شهادته فان الشهادة حق عليه يلزمه اداؤه اذا طلب منه من هي له ومقتضى هذا انه لا يحتاج الى التوكيل والتحميل لان من عليه دين اذا تبرع انسان بقضاء دينه جاز وان لم يكن بامره لكن فيها مضرة ابداء ولا يتأتى تنفيذ قوله على المشهود عليه فيتوقف على امره ورضاه فيشترط كمن له ولاية النكاح صغيرة لو نكحها انسان لا بامره لا يجوز لذلك قوله ولا تقبل شهادة شهود الفرع الا ان يموت شهود الاصل او يغيبوا مسيرة ثلاثة ايام ولياليها فصاعدا او يمرضوا مرضا لا يستطيعون معه حضور مجلس الحاكم لان جواز ذلك للحاجة وانما تمس عند عجز الاصل وبهذه الاشياء يتحقق العجز وانما اعتبر بالسفر لان العجز بعد المسافة فقدرت بمسافة اعتبرناها في الشرع بعيدة حتى اثبتت رخصا عندها من الفطر والقصر وامتداد مسح الخف وعدم وجوب الاضحية والجمعة وعن ابي يوسف انه لو كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع ان يثبت في اليوم صح شهادة الفروع احياء لحقوق الناس قالوا الاول احسن يعني من جهة الدليل لموافقته لحكم الشرع والثاني ارفق احياء لحقوق الناس وفي الذخيرة كثير من المشايخ اخذوا بهذه الرواية وبه اخذ الفقيه ابو الليث وذكر محمد في السير الكبير وعن محمد تجوز الشهادة كيفما كان حتى روي انه اذا كان الاصل في زاوية المسجد فشهد الفرع في زاوية اخرى تقبل وقال الامام السرخسي وغيره يجب ان يجوز على قولهما خلافا لابي حنيفة مرة بناء على جواز التوكيل بالخصومة عندهما بلا رضى الخصم وعنده لا الا برضاه والاقطع صرح به عنهما فقال وقال ابو يوسف ومحمد تقبل وكذا في المصح فروع خرس الاصلان او عميا او عميا او ارتدا والعياذ بالله او فسقا لم يجز شهادة الفروع ويجوز شهادة الابن على شهادة الاب دون قضائه في رواية والصحيح الجواز فيهما ولو شهدوا على شهادة نفسه واخران على شهادة غيره صح وتقبل الشهادة على الشهادة في النسب وكتاب القاضي الى القاضي وفي الاصل لو شهد رجلان على شهادة رجل وشهد احدهما على شهادة نفسه في ذلك الحق فهو باطل لان شهادة الاصل الحاضر على شهادة الاصل الغائب غير مقبولة لانها لو قبلت تثبت بشهادة الاصل الحاضر ثلاثة ارباع الحق لنصف الشهادة وحده ولبقية الشهادة مع آخر شهادة الاصل الغائب ولا يجوز ان تثبت بشهادة الواحد ثلاثة ارباع الحق كذا ذكره الامام السرخسي ولم يزد في شرح الكافي على التعليل بان شهادة نفسه اصل وشهادته على غيره بدل ولا يجتمعان بخلاف ما لو شهد واحد على شهادة نفسه آخران على شهادة آخر يصح ولو شهد على شهادة رجلين شهود ولم تقبل الشهادة حتى حضر الاصلان او نيابة الفروع عن الشهادة صح النفي عند عامة المشايخ وقال بعضهم لا يصح والاصح الاول وتقبل الشهادة على الشهادة وان كثروا واسمعنا قول حاكم حكمت بكذا على هذا ثم نصب حاكم غيره لهما ان الشهادة ان القاضي قضى عليه وان كان سمعاه من القاضي في المصر

قال ولو عدل شهود الاصل شهود الفرع شهدا الا من هو من اهل التزكية ولكن اذا شهد من شاهدين فعدل احدهما الآخر صح لما قلنا غاية الامر انه منفعة لانه من حيث الاقتضاء شهادة لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه كما يأتي قوله مقبول في حق نفسين رجعت شهادته صاحبه فلا تقبل قال وان سكتوا من تعديل او جاز ينظر القاضي في حالهم وهذا عند ابي يوسف وقال محمد لا تقبل لانه لا شهادة الا بالعدالة فان لم يعرفوا حالهم يسألوا الشهادة فلا تقبل وكذا لو لم يسترب ان لا خوف عليهم القلم وان التعديل لانه قد يخفى عليهم فلا يحتملوا ويعرف القاضي العدالة كما اذا حضروا بأنفسهم وشهدوا قال وان انكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع لان التحمل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو شرط واذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بالنسب وقالا اخبرانا انهما يعرفانها باسمها ونسبها لا نعرف هذه ام لا فانه يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان انها فلانة لان الشهادة على المعروفة بالنسبة وقد تعقبت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة وتعليم هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدود يذكر حدوده وتمامه في الشروط

وسواده في رواية الحسن عن ابي حنيفة وهذا لان القبض عرف ابي يوسف لا يجوز ان سمعا في غير مجلس القاضي وبهذا احوط قوله فان عدل شهود الاصل الخ شهود الاصل ينصب عدولا وشهود الفرع فاعلى الحال اذا شهد الفرعان فان علم القاضي عدالة كل من الفروع والاصول قضى بموجب الشهادة وان لم يعلم عدالة الاصول وعلم عدالة الفروع سأل الفروع عن عدالة الاصول فان عدلوا هم جاز لانهم من اهل التزكية فتقبل وكذا لو شهد اثنان فعدل احدهما وهو معلوم العدالة للقاضي الآخر جاز خلافا لقول بعض المشايخ انه لا يجوز لانه متهم في ذلك حيث كان تعديله رفيقه يثبت القضاء بشهادته وذلك ما اشار اليه المصنف بقوله غاية الامر ان فيه منفعة الخ لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه يعني ان شهادة نفسه تتضمن مثل هذه المنفعة وهي القضاء بها فكما انه لم يعتبر الشرع عدالته كذلك ما نحن فيه وان سكتوا اي الفروع عن تعديل الاصول حين سألهم القاضي جازت شهادة الفروع ونظر القاضي في حال الاصول فان علم عدالتهم قضى والا لا ودون تعديلهم وهذا من ابي يوسف قال محمد اذا سكتوا وقالوا لا نعرف عدالتهم لا تقبل شهادة الفروع لان قبولها باعتبار انتقال شهادة ولم يثبت شهادة الاصول فلا تقبل شهادة الفروع ولابي يوسف ان المأخوذ اي الواجب على الفروع ليس الا نقل ما سمعوه من الاصول دون تعديلهم فانه قد يخفى حالهم عنهم فاذا نقلوا احتملوا هم على القاضي ان يعرف حالهم غير ان الفروع حاضرون وهم اهل التزكية اذا كانوا عدولا فسؤالهم اقرب للمسافة من سؤال غيرهم فان كان عندهم علم فقد قصرت المسافة والا احتاج الى البعث الى غيرهم من غيرهم كذا ذكر الخلاف الناطفي في تهذيبه وابو القاضي للخصاف صاحب البداية وذكر شمس الائمة فيها اذا قال الفروع حين سألهم عن عدالة الاصول لا نخبر بشيء لم تقبل شهادتهما اي الفروع في ظاهر الرواية لان هذا ظاهر في الجرح كما لو قالوا استتهم في هذه الشهادة ثم قال وروى عن محمد انه لا يكون جرحا لانه يحتمل كونه توقيفا في حالهم فلا يثبت جرحا بالشك انتهى وعن ابي يوسف في غير هذه الرواية عن محمد انها تقبل ويسأل غيرهما ولو قالا لا نعرف عدالتهما ولا عدمها فكذا الجواب فيما ذكره ابو علي الدقاق وذكر المحاوي انها لا تقبل ويسأل عن الاصول وهو الصحيح لان الاصل بقي مستورا فيسأل عنه وذكر هشام عن محمد في عدل اشهد على شهادة شاهدين ثم غاب ضيعة منقطعة نحو عشرين سنة ولا يدري احي هو على عدالته ام لا فشهدا على تلك الشهادة ولم يجد الحاكم من يسأله عن حاله ان كان الاصل مشهورا كابي حنيفة وسفيان الثوري قضى بشهادتهما عنه لان عثرة المشهور يتحدث بها وان كان غير مشهور لا يقضي به ولو ان فرعين نعلوا ما عدا انهما شهدا عن الاصل وقالا لا نعرف فيه وزكوه غيرهما لا تقبل شهادتهما وان قال ذلك احدهما لا تثبت اذا جرحه قضى التتمة اذا شهدا انه عدل وليس في الاصل من يعرفه فان كان ليس موضع المسألة يعني ان يخفى فيه المسألة سألهما عنه اذا بعث من يسألهما عنه سرا فان عدلاه قبل والا اكتفى بما اخبراه علانية قوله فان انكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة الفروع لان انكارهما الشهادة انكار للتحمل وهو شرط في القبول فوقع في التحمل تعارض خبرهما بوقوعه وخبر الاصول لعدالته ولا تثبت مع التعارض قوله واذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بالف ولم يسم كذا عبارة الجامع وتمامه فيقولان قد اخبرانا انهما يعرفانها ويجيبان باسمها ونسبها لا ندري هذه ام لا قال يقال للمدعي هات شاهدين ليشهدا ان انها فلانة الفلانية لعينها فاجيزت الشهادة والمعاقرة قال فجاء بامرأة يعني المدعي جاء بها وهو النسب وبهذا الان الشهادة بالالف على المعرفة بالنسبة وقد تحققت بالشهادة المذكورة للفروع والمدعي يدعي الالف على حاضرة جاء بها وكونها غيرها فلا بد من تعريف الحاضرة تلك النسبة التي هي شاهد بالالف عليها قال المعرف ونظير هذا اذا تحملوا شهادة ببيع محدود قال قاضي خان وهذا كرجلين يشهدان ان فلانا اشترى دارا في بلد كذا بحدود كذا ولا يعرفان الدار بعينها يقال للمدعي هات شاهدين ليشهدا ان هذه الدار المحدودة المذكورة بهذه الحدود في يد هذا المدعى عليه لتصح القضاء وهذا التصوير اوفق بالكتاب حيث قال تحملوا الشهادة ببيع محدود وذكر التمرتاشي رحمه الله كرجل ادعى محدودا في يد رجل وشهد شهود ان هذا المحدود المذكور بهذه الحدود ملكه وفي يد المدعى عليه لغير من يقال المدعى عليه الذي في يده غير محدود وبهذه الحدود التي ذكرها الشهود

لابد من تعريف الشهود على ان الحدود في يد المدعى عليه وكان الاولى للمدعى عليه ان الحدود المذكورة في الشهادة حدود في يديه قال وكذلك كتاب القاضي
الى القاضي لانه في معنى الشهادة على الشهادة لان القاضي لكمال ديانته ودفوره ولايته يتفرد بالنقل ولو قالوا في هذين البابين التهمية لم يجز حتى ينسبوها
الى فخذ من مهاري القبيلة الخاصة هذا لكون التعريف لابد منه في هذا لانه لا يحصل بالنسبة العامة وهي نسبة القبيلة الى بني تميم لان قوما لا يحصون ويحصل
بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة وقيل الفرغانية نسبة عامة والاوزجندية خاصة وقيل السمرقندية والبخارية عامة وقيل الى السكة الصغيرة خاصة
والى المحلة الكبيرة والمصر عامة تم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد رح خلافا لابي يوسف رح
على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لانه اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى

يقال للمدعي بات شاهدين ان الذي في يده محدود وسبب الحدود وتم تصوير المصر ليصدق فيما اذا كان المدعى شفيعا والمحدود في يد المشتري فادعاه لطلب الشفعة فانه
المشتري الذي في يدي بطريق الشراء ليس بهذه الحدود ثم قال المصر قال يعني محمدا في الجامع الصغير وكذلك كتاب القاضي فانه ذكر فيه المسئلتين فانه قال
بعد قوله فاجيز الشهادة وكذلك كتاب القاضي الى القاضي شهادة شاهدين وقال ابو حنيفة ان قالا في هذين البابين التهمية لم يجز حتى ينسبا ها الى فخذ ها الى هنا
لفظ الجامع الصغير يعني ان القاضي اذا كتب في كتابه الى القاضي الاخر ان شاهدين عدلين شهدا عندي ان لفلان بن فلان على فلانة بنت فلان الفلانية
مائة درهم فاقض عليها بذلك فاحضر المدعي امرأة في مجلس القاضي المكتوب اليه وقال هي هذه يقول له المكتوب اليه بات شاهدين ان التي احضرتها هي فلانة
بنت فلان الفلانية المذكورة في هذه الكتاب ليتمكن الاشارة اليها في القضاء عليها وقوله الا ان القاضي الخ جواب عما يقرر به هو انه اذا كان في معنى الشهادة على الشهادة
ينبغي ان لا يقبل قول القاضي وحده لانه كشاهد الفرع شهد على الاصول بما شهدا به فقال ان للقاضي زيادة وفور ولاية ليست للشهود فقامت تلك مع دينانته مقام
قول الاثنين فانفرد بالقبول ثم قال المصر قال ولو قالوا بلفظة قال ايضا على ما ذكرنا من تحول المصر لاجل لفظ الجامع على ما نقلناه آنفا اي قال في الجامع قال ابو حنيفة
لو قالوا في هذين البابين اي الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي الى القاضي هي فلانة بنت فلان التهمية لم يكف حتى ينسبوها اي فخذ ها بيد القبيلة الخاصة
التي ليس دونها اخص منها وهذا على احد قولي اللغويين وهو في الصحاح وفي الجمهرة جعل الفخذ دون القبيلة وفوق البطن وانه بتسكين الخاء والجمع افخاذ وجعله في
ديوان الادب بكسر الخاء وانه اقل من البطن وازاد ذكر صاحب الكشاف والمزهر قال العرب على ست طبقات شعب وقبيلة وعمارة وبطن وفخذ وفصيلة فالشعب
يجمع القبائل والقبيلة يجمع العمائر والعمارة يجمع البطون والبطن يجمع الافخاذ والفخذ يجمع الفصائل فمضر شعب وكنانة ربيعة ومدرج وخزيمة وسميت شعوبا لان القبائل
تشعبت منها وكنانة قبيلة وقريش عمارة وقصي لبطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة وعلى هذا لا يجوز الاكتفاء بالفخذ لانه لم ينسبها الى الفصيلة لانها دونها ولذا
قال الله تعالى وفصيلته التي تؤويه وقد منا في فصل الكفاءة من ذكر بعد الفصيلة الفصيلة العشيرة والعمارة بكسر العين والشعب بفتح الشين واسكانها بك
ذكرنا في منظومتنا في شرح النافع لم يكتف بذكر التهمية لانها نسبة عامة فلا يحصل بها التعريف وهو المقصود بذكر ذلك ونقل في الفصول عن قاضي خان ان
حصل التعريف باسمه واسم ابيه ولقبه لا يحتاج الى ذكر الجد وان كان لا يحصل بذكر الاب والجد لا يكتفي بذلك وفي الفصل العاشر من فصول الاستروشني رايت بخط
ثقة لو ذكر اسمه واسم ابيه وفخذه وصناعته ولم يذكر الجد تقبل وشرط التعريف ذكر ثلاثة اشياء على هذا لو ذكر اسمه ولقبه واسم ابيه هل يكفي فيه اختلف المشايخ
والصحيح انه لا يكفي وفي اشتراط ذكر الجد اختلاف فاذا قضى القاضي بدون ذكر الجد ينفذ لانه وقع في فصل مجتهد فيه قال كذا رايت في بعض الشروط ولا
يخفى ان ليس المقصود من التعريف ان ينسب الى ان يعرفه القاضي لانه قد لا يعرفه ولو نسبه الى ماته جد والى صناعته ومحلته بل يثبت بذلك الاختصاص
ويزول الاشتراك وانه قلما يتفق اثنان في اسمها واسم ابيهما وجدهما او صناعتهما ولقبهما فما ذكر عن قاضي خان من انه لو لم يعرف مع ذكر الجد لا يكتفي
بذلك لا وجه له منه ما نقل في الاصول من ان شرط التعريف ذكر ثلاثة اشياء غير انهم اختلفوا في اللقب مع الاسم هل هما واحد او لا نظير ما ذكرنا في النسب
ما ذكر في النسبة الى البلدان في حي من لا يعرف له نسبة الى جد مشهور مثل ان يقول الفرغاني وكذا البلخي كما ذكره ابو الليث وقيل السمرقندية والبخارية
عامة بخلاف الاوزجندية وقيل فالنسبة الى السكة الصغيرة خاصة والى المحلة الكبيرة والمصر عامة قال المصنف التعريف وانما يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة
ومحمد خلافا لابي يوسف في عدم اشتراطه ذكر الجد على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لانه اسم الجد الاعلى اي الجد الاعلى في ذلك الفخذ خاص فنزل منزلة
الخاص وهذا تعليل لقول ابي حنيفة المنقول في الجامع ان قال في هذين البابين فلانة التهمية لم يجز حتى ينسبا ها الى فخذ ها فانه ذكره فيما اذا قالا

فصل قال ابو حنيفة رح شاهد الزور يشهر في السوق ولا اعزره وقالا اعزره وجه قولهما ما روى عن عمر رض انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا ولان الزجر يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب ان كان مبالغة في الزجر ولكنه يقع ما نعا عن الرجوع فوجب التخفيف نظرا الى هذا الوجه وحديث عمر رض محمول على سياسة بلالة التبليغ الى الاربعين والتعزير ثم تفسير التشهير منقول عن شريح رح انه كان يبعثه الى سوقه ان كان سوقيا الى قومه ان كان غير سوقي بعد العصر ثم آه انوا ويقولون ان شريحا يقرأ عليكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه واحذروا الناس منه وذكر شمس الائمة السرخسي رح انه يشهر عنقه ايضا والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عند هما وكيفية التعزير ما ذكرناه في الحدود وفي الجامع الصغير شاهد ان اقرا انهما شهدا بزور لم يضربا ولا يعزران وفائدته ان شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه بذلك تاما لا طريق الى اثبات ذلك بالبينة لانه نفى الشهادة والبينات للاثبات والله اعلم

قال فلان ابن فلان الفلانية من غير تحديد فعلم ان الفلانية تقوم مقام الجد اذا كان النسب الى اخص الاباء

فصل قوله قال ابو حنيفة رح شاهد الزور لم اعزره شهادة الزور لانها خلاف الاصل اذ الاصل الصدق لان الاصل في الفطرة كونها على الحق والكذب لعارض من قبل النفس والشيطان وشاهد الزور لا يعرف الا باقراره بذلك ولا يحكم بمرد شهادته بمخالفة الدعوى اذ الشاهد الآخر اذا كذب المدعي له اذ قد يكون محقا في المخالفة او للمدعي غرض في ادائه وقد شيخ الاسلام ان اشهد بموت واحد فجيء حيا ولو قال غلطت او ظننت ذلك قيل هما بمعنى كذبت لاقراره بالشهادة بغير علم واذا ثبت كونه شاهد زور قال ابو حنيفة رح التعزير تشهير على الملا في الاسواق ليس غير وقالا لا توجعه ضربا وتحبسه قصارى معنى قوله واعزره ولا اضربه والحاصل الاتفاق على تعزيره غير انه اكتفى بتشهير حاله في الاسواق وقد يكون ذلك اشد عليه من الضرب خفية وهما اخذا فالى ذلك الضرب ولقولهما قال الشافعي ومالك رحمهما الله لما روى ان عمر رض ضرب شاهد الزور اربعين سوطا رواه ابن ابي شيبة ثنا ابو خالد عن حجاج عن مكحول عن الوليد بن ابي مالك ان عمر كتب الى عماله بالشام في شاهد الزور يضرب اربعين سوطا ويسخم وجهه ويحلق راسه ويطال حبسه ويروى عبد الرزاق في مصنفه عن مكحول ان عمر رض ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وقال اخبرنا يحيى بن العلا اخبرني الاحوص بن حكيم عن ابيه عن عمر بن الخطاب رض امر في شاهد الزور ان يسخم وجهه وتلقى عمامته في عنقه ويطاف به في القبائل فوجه الاستدلال بذلك ممن يرى تقليد الصحابي ظاهر اما من لا يراه فبوجهين احدهما عدم النكير فيما فعل عمر فكان اجماعا وليس لشيء لان الانكار لا يتجه فيما طريقه الاجتهاد واذا فرض انه اداه اجتهاده الى ذلك فلا يجوز النكير على مجتهد في محل اجتهاده في هذا السكوت دليل انه انما فعله بكبيرة من الكبائر سمع ما صرح به النبي صلى الله عليه وسلم فيما روى البخاري انه صلى الله عليه وسلم قال الا اخبركم بالكبائر قالوا بلى يا رسول الله قال الشرك بالله وعقوق الوالدين وكان متكئا فجلس قال الا وقول الزور وشهادة الزور فما زال يكررها حتى قلنا ليسكت وقد ورد ان الله تعالى بينها وبين الشرك قال فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور واذا كان كبيرة وليس فيها تقدير شرعي ففيه التعزير وهذا لا ينتقض على ابي حنيفة فانه يقتضي التعزير وهو لا ينفيه بل قد قال به على ما حققناه لكنه ينفي الزيادة فيه بالضرب والحق انه ينتقض عليه بنفي الضرب وهما يثبتانه فان كان الضرب زيادة في التعزير فليكن اذ قد ثبت الزيادة فيه به ولابي حنيفة ان شريحا رضي الله عنه كان يشهر ولا يضرب روى محمد بن الحسن في كتاب الآثار انا ابو حنيفة عن الهيثم بن ابي الهيثم عن جدته عن شريح انه كان اذا اخذ شاهد الزور فان كان من اهل السوق قال للرسول قل لهم ان شريحا يقرئكم السلام ويقول لكم انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وان كان من العرب ارسل الى مجلس قومه اجمع ما كانوا فقال للرسول مثل ما قال في المرة الاولى ونحوه ما رواه ابن ابي شيبة ثنا وكيع ثنا سفيان عن ابي حصين قال كان شريح يبعث بشاهد الزور الى مسجد قومه والى السوق ويقول انا رقينا شهادة هذا وفي لفظ كان تكتب اسمه عنده وقال الحصاف في ادب القاضي ثنا وكيع قال حدثنا سفيان عن ابي حصين قال كان شريح يبعث بشاهد الزور فاحمل بين وكيع وابي حصين بسفيان وقد يقال ليس من هذه ما يصرح بانه لم يضربه بل انه فعل ذلك ولا ينفي هذا ان يكون مع شيء آخر ثم وجدنا هذا المحمل مرويا قال عبد الرزاق انا الثوري عن الجعد بن ذكوان قال اتي شريح بشاهد زور فنزع عمامته عن راسه وخنقه بالدرة خفقات وبعثه في السوق ليعرفه الناس غير ابا حنيفة رضي الله عنه قال ان عرضنا انه وقع الضرب وقد قلنا انما يعرف شاهد الزور باقراره

قال وإذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه لأن التسبيب علة وجه التعدي سبب الضمان كحافر البئر وقد سبقا للقضاء تعدية لأنه علة معرفة للتسبيب بسبب وجود المباشرة لأنه تكشف وإيجاب الضمان على المباشر وهو القاضي لأنه كالملجأ إلى القضاء وفي إيجابه مبرة للناس عن تقلده وفقد راستيفاء من المدعي لأن الحكم ما ضي فاعتبر التسبيب وإذا ضمنا إذا قبض المدعي للمال دينا كان أو عينا كان الأول فيه بيع ولا مماثلة بين العين والزام الدين قال وقد رجع أحدهما فعليه نصف

ان استعمال المحل إنما هو شرط استتباع اجتماع المتصادين في نفسه كما ان الحياة شرط لكل من الشهادة والقضاء وشرط الشيء غير لازم ولا مؤثر فيه ولا في حكمه ولا في صفته ولا في تعلقه بالمحل ولا في شيء من أحكامه ولا في شيء من صفاته ولا في تعلق شيء من أحكامه به

والاصل ان المعتبر في هذا البقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من بقي بشهادته نصف الحق وان شهد بالمال ثلثة فرجع احدهم فلا ضمان عليه لانه بقي من بقي بشهادته كل الحق وهذا لان الاستحقاق باق بالحجة والمتلف متى استحق سقط الضمان فاولى ان يمتنع فان رجع آخر ضمن الراجع ثلث نصف الحق لان بقاء احدهم بقي نصف الحق وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلثة ارباع بقاء من بقي والرجعتا ضمنتا نصف الحق لان بقي الرجل بقي نصف الحق وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لانه بقي من بقي بشهادته كل الحق فان رجعت اخرى كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلثة ارباع وان رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة اسداس عند ابي حنيفة وقالا ما ان على النصف الا ان ترى ان مقام رجل واحد دون الا بانضمام رجل ولابي حنيفة ان كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد قال عليه السلام في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنين منهن بشهادة رجل واحد فصار كما اذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا فان رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين لما قلنا وان شهد رجل وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لان الواحدة ليست بشاهد ان هي بعض الشاهد فلا يضاف اليه الحكم

ولا رجوع للواهب على الموهوب له ولا عليهما لانه كالعوض وان لم يضمن الواهب الشاهدين له الرجوع شهدا انه باع عبده بخمسمائة الى سنة وقيمته العبد مائة وقضى به ثم رجعا يخير المالك بين رجوعه على المشتري بالثمن الى سنة وبين تضمين الشاهدين قيمته حالة ولا يضمنهما الخمسمائة فان ضمن الشاهدين رجعا على المشتري بالثمن اذا حل الاجل لانهما قاما مقام البائع او الضمان وجب لهما قدر مائة وتصدقا بالفضل

قوله والاصل ان المعتبر في هذا البقاء من بقي لا رجوع من رجع لان الشهادة انما تثبت المال والرجوع انما يوجب الضمان لانه اتلاف لهم فاذا بقي بعد رجوع من رجع من يستقل باثبات المال شرعا لم يتحقق بالرجوع اتلاف شيء ومن المحال ان يضمن مع عدم اتلاف شيء واما ما ورد من انه ينبغي اذا رجع احد من الاثنين ان لا يبقى شيء من المال لان الواحد لا يثبت بشهادته شيء اصلا فيقتضي ان يضمن الواحد الراجع كل المال فهو معارض للاجماع على نفيه وانما كان الاجماع على نفيه لان عدم ثبوت نفي لشهادة واحدة انما هو في الابتداء لا يلزم في حال البقاء ما يلزم في الابتداء وح فبعد ما ثبت ابتداء شيء لشهادة اثنين نسب الى كل منهما في حال البقاء ثبوت حصة منه بشهادته فتبقى هذه الحصة مالا بقي على شهادته ويكون متلفا لها برجوعه اذ اعرف هذا فاذا رجع احد الاثنين لزمه ضمان النصف لانه اتلف برجوعه وان شهد بالمال ثلثة فرجع احدهم فلا ضمان عليه لانه بقي الحق من غير اطلاق شيء منه ببقاء الشاهدين والاستحقاق باق بالحجة والمتلف متى استحق سقط الضمان كما اذا اتلف مال زيد فقضى ببرمانه عليه فظهر ان مستحقه عمرو فانه يأخذه وليسقط الضمان لزيد فاولى ان يمتنع الضمان وما نحن فيه من هذا فان بالرجوع ما تلف على المشهود له حصته التي اثبتها له بشهادته او صارت مستحقة للمشهود عليه وبقاء من بقي كما كان الحق بظهور استحقاق المشهود به لذلك الحصة دون المشهود عليه فيدفع الزمان للمشهود عليه فان رجع آخر من الثلثة ضمن الراجعان نصف المال لان ببقاء الثالث يبقى نصف المال فلو قال الراجع الاول كيف اضمن برجوع الثاني ما لم يلزمني ضمانه برجوع نفسي وقت رجوعي لا يقبل هذا كما لا يقبل قول احدهم لو رجع الثلثة لا يلزمني شيء لان غيري ثبت به كل الحق فرجوع غيري موجب عليه لا علي وحقيقة الوجه ان تلف النصف وان كان محالا يستقل به رجوع واحد اذ فرض تحققه مع رجوع جماعة تحاصوا الضمان لانه ليس احدهما اولى به من الآخر وان شهد رجل وامرأتان فرجعت احداهما ضمنت ربع المال لبقاء ثلثة ارباعه ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا نصفه لان بشهادة الرجل يبقى نصف الحق وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع منهن ثمان لا ضمان عليهن لانه بقي من بقي بشهادته كل الحق فان رجعت اخرى ضمن التسع ربع الحق لبقاء نصف بشهادة الرجل الباقي والربع بشهادة الباقية وان رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى جملة النسوة خمسة اسداسه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وان كثرن لقين مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام الرجل ولابي حنيفة ان كل امرأتين قامتا مقام رجل قال صلى الله عليه وسلم في نقصان عقلهن عدلت شهادة كل اثنتين منهن بشهادة رجل روى البخاري من حديث الخدري رضي الله عنه ان صلى الله عليه وسلم قال يا معشر النساء تصدقن واكثرن الاستغفار فاني رأيتكن اكثر اهل النار فقالت امرأة منهن يا رسول الله ما لنا اكثر اهل النار قال تكثرن اللعن وتكفرن العشير ما رأيت من ناقصات عقل ودين اغلب لذي لب منكن قالت يا رسول الله وما نقصان العقل والدين فقال اما نقصان العقل فشهادة امرأتين تعدل شهادة رجل وتمكث الليالي لا تصلي وتفطر في رمضان فصار ركنا لو شهد به بذلك ستة رجال ثم رجعوا وان رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين يعني بالاتفاق على اختلاف التخريج

قال ولو شهد شاهدان بالطلاق قبل الدخول وشهد آخران بالطلاق بعد الدخول فعليه نصف المال عندهما وعند ابي يوسف عليه المال لان الشهادة على الطلاق بعد الدخول لا ترفع النصف الذي وجب بالشهادة على الطلاق قبل الدخول عندهما لان الشهادة على الطلاق بعد الدخول لا توجب شيئا لان البضع مستولى عليه بملك النكاح فلا يزول ملك الزوج عنه بالطلاق بعد الدخول وانما تثبت الشهادة على الطلاق بعد الدخول حرمة مؤبدة وهي ثابتة قبل الشهادة لان الحرمة المؤبدة تثبت بالدخول فلا تكون الشهادة على الطلاق بعد الدخول شهادة على اتلاف شيء فلا يجب الضمان وعند ابي يوسف الشهادة على الطلاق بعد الدخول شهادة على اتلاف البضع لان الحرمة المؤبدة تثبت بالطلاق بعد الدخول فكانت الشهادة على الطلاق بعد الدخول شهادة على اتلاف البضع فيجب الضمان وهذا لان معنى الضمان في الشاهد والقاتل واحد وهو الاتلاف بعوض لما ان البضع متقوم حال الدخول في ملك والاتلاف بعوض من كل الوجوه اتلاف بعوض وهذا لان معنى الضمان في الشاهد والقاتل واحد وهو الاتلاف بعوض بيد عوض وان كان اكثر من كل الوجوه رجعا ضمنا الزيادة لانها التقاها من غير عوض

فقد جاء الان ان ثبت شهادة من نصف المال وعند البقاء من ثبت به النصف وهو الرجل كما لو شهد ستة رجال ثم رجع خمسة ثم ليست احدى الشهادتين بان تضمن النصف من الاخرين ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا ان الضمان عليهما دون المرأة لان الواحدة ليست شهادة بل بعض شهادة لان المرأتين شاهدة واحدة فشهادة الواحدة شطر العلة لا تثبت شيئا فكان القصاص ليس الا شهادة الرجلين فلا تضمن المرأة عند رجوعها شيئا ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع رجل وامرأة وجب ضمان نصف المال لبقاء من بقي شهادته لنصف المال اعني الثلاث ثم هو على الرجل خاصة على ما قلنا لثبوت النصف بشهادة الرجل والنصف بشهادة النساء وبقي في قياس قول ابي حنيفة ان النصف اثلاثا على الرجل والمرأة لان القضاء بالشهادة الكل من الرجل والنساء على الشيوع ثم لقاء كل امرأتين مقام رجل فصارت نسوة مقام رجل ونصف فان رجعوا جميعا فعندنا الضمان اخماسا على النسوة ثلثة اخماس وعلى الرجال خمسان وقوله ان شهد اربع على رجل على امرأة زكا حال تقدير مهر مثلها وادعاه بأقل بان ادعاه بمائة ومهر مثلها الف فشهدوا بالف فشهدوا بالف تقضي بشهادتهم شهادة تامة ثم رجعوا لا يضمن النقصان بعد رجوعهم ولا يضمنان شيئا في الصورتين كما ذكره المصنف وذكر في المنظومة في صورة النقصان انما يضمنان ما نقص من مهر مثلها عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف قال في باب ابي يوسف قالوا اشتبهوا الركاها فاوكسوا ان رجعوا لم يضمنوا الا بخمسة اخماس ما نقص بنية في شرحه السعي بالحصر وجعل الخلاف مبنيا على مسئلة اختلاف الزوجين في قدر المهر فان عند ابي حنيفة ومحمد القول قولها الى مهر مثلها وكان يقضي لها بالالف لولا هذه الشهادة فقد اتلفا عليها تسعمائة وعند ابي يوسف القول للزوج فلم يتلفا على قوله عليها شيئا وتمامه في الجوهرة وما ذكره صاحب العناية هو المعروف وعليه صاحب النهاية وغيره من الشارحين لم يتعقبوا سواه خلافا للشافعي فلو كان لهم شعور بهذا الخلاف الثابت في المذهب بين الائمة الثلاثة لم يعرضوا عنه بالكلية واشتغلوا بتحصيل خلاف الشافعي وذكروا وجه ان البضع متقوم بالنسبة تقومه حال الدخول فكذا في غيره لانه في حال الخروج عين ذلك الذي ثبت تقومه واجابوا بالحاصل بوجهين الفرق بين حال الدخول ليس الا الاظهار خطره حيث كان منه النسل المطلوب في الدنيا والآخرة وغير ذلك من الفضائل شرطت الشهادة على العقد عليه دون سائر العقود لذلك لا لاعتبار متقوما في نفسه كالاعيان المالية لانه لا يرد الملك على رقبته والمنافع لا تقوم فلا تضمن لان المتضمن يستدعي المماثلة بالنص ولا مماثلة بين الاعيان التي تحرز وتقوم والاعراض التي لا تحصر ولا تبقى وفرع في الخانية على الاصل المذكور خلافية بين ما اذا شهدوا بالطلاق الثلث ثم رجعوا بعد القضاء بالفرقة لم يضمنوا عندنا وكذا اذا قتل رجل امرأة رجل لا يضمن القاتل لزوجها شيئا وكذا لو ارتدت المرأة لا شيء عليها لزوجها وعنده عليها على القاتل لزوج مهر المثل واورد على قولنا نقضا انهم اوجبوا الضمان باتلاف منافع البضع حقيقة فيما اذا اكره مجنون امرأة فرقي بها يجب بمالة مهر المثل هكذا في الاتلاف الحكمي واجاب نقلا عن الذخيرة بانه في الاتلاف الحقيقي بالشرع على خلاف القياس والحكمي دونه فلا يكون الوارد فيه وارادا في الحكمي ونظيره ما في شرح الطحاوي لو ادعى انه استاجر الدار من هذا شهرا بعشرة واجر مثلها مائة والمؤجر ينكر فشهد بذلك ثم رجعا لا ضمان عليهما لانهما اتلفا المنفعة وتلف المنفعة لا ضمان عليه قوله وكذا اي لا ضمان عليهما اذا شهدا على رجل انه تزوج امرأة بمهر مثلها بان ادعت امرأة عليه بذلك فشهدا ثم رجعا لا يضمنان النكاح على كل حال لعدم ما يقتضي وجوب الضمان بما اتلفاه

قال وان شهدا ببيع شئ مثل القيمة او اكثر ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس باتلاف معنى نظرا الى العوض وان كان باقل من القيمة ضمنا النقصان لانهما اتلفا هذا القدر بلا عوض ولا فرق بين ان يكون البيع باتا او فيه خيار البائع لان السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار اليه فيضاف التلف اليهم وان شهدا على رجل انه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما اكدا طماعا على شرف السقوط الا ترى انها لو طاوعت ابن الزوج او ارتدت يسقط المهر اصلا ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر كما مر في النكاح ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة لكن اوجباه بهما

عليه من مهر المثل لانها عوض ما ملك البضع وهو متقوم حال رد وا التملك عليه والاتلاف لبعوض كالاتلاف وانما كان كذلك لان مبنى الضمان على المماثلة كما ذكرنا ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض وهو الثابت في حق الزوج والاتلاف بلا عوض وهو الذي يحكم به على الشاهدين وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة على مهر المثل لانهما اتلفاه بلا عوض وهي من الاعيان التي يقع المماثلة بالتضمين فيها قوله وان شهدا ببيع شئ بمثل القيمة او اكثر بان ادعى ذلك مدع فشهد له به ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس باتلاف معنى نظرا الى العوض وان شهدا به باقل من القيمة ثم رجعا ضمنا نقصان القيمة لانهما اتلفا هذا القدر عليه بلا عوض هذا اذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن فلو شهدا به ونفذ الثمن ثم رجعا فانما ان ينظما بهما في شهادة واحدة بان يشهدا بانه باعه هذا بالف واوفاه الثمن او في شهادتين بان شهدا بالبيع فقط ثم شهدا بان المشتري اوفاه الثمن ففي الاول يقضي عليهما بقيمة المبيع لا بالثمن وفي الثاني يقضي عليهما بالثمن للبائع وجه الفرق ان في الاول المقتضى به البيع دون الثمن لانه يمكن القضاء بايجاب الثمن لاقترانه بما يوجب سقوطه وهو القضاء بالايفاء ولهذا قلنا لو شهد اثنان على رجل انه باع من هذا عبده واقاما الشهادة واحدة قوله ولا يقضي بالبيع فانه قارن القضاء به ما يوجب انتفاءه وهو القضاء بالاقالة فكذا هذا واذا كان المقضي به البيع فقط وزال البيع بلا عوض فيضمنان القيمة بخلاف ما اذا كان بشهادتين فان الثمن يصير مقضيا به لان القضاء بالثمن لا يقارنه ما يسقطه لانهما لم يشهدا به ولبعد ذلك واذا صار الثمن مقضيا به ضمناه برجوعهما ثم قال المصنف ولا فرق بين كون البيع باتا او فيه خيار البائع لان السبب يعني البيع هو السابق حتى استحق المشتري المبيع بزوائده وقد انتهاه بشهادتهما فيضاف الحكم اليه عند سقوط الخيار اليه فاضاف التلف الى الشهود وهذا جواب عن سؤال ذكره في المبسوط حاصله ينبغي ان لا ضمان عليهما لانهما انما اثبتا البيع بشرط الخيار للبائع وبه لا يزول ملكه عن المبيع وانما يزول اذا لم يفسخ حتى مضت المدة واذا لم يفسخ حتى مضت كان مختارا في ازالة ملكه غيره فلا يجب الضمان والجواب ان سبب التلف العقد السابق وتبوته بشهادتهم فيضاف اليهم غاية الامر انه سكت الى مضت المدة وهو لا يستلزم رضاه بجواز كونه لتحرزه عن ان يضاف اليه الكذب لانه قد انكر القول فاذا فسخ كان معترفا بصدوره منه فيظهر للناس تناقضه وكذبه والعاقل يحترز عن مثله وكذا لو شهدا بالعقد على ان فيه خيار المشتري ومضت المدة ولم يفسخ وقيمة المبيع نقصان عن الثمن الذي شهدا به ضمناه ولو ان المشهود عليه بالشراء اخذه في المدة سقط الضمان عنهما لانه اتلف ماله كما لو اجازه البائع فشهادتهما بالخيار له ثمن ناقص عن القيمة ليسقط ايضا قوله وان شهدا انه طلق امرأته قبل الدخول فقضى بالفرقة ثم رجعا ضمنا نصف المهر هذا اذا كان في العقد مهر مسمى فان لم يكن ضمنا المتعة لانها الواجبة فيه وذلك لانهما اكدا ما كان على شرف السقوط وعلى المؤكد بالموجب اما كونه على شرف السقوط فان المهر بحيث لو ارتدت الزوجة والعياذ بالله او طاوعت ابن زوجها سقط المهر اصلا واما ان على المؤكد بالموجب مثليتين هما ما اذا اخذ محرم صيد المحرم فقتله في يده اخر يجب الجزاء على الآخذ ورجع على القاتل لانه اكد ما كان بحيث يسقط بان تيوب فيطلقه واما اذا اكره رجل آخر على الطلاق قبل الدخول فان على الزوج نصف المهر ويرجع به على المكره لانه اكد ما كان بحيث يسقط بان يبادعه وكذلك بارتداد او نحوه ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فوجب سقوط كل المهر كما مر في النكاح اي من باب المهر من ان بالطلاق قبل الدخول يعود المعقود عليه اليها كما كان سالما

قال وان شهدا على العتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا ماليته العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق لان العتق لا يحول اليهما بهذا الضمان فلا يحول الولاء اليهما وان شهدا بقصاص ثم رجعوا بعد القتل ضمنوا الدية ولا يقتص منهم وقال الشافعي ينقض حتمهم بوجود القتل منهم تسبيبا فاشبه المكره بل اولى لان الولي يجان والمكره قد يمنع ولنا ان القتل صباشرة لم يوجد وكن تسبيبا لان السبب ما يفضي اليه غالبا وههنا لا يفضي لان العفو مندوب بخلاف المكره لانه يرى حيوته ظاهرا ولان بالفعل الاختياري ينقطع النسبة ثم هو اقل من الشبهة وهي دارئة للقصاص بخلاف المال لانه يثبت مع الشبهات والباقي يعرف في المختلف

فلا يجب بمقابلته شئ ثم يجب نصف المهر ابتداء فقدا وجبا بالشهادتهما لا يجب ضمانه عليهما وانما قال في معنى الفسخ ولم يقل فسخ لانه ليس حقيقة الفسخ والا لم ينقص من عدد الطلاق شئ فانما هو في معناه لسبب عود المعقود عليه اليهما سالما ولم يذكر المصنف لو شهدا بالطلاق بعد الدخول مع انه مذكور في القدوري والبداية وحكمه انه لا يجب ضمان لان البضع لا تقوم له وحال الخروج وما دفع من قدر المهر قد اعتاض عنه منافع البضع ولم يتلفا عليه مالا بلا عوض وفي التحفة لم يضمنا الا ما زاد على مهر المثل لان لقدر مهر المثل اتلاف لبعوض وهو منافع البضع التي استوفاها ثم المعروف ان الشاهدين لم يضمنا سوى نصف المهر من غير ذكر خلاف وخرج بعضهم ان ذلك قول ابي حنيفة وابي يوسف اما على قول محمد رحمه الله فيضمنان للمرأة ما زاد على نصف المهر الى تمامه لانهما برجوعهما زعما ان الزوج لم يطلقها وانما وقع بالقضاء به فعند ابي حنيفة وقوعه بالقضاء كايقاع الزوج وبايقاع الزوج ليس لها الا النصف وعند محمد القضاء ليس ايقاعا منه فبقي حقها ثابتا في كل المهر وفوتاه بشهادتهما فقد اتلفاه انتهى والوجه ما ذكرنا من ان القضاء بالوقوع انما هو عند تكذيبه في انكاره الطلاق على ان نقل هذا الخلاف غريب ليس في الكتب المشهورة ولا يعول عليه قوله وان شهدا انه اعتق عبده فقضى بالعتق ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا عليه مالا متقوما بلا عوض فيضمنان سواء كانا موسرين او معسرين لانه ضمان اتلاف وهو لا يتقيد باليسار والولاء للمولى لان العتق من جهته وهو وان كان منكرا للعتق صار مكذبا بشرعا وانما لا يتحول للشاهدين ايضا لانهما لان العتق لا يقبل الانتقال ولا يكون الولاء عوضا نافيا للضمان لانه ليس بمال بل هو كالنسب يورث به ولو كان شهدا بتدبير العبد وقضى به كان عليهما ضمان ما بين قيمته مدبرا وغير مدبر وقد سلف في كتاب العتق قدر نقصان التدبير فان مات المولى بعد رجوعهما عتق من ثلث تركته كان عليهما بقيمة عبد للورثة ولو شهدا بالكتابة ضمنا تمام قيمته والفرق انهما بالكتابة حالا بين المولى وبين ماليه العبد بشهادتهما فكان غاصبين فيضمنان قيمته بخلاف التدبير فانه لا يحول بين المولى ومدبره بل ينقص ماليته ثم اذا ضمنا تبعا للمكاتب على نجومه لانهما قام مقام المولى حين ضمنا قيمته ولا يعتق المكاتب حتى يؤدي اليهما الجميع كما كان مع المولى وولاؤه للذين شهدا عليه بالكتابة وان عجز فرد في الرق كان لمولاه لان رقبته لم تصر مملوكة للشاهدين بالضمان لان المكاتب لا يقبل النقل من ملك الى ملك ويرد المولى ما اخذ منهما بزوال حيلولتهما برده في الرق فهو كغاصب المدبر اذا ضمن قيمته بعد اباقه ثم رجع يكون مردودا على المولى ويرد المولى على الغاصب ما اخذ منه ولو كانا شهدا على اقراره بان هذه الامة ولدت منه فقضى بذلك ثم رجعا ضمنا للمولى نقصان قيمتها وذلك بان تقوم امة وام ولد له جاز بيعها مع الامومة فيضمنان ما بين ذلك فان مات المولى بعد ذلك فعتقت كان عليهما بقية قيمتها امة للورثة وانهما خصما في شهادتهما على اقراره في ابن في يده انه منه بان شهدا على انه اقر انها ولدت منه هذا الولد كان عليهما ما ذكرنا للمولى قيمة الولد خاصة فحسب ثم مات فورثه هذا الابن كان عليه ان يرد على الشاهدين ما ورث من قبل ما كان الميت اخذه منهما من قيمته وقيمة امه لانه يقول الميت اخذه بغير حق وانه دين في تركته لهما والذي عندي انه ينبغي ان يضمنا للورثة مقدار ما ورث الابن لانهما اتلفاه عليهم بشهادتهما قوله واذا شهدا بقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنا الدية ولا يقتص منهما وهو مذهب مالك خلافا لاشهب والدية على عاقلته الشهود ومذهب احمد ان قالا اخطانا ضمنا الدية في مالهما وان قالا تعمدنا اقتص منهما وقال الشافعي يقتص لوجود القتل منهما تسبيبا فاشبه الشاهد المكره فانه تسبب بشهادته في قتل الولي كما ان المكره تسبب باكراهه في قتل المكره فقتل

قال: إذا رجع شهود الفرع ضمنوا لان الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع شهود الاصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم لانهم انكروا السبب ولا شهادة ولا يبطل القضاء لانه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء وان قالوا اشهدناهم وغلطنا ضمنوا عند محمد وعند ابي حنيفة وابي يوسف لا ضمان عليهم لان القضاء وقع بشهادة الفرع لان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم ولان الفروع نقلوا شهادة الاصول فصار كما لو حضروا

المسكر بل هو اولى منه لان ولي القصاص لبعد الشهادة يعاين على قتل المشهود عليه ولا ينكر عليه احد والمكره لا يعاين على القتل بل يمنع وينكر عليه للعلم بانه مخطور عليه اهـ وذلك ان القتل من الشاهد لم يوجد تسبيبا لان التسبيب ما يقتضي الى ما تسبب فيه غالبا والشهادة لا تفضي الى القتل الا على وجه الغلبة فان انضمت الى القضاء به بل كثيرا ما يقع ثم يقف الناس في الصلح على الدية بل على قدر بعضها فلم يفض غالبا اليه بل قد وقد من الناس من يغلب عليه طلب التشفي ومنهم من يغلب عليه العفو بالمال يرى انه جمع بين ما هو الاحب للشارع وحصول ماله ينتفع به وهو جمع بين دنيا واخرى لا شك ان هذا بالنظر الى مجرد ذاته ومفهومه يقتضي كثرة وجوده بالنسبة الى القتل فكيف اذا علم كثرة وقوعه واذا انتفى التسبب حقيقة من الشاهد انتفى قتله بخلاف المكره يعني بخلاف قولهما لان المكره لان الغالب ان الانسان يؤثر حياته على حياة غيره فكان المكره باكراهه سببا حقيقة حيث ثبت بفعله ما هو المفضي للقتل بسبب الايثار التسبيبي والاصح قياس الشاهد عليه لانتفاء الجامع وهو اثبات ما يفضي غالبا الى الفعل وجه آخر وهو ان الفعل الاختياري ذي الاختيار الصحيح اعني قتل الولي المعترض بعد الشهادة مما يقطع نسبة الفعل الى الشاهد كما عرف فيمن فك عن عبد انسان قيده فابق باختياره وامثاله كمن دفع انسانا في بير حفرها غيره تعديا فانه يدفعه الاختياري فانقطعت نسبة التلف الى الحافر فلا وجود للتسبب مع المباشر مختارا بخلاف المكره فانه وان اعترض فعله الاختياري على الاكراه لكن اختياره اختيار فاسد للاكراه عليه فكان كلا اختيار ولذا لا يصح مع اختياره هذا البيع ولا الاجارة ونحوها فلم تصح لقطع نسبة القتل عن المكره فاعتبر المكره كالة للمكره قتل بجاذ لك القتيل على انه لو لم يقطع الاختيار الصحيح النسبة الى الشاهد فلا اقل من ان يوجب شبهة في ايجاب القصاص عليه والقصاص يندرئ بالشبهات بخلاف المال فانه يثبت مع الشبهة وقوله فاشبه المكره بكسر الراء وقوله والمكره بفتحها والمراد بالمختلف مختلف الرواية للفقيه ابي الليث وفي شرح الجامع الكبير للعتابي اذا شهدوا على رجل انه قتل خطأ او عمدا فقضى بذلك واخذ الولي الدية في الخطأ وقتل القاتل في العمد ثم جاء المشهود بقتله حيا فانه يغرم في الخطأ ان شاؤا رجعوا على الاخذ لانه اخذ بغير حق ولا يرجع هو على احد وان شاؤا ضمنوا الشهود لانهم تسببوا للتلف بغير حق وهم يرجعون على الولي لانهم ملكوا المضمون وهو الدية باداء الضمان فتبين ان الولي اخذ مالهم وفي العمد لا يجب القصاص على الولي ولا على الشهود لان القضاء اورث شبهة لكنه تجب الدية ويخير ورثة المقتول بين ان يضمنوا الولي الدية ولا يرجع هو على احد وبين ان يضمنوا الشاهدين وهما لا يرجعان عند ابي حنيفة لانهم لم يملكوا المضمون وهو الدم لانه لا يقبل التملك لانه ليس مالا وعندهما يرجعون ضمنوا لان اداء الضمان انعقد سببا للتملك المضمون لكن لم يثبت الملك في المضمون لعدم قبوله فثبت في بدله كمن غصب مدبرا وغصبه آخر ومات في يده وضمنه المالك يرجع على الثاني بما ضمن لما قلنا كذا هذا قوله واذا رجع شهود الفرع ضمنوا وهذا بالاتفاق لان الشهادة التي في مجلس القضاء وهي التي بها القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع شهود الاصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا لم يضمنوا ولم يذكر المصنف خلافا وفي شرح القدوري لابي نصر البغدادي قال هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يضمنون وهو رواية عن ابي حنيفة انتهى وقال ابو المعين في شرح الجامع الكبير فيما اذا شهد فرعان على شهادة شاهدين على رجل انه قتل فلان ابن فلان خطأ فقضى بالدية على عاقلته وقبضها الولي ثم جاء المشهود عليه بقتله حيا لا يضمن

لو رجع الاصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير لان القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد رح الشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكره بشهادة الاصول من الوجه الذي ذكره فيتخير بينهما والجهتان متغايرتان فرجحنا بينهما في التضمين وان قال شهود الفرع كذب شهود الاصل او غلطوا في ذلك لم يلتفت الى ذلك لان ما امضي من القضاء لا ينتقض بقي لهم ولا يجب الضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع

الفروع لعدم رجوعهم وعدم ظهور كذبهم بيقين لجواز ان الاصلين اشهدا هما غير ان الولي يرد على العاقلة وما اخذ منها فلو حضر الاصلان وقالا لم نشهد هما لم يلتفت الى انكارهما والضمان على الاصلين اما على قول ابي حنيفة وابي يوسف فلانهما لو رجعا بان قال اشهدنا هما بباطل لا ضمان عليهما لان شهادتهما واشهادهما الفرعين كانا في غير مجلس القضاء فلا يكون سببا للضمان كالرجوع في غير مجلس القضاء واذا لم يضمنا بالرجوع فكذا اذا ظهر المشهود لقتله حيا واما عند محمد فيضمنان بالرجوع ثم قال بنا لا يضمنان يعني قال محمد في انكار الاصول الاشهاد لا يضمن الاصلان ثم ذكر تردد اقي انه قاله على انه قول ابي حنيفة وابي يوسف خاصة وقاله الفاقاني واما صاحب النهاية فصرح بان عدم الضمان بالاجماع قال المصنف وجهه لانهم انكروا ما شهدوا الا الاصل السبب وهو الاشهاد وذلك لا يبطل القضاء لانه خبر يحتمل الصدق والكذب فصار كرجوع الشاهد بعد القضاء لا يتقيد به الشهادة لهذا بخلاف ما اذا انكروا الاشهاد قبل القضاء لا يقضي بشهادة الفرعين كما اذا رجعوا قبله هذا اذا قالوا لم نشهدهم وان قالوا اشهدناهم وغلطنا او اشهدناهم ورجعنا ضمن الاصول كما اطلق القدوري وسكت عن حكم الفروع والمصنف بان الضمان على قول محمد اما عند ابي حنيفة وابي يوسف فلا ضمان على الاصول لانهما ان الفرعين نقلا شهادتهما الى المجلس ووقع القضاء بها كانهما حضرا بانفسهما وادياها واذا رجعا ضمنا وغاية الامر ان يكون شهادتهما ليست في المجلس حقيقة لكنها فيه حكما باعتبار انها المنقولة فعلنا بالحقيقة عند عدم الرجوع وبالحكم عند الرجوع ولا حاجة الى اعتبار الفرعين ناقلين عن الاصلين فيكون فعلها كفعلهما ليرتفع فائدة لو كان كذلك لعدم منع الاصلين اياهما عن الاداء بعد التحميل ولا يعمل فلهما بل عليهما ان يؤديا ليمنعا بعد التحميل ولابي حنيفة وابي يوسف ان القضاء انما وقع بشهادة الفروع لانهم يشهدون بشهادة الاصول فهو كما لو شهدوا بحق آخر انما يقضي به بشهادتهم وبهذا ان القاضي انما يقضي بما عاين من الحجة وهو شهادتهما واذا ثبت ان القضاء ليس الا بشهادتهما لم يضمن غيرهما وقد اخر المصنف دليل محمد مع تقديم قوله وعادته ان يكون المرجح عنده ما آخره **قوله** ولو رجع الاصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير بخلاف على ما عرف لهما من ان القضاء انما وقع بشهادة الفروع والضمان انما يكون برجوع من قضي بشهادته وعند محمد المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكراه هو قولهما ان القضاء بما عاين القاضي من الحجة وانما عاين شهادة الفروع ومن الوجه الذي ذكره اي محمد وهو ان الفروع نقلوا شهادة الاصول فالقضاء بالشهادة المنقولة وهي شهادة الاصول وقوله والجهتان متغايرتان جواب عما يقال لم يرجح بين الجهتين فيضمن كل من الفريقين نصف المتلف فقال بهما متغايران لان شهود الاصل يشهدون على اصل الحق وشهود الفرع يشهدون على شهادتهم وقيل لان احدهما اشهاد والاخر اداء للشهادة في مجلس القضاء ولا مجانسة بين الشهادتين فلا يعتبر شهادة الفريقين بمنزلة شهادة واحد بامر واحد فلم يجمع بين الفريقين في التضمين شيئا ثبت له الخيار في تضمين اي الفريقين شاء ولا يرجع واحد من الفريقين اذا ضمن بما ادى على الفريق الآخر بخلاف الغاصب اذا غاصب الغاصب فانه اذا ضمن الغاصب يرجع الى من غصبه لان كلا من الشهود ما اخذ ليفعله فاذا ضمن المشهود عليه لا يرجع به على الآخر بسبب المتلف لقبل شهادة الاصول اذ لولا اداء الاصول ما يكمل الفروع من النقل ولو لا نقل الفروع لم تثبت النقل وكان فعل كل من الاصول والفروع في حق المشهود عليه

قال وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا وهذا عندنا وقال ابو حنيفة رحمه الله لا يضمنون لانهم انما شهدوا على الشهود وهي شهادة فصارت كشهود الاحصان

ولهذا ان التزكية اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل بها الا بالتزكية فصارت بمعنى علة العلة بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض

قال واذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة لانه هو السبب والتلف

يضاف الى مثبتي السبب دون الشرط المحض الا ترى ان القاضي يقضي بشهادة اليمين دون شهود الشرط ولو رجع

شهود الشرط وحدهم اختلف المشائخ فيه ومعنى المسئلة يمين الطلاق والعتاق قبل الدخول

سبب للضمان اما الفروع فبالنقل اولا فالاصول لتحميلهم الفروع على النقل اذ تحميلهم لزمهم ذلك شرعا حتى يأثمون لو تركوا النقل بخلاف الغاصب

مع غاصبه قوله وان رجع المزكون عن التزكية بعد القضاء بالمال ضمنوا المال اطلقه القدوري وذكر المصنف وغيره ان ذلك قول ابي حنيفة وعندهما لا

يضمنون لان القضاء الذي به الاتلاف لم يقع بالتزكية بل بالشهادة فلم يضف التلف اليهم فلا يضمنون وصاروا كشهود الاحصان اذا رجعوا

بعد الرجم لا يضمنون الدية بالاتفاق ولابي حنيفة رحمه الله ان التزكية علة اعمال الشهادة والشهادة علة التلف فصار التلف مضافا الى التزكية

لان الحكم يضاف الى علة العلة بخلاف الاحصان لانه ليس العلة مع القتل بل العلة فيه الزنا والاحصان ليس مثبتا للزنا فشهوده لا يثبتون الزنا

فليس عليه لعلة القتل ليجب الضمان بل هو شرط محض اي عند وجوده فيكون الحد كذا وتمام الموشر في الحد رجما كان وجلدا ليس الا الزنا

الا انه قد يقال من طرفهما ان الحكم لا يضاف الى علة العلة الا عند عدم العلة وعند وجودها الاضافة الا اليها وهذا فرع ذكره في المبسوط

شهدوا بالزنا وزكوا وقال المزكون علمنا انهم احرار مسلمون فظهروا عبيدا او كفارا لا ضمان عليهم ولا على الشهود اما الشهود فلانهم لم يتعمدوا في الشهادة

بل الواقع ان لا شهادة على المسلمين من عبيد او كفار واما المزكون فلانهم اعتمدوا قول الناس في ذلك وليس اخبار القاضي كذلك

شهادة وما رجعوا وقالوا تعمدنا الكذب فعليهم ضمان الدية عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما الدية في بيت المال في الوجهين لان المزكين

ما التزموا سبب الاتلاف وهو الزنا انما التزموا على الشهود وغيروا ولابي حنيفة ان يقول عملوا بما ليس بموجب اصلي للشهادة موجبا بالتزكية الخ يعني ما ذكرنا قوله و

اذا شهد شاهدان باليمين اي شهدا بتعليق طلاق زوجته قبل الدخول بها وشهدا بوجود الدخول وتعليق عتق عبده به ثم شهد آخران بدخول الدار يقضي بالطلاق والعتاق

ثم رجع الفريقان فالضمان كنصف المهر وقيمة العبد على شهود اليمين خاصة واختير بلفظ خاصة عن قول زفر فانه يوجب الضمان على

الفريقين بالسوية قال لان التلف حصل بشهادتهم فانا القضاء بالعتق والطلاق انما هو بثبوت قوله انت طالق وانت حر فانه العلة في

الوقوع وهذا الذي سماه الامام السبب وذلك انما اثبتوا شهود اليمين بخلاف شهود الدخول لان الدخول لم يوضع علة شرعا للطلاق والعتاق فلم يكن علة

واذا ضمن الدافع مع وجود الحافر وهما مسببان غير ان الدافع مثبت السبب اقرب من الحافر لان العلة انما هي الثقل فلان يضمن مباشر العلة دون

مباشر السبب اولى ومن هذا اذا رجع شهود التخيير مع شهود اختيار انفسهما ضمن شهود الاختيار خاصة لان الاختيار هو العلة والتخيير سبب ولا يلزم على هذا اذا شهدا انه تزوجها

فلانة وشهد آخران انه دخل بها وقضى بكل المهر ثم رجعوا يجب الضمان على شهود الدخول وان كان وجوب المهر بالتزوج لان شهود الدخول اثبتوا

ان الزوج استوفى عوض ما وجب عليه بالتزوج فخرجت شهادتهما من ان يكون اتلافا فكان مقتضى ما في وجه انفراد شهود اليمين بالضمان

ان يجب على شهود الشرط لو رجعوا وحدهم بسببهم بانهم اثبتوا السبب عنده بخلاف ما اذا رجع شهود اليمين وحكى المعرفة اتفاق المشائخ

قال العتابي قال اكثر المشائخ يضمنون لانهم تسببوا في التلف لغيرهم لان له اشرافا في وجود العلم عنده فيكون مسببا للضمان عند

عدم العلة بخلاف الاحصان لانه اثر في منع وجود العلة لان الدخول في نكاح صحيح سبب الامتناع من الزنا لا سبب اثباته فلا يجعل

بالعلة وجعل شمس الائمة هذا من بعض مشائخنا يعني ما ذكر ابن سماعة عن كلام العتابي ثم قال وهذا غلط بل الصحيح من المذهب ان شهود الشرط

لا يضمنون سواء كان المضمن عليهم مباشرا او متسببا لان قوله انت حر مباشرة الاتلاف وذلك عند وجود الشرط فاضيف اليه لا الى الشرط سواء كان مباشرا

او لا بخلاف مسئلة الحفر فان هناك يحصل الهلاك بشيء وذلك ليس من مباشرة الاتلاف في شيء فلهذا يحصل الاتلاف مضافا الى التشرط وهو ازالة الممسك

کتاب الوکالة

ثم لا یخفی علیک ان صورة رجوع شهود الشرط وحدهم فیما ان تحلیف فی عدم الضمان علیهم والله سبحانه اعلم

کتاب الوکالة

اعقب الشهادة بالوکالة لان کلا من الشاهد والوکیل ساع فی تحصیل مراد غیره الموکل والمدعی معتمد علیه کل منهما والوکالة لغة بفتح الواو وکسرها اسم للتوکیل وهو تفویض امرک الی من وکلته اعتمادا علیه فیه بتخیلها وتیسیر امنک وعجزامنه والوکالة ابدا امالعجز او للترفه وکل منهما للضعف ولذا کان معنی الوکیل من فیه ضعف وبه فسر قول لبید ؎ وکانی بلجم سوذانقا ؎ اجدلیا کریا خیر وکل ؎ والسوذانق والسوذق والسوذقین الشاهین والاجدل الصقر نسب فرسه الیه ووکله حمله وکیلا ای مفوضا الیه الامر منه وکل امره الی فلان ومن هذا قول الحطیئة ؎ فلا یا قصرت الطرق عنهم بحسرة ؎ امرن ذا وکلتها لا توا کل ؎ یعنی اذا فوضت امرها الیها لتواکل نفسها علی ان احثها علی السیر بل تسرع جدها فی السیر ولا تضعف فیه وتوکل قبل الوکالة اتکلت علیه اعتمدت واصله اوتکلت قلبت الواو یاء لسکونها وانکسار ما قبلها ثم ابدلت تاء وادغمت فی تاء الافتعال واما الوکیل فهو القائم بما فوض الیه من الامور وهو فعیل بمعنی مفعول ای موکول الیه الامر فاذا کان قویا علی الامر قادرا علیه تصورها انهم امر الموکل فاذا رضی الله سبحانه وتعالی ان یکون وکیلا عنک واعتمدت علی غیره فهو الحرمان العظیم فکیف اذا اوجبه علیک لتحقق مصلحتک فضلا منه قال الله عز وجل رب المشرق والمغرب لا آله الا هو فاتخذه وکیلا وعلی هذا استمرار احسانه وبره لا الله غیره واما شرعا فالتوکیل اقامة الانسان غیره مقامه فی تصرف معلوم فلو لم یکن التصرف معلوما ثبت به او فی تصرفات الوکیل وهو الحفظ فقط وقال الامام المحبوبی اذا قال لغیره انت وکیلی فی کل شیء کان وکیلا بالحفظ واما سببها فدفع الحاجة المتحققة الیها کما یظهر فی کلام المصنف رحمه الله واما رکنها فالالفاظ الخاصة الآتی بها ثبت من قوله وکلتک بیع هذا او شرائه مع اقتران القبول المخاطب صریحا او دلالة فیما اذا سکت فلم یقبل او رد ثم عمل فانه ینفذ وتظهر قبوله بالعمل وروی بشر عن ابی یوسف انه اذا قال لغیره احببت ان تبیع عبدی هذا او قال هویت او رضیت وافتضی او شئت او اردت ونحو ذلک فهو توکیل ولو قال لا انهاک عن طلاق زوجتی لا یکون توکیلا فلو طلق لا یقع ولو قال لعبده لا انهاک عن التجارة لا یصیر ماذونا قال الفقیه ابو اللیث الجواب فی الوکالة کذلک اما فی الاذن یجب ان یکون ماذونا فی قول علمائنا لان العبد لسکوت المولی یصیر ماذونا وهذا فوق السکوت ذکره فی الذخیرة ولا بد من قول المعنی ان قوله لا انهاک فی حال عدم مباشرة البیع فوق سکوته اذا راه یبیع وتقدم عن المحبوبی انت وکیل فی کل شیء یکون بالحفظ قال فلو زاد فقال انت وکیلی فی کل شیء جائز منعک وامرک فعند محمد یصیر وکیلا فی البیاعات والاجارات والهبات والطلاق والعتاق حتی ملک ان ینفق علی نفسه من ماله وعند ابی حنیفة فی المعاوضات فقط ولا یلی العتق والتبرع وفی فتاوی بعض المتاخرین علیه الفتوی وکذا لو قال طلقت امرأتک او وقفت ارضک لا صح انه لا یجوز ومثله انه اذا قال وکلتک فی جمیع اموری ولو قال فوضت امر مالی الیک یصیر وکیلا بالحفظ فقط وکذا فوضت امری الیک الصحیح انه مثله وفی المبسوط اذا وکله فکل قلیل او کثیر فهو وکیل بالحفظ لا بالبیع والشراء فوضت لک امر مستغلاتی وکان اجریا ملک تقاضی الاجرة وقبضها وکذا امرونی ملک المقاضی وامرد وابی ملک الحفظ والرعی والتعلیق وامر مماليک ملک الحفظ والنفقة او فوضت الیک امر امراتی ملک طلاقها واقتصر علی المجلس بخلاف

قال كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره كان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج الى ان يوكل به غيره فيكون بسبيل منه دفعا للحاجة وقد صح ان النبي عليه السلام وكل بالشراء حكيم بن حزام وبالتزويج عمرو بن ام سلمة

بالموت وكذلك بالوصاية حالة الحياة وكالة كالوكالة بعد الموت وصايته لان المنظور اليه المعاني وكذلك في كل امور ما لم تكن مقام نفسي ليس توكيلا عاما فان كان لصناعة معلومة كالتجارة تنصرف الى ذلك وان لم يكن له صناعة معلومة ومعاملاته مختلفة فالوكالة باطلة ولو قال وكلتك في جميع الامور التي يجوز فيها التوكيل فتوكيل عامة يتناول البياعات والانكحة ولا شرطها فاسيأتي تحقيقه ومن شرط الوكالة ان يكون الوكيل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام واما صفتها فانها من العقود الجائزة غير اللازمة حتى ملك كل من الموكل والوكيل العزل بلا رضى الآخر كما سيجيء ان شاء الله تعالى ولكن شرعيتها غير لازمة والمحققون قول بعض المشايخ فيما لو قال كلما عزلتك فانت وكيلي لانه لا يملك عزله لانه كل ما عزله يتجدد وكالته فان تعليق الوكالة بالشرط جائز فانه لا يستلزم كون الوكالة من العقود اللازمة لانها جائزة فالحق امكان عزله ثم اختلفوا في تحقيق لفظ العزل فقيل ان يقول عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف الى المعلق والمنجز وقيل لا يصح لان العزل فرع قيام الوكالة وذلك انما يتحقق في المنجز لان المعلقة بالشرط عدم قبل وجود الشرط فالصحيح ان يقول عزلتك عن وكالة المنفذة وجبت عن الوكالة المعلقة والرجوع عنها صحيح وقال الفقيه ابو جعفر وظهير الدين المرغيناني يجب ان يقدم الرجوع عن المعلقة على العزل عن المنفذة لانه اذا قدم العزل عن المنفذة تنجز وكالة اخرى من المعلقة قيل وبهذا انما يلزم اذا كان لفظ الرجوع يخص المعلقة احترازا عن قول ابي يوسف ان الاخراج عن المعلقة بلفظ العزل لا يصح واما على قول محمد انه يجوز فلا وهو المختار فاما حكمها فجواز مباشرة الوكيل ما وكل به وثبوت حكمه للموكل ولا بد من تقييده بكونه الحكم الاصلي المقصود بالذات من الفعل الموكل به والا فمن احكام البيع التملك من المطالبة بالثمن والبيع والخصومة في ذلك وليس ثبوت ذلك للموكل قوله كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به اضابطة لا حد فلا يرد عليه ان المسلم لا يملك بيع الخمر ويملك توكيل الذمي به لان ابطال القواعد بابطال الطرد لا بالعكس ولا يكفي طرده عدم توكيل الذمي مسلما ببيع خمره وهو يملكه لانه يملك التوكيل به الذمي فصدق انها بطلة لانه لم يقل كل عقد يملكه يملك توكيل كل احد به بل التوكيل به في الجملة وانما يرد عليه توكيل الوكيل الذي لم يفوض اليه التصرف مطلقا فانه يملك التعاقد وكل به ولا يملك التوكيل به فذكر وان المراد يملكه بحيث يجوز ابتداء الانابة على اذن غيره قوله صح عن النبي صلى الله عليه وسلم الى آخره اما وكالة حكيم فرواية ابي داود بسند فيه مجهول انه صلى الله عليه وسلم بعثه بدينار ليشتري له اضحية فاشتراها بدينار وباعها بدينارين واشترى اضحية وجاء بدينار واضحية الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فتصدق النبي به ودعا له ان تبارك تجارته رواه الترمذي من حديث حبيب بن ثابت عن حكيم وقال لا نعرفه الا من هذا الوجه وحبيب لم يسمع عندي من حكيم الا ان هذا دخل في الاسناد عندنا فيصدق قوله سمع اذا كان حبيبا اما ثقة واخرج ابو داود عن شبيب بن غرقدة قال حدثني الحي عن عروة البارقي قال اعطاه النبي دينارا لاشتري اضحية او شاة فاشتريتهما فجاءني احد هما بدينار واتاه بشاة ودينار فدعا له بالبركة فكان لو اشترى التراب يربح فيه واخرجه ايضا البخاري وابن ماجه واحمد عن ابي لبيد وسماه غير شبيب بن زاب عن عروة فذكره الذي تحقق عن هذا ان هذه القضية وقعت لصلى الله عليه وسلم مع حكيم او مع عروة او كل منهما بانفراده على انها واقعتان فشبيب شرع عنده الوكالة بشراء كل حال واما انه وكل عمر بن ابي سلمة بالتزويج فاخرج النسائي عن ثابت حدثني ابن عمر وابن ابي سلمة ان النبي بعث اليها يخطبها الرسل اليه الى امرأة يعصيه وفي غرر الدرر ليس احد من اوليائي شاهدا فقال الى آخره ظاهره ان الله تعالى هو الذي قال ذلك وليس كذلك بل هو من كلام النبي صلى الله عليه وسلم فذكره الله تعالى ليس احد من اوليائك يشهد ولا غائب لا يرضى فقالت ام سلمة قم يا عمر فزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم فزوجه اياها رواه احمد وابن ابي شيبة وابو يعلى وابن حبان في صحيحه والحاكم وقال صحيح الاسناد واسم ابن عمر بن ابي سلمة سعيد بن سمعان غير حماد بن ابي سلمة ونظر فيه ابن الجوزي بعلة باطلة وهي ان عمر كان اذ فاك يعني حين زوجها اياه عليه السلام سنة اربع او ثلث سنين فكيف يقال لمثله زوج واستبعده صاحب التنقيح ابن عبد الهادي قال وانما كان الكلابادي وغيره

قال ويجوز الوكالة بالخصومة في جميع الحقوق لما قدمنا من الحاجة الداعية اليها وقد صح ان عليا رضي الله عنه وكل عقيلا وجعفرا وعبد الله بن جعفر وكذا بالقبض والاستيفاء لانه لا فائدة في التخصيص حتى ان الوكالة لا تتم بالاستيفاء مع غيبة الموكل اذ هو كل عن المجلس لانها تتم بالتبليغات وبالخصومة فاشبهت حال حضرة الموكل بل هو الظاهر للتدرج التراخي بخلاف غيبة الخصام لان الظاهر عدم الرجوع وتجدد حالة الخصومة بخلاف هذا والشبهة كالحقيقة وليس كل احد يحسن الخصام فيستفيد بالتوكيل اصلا وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجوز الوكالة بالخصومة الا عند انكار الخصم او اقامة الشهود وهو قول محمد رحمه الله مع ابي حنيفة رحمه الله وقيل هذا الاختلاف في غيبته فاما بحضرته فيجوز اتفاقا لان كلامه عند حضرته يتنقل الى الموكل فكأنه حضر بنفسه لان التوكيل انابة وشبهة النيابة تتحقق عندنا في هذا الباب حتى في الشهادة على الشهادة وانما استثنى ابو حنيفة رحمه الله الحدود والقصاص لان الواجب فيها محض حق الله تعالى والوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق وعلى هذا الخلاف التوكيل بالاستيفاء وبقبض العين المدعاة وبالمخاصمة فيها وبالجواب عن جانب من عليه الحد والقصاص عند ابي حنيفة رحمه الله لان الشبهة لا تمنع الدفع خلافا لهما والوكيل بقبض العين المدعاة يقبل عليه ما فيه من شبهة عدم الاستحقاق

قال قال ابن عبد البر وهو في السنة الثامنة من الهجرة الى الحبشة ويقوي هذا ما اخرجه مسلم عن عمرو بن ابي سلمة انه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم فقال صلى الله عليه وسلم سل هذه يعني ام سلمة رضي الله عنها فاخبرتها ام سلمة فقال عمر يا رسول الله قد غفر الله لك ما تقدم من ذنبك وما تأخر فقال صلى الله عليه وسلم الا اكون اتقاكم لله واخشاكم له فهذا يدل على انه كان مسلما قبل ذلك لكن لم يعلم اسلامه لانه لم يكن يعلم ان ام سلمة اسلمت الا بعد ما اسلم عمر فروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم انما قيد ذلك حديث اخرجه البيهقي من طريق الواقدي انه صلى الله عليه وسلم خطب ام سلمة الى ابنها عمر بن سلمة فزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يومئذ غلام صغير الا انهم يضعفون الواقدي خلافا لنا وفيه دليل على صحة وكالة الصبي العاقل خلافا لهم ان نظرنا الى حديث الواقدي فظاهر والى الحديث الصحيح فلانه لم يشترط بلوغا بحكم الولاية على امه لان الصبي لا ولاية له فيكون تزويجه بحكم الوكالة والله تعالى اعلم وقيل ان عمر ابن الخطاب رضي الله عنه هو المتولي لتزويج ام سلمة وهو المروي عن ابي سلمة وهو دليل على مشروعية الوكالة ما اخرجه ابو داود عن ابن اسحق في كتاب القضاء حدثني وهب بن كيسان عن جابر بن عبد الله انه سمعه يقول اردت الخروج الى خيبر فاتيت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسلمت عليه وقلت اني اريد الخروج الى خيبر فاذا اتيتها فان لي وكيلا فمتى آخذ منك آية فضع يدك على ترقوته وابن اسحق عندنا من الثقات واما على توكيل علي رضي الله تعالى عنه عقيلا رضي الله تعالى عنه فاخرج البيهقي عن عبد الله بن جعفر قال كان علي كره الخصومة متوكان اذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن ابي طالب فاذا كبر عقيل وكفي وخرج عن علي رضي الله عنه انه وكل عبد الله بن جعفر بالخصومة وقول المصنف لان الانسان قد يعجز الى آخره بيان لحكمة مشروعية الوكالة قوله ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق لما قدمنا من الحاجة الى ذلك فانه ليس كل احد يهتدي الى وجوه الخصومات التي بها يثبت حقه او يندفع بها عنه ما يدعيه الآخر وكذا يجوز التوكيل بالقبض والاستيفاء الا في الحدود والقصاص في النفس وما دون النفس فان الوكالة لا تتم بالقبض بالقبض والاستيفاء منها مع غيبة الموكل من المجلس وهذا متعلق بالاستيفاء فقط واما الايفاء فمطلقا لان الايفاء ليس الا تمليكه ظهره ونفسه لاقامة الواجب وليس ذلك الا من الجاني وليس هو للوكيل فكان ذلك في الاستيفاء وانما لا يجوز الاستيفاء حال غيبة الموكل لانها اي الحدود والقصاص تندرئ بالشبهة وشبهة الغيبة ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر للتدرج الشرعي قال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى بخلاف حالة غيبة الشاهد بالحد والقصاص فانه ليس في ذلك مع غيبته لان الشبهة فيه ليس الا الرجوع وليس قسريا ولا ظاهرا الا من جهة الاصل والاصل الغالب لان الاصل الصدق في خصوصا مع العدالة والرجوع ليس غالبا بل من نحو ثمان مائة عام لا يعرف احدا الا ما وقع عند علي والله سبحانه وتعالى اعلم بل عند غيره وهو بمنزلة ما لا وجود له غالبا فيصير شبهة يدرأ باعتبارها حكم بخلاف الاستيفاء حال حضرة الموكل فان الوكالة به تجوز فان المستحق قد لا يحسن الاستيفاء فلو امتنع التوكيل به لتعطل هذا الحق وهذا في القصاص واما في الحدود فان الذي يلي استيفاءه الامام وقد لا يحسن فجاز توكيل الجلاد والا امتنع ثم لا يخفى ان تعليل المصنف في حالة الغيبة بثبوت شبهة العفو انما يستقيم في القصاص دون الحدود لان العفو فيها لا يتحقق اصلا كما اسلفناه في الحدود لو كان حد قذف وسرقة لان الحق صار لله سبحانه وحده حتى لو عفى المسروق منه لا يسقط اليه ويقطع فالوجه ان يمنع فيه ما يجري فيه من امكان ظهور شبهة او غلط فيه الا ان يتدارك فيه خبر الى ان يحضر نفس المستحق احتياطا للدرء وهذا الذي ذكرناه اي من جواز التوكيل باثبات الحدود ومن جهة المقذوف والمسروق منه بالبينة على الغيبة هو قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف لا يجوز الوكالة باثباتها وقول محمد رحمه الله مضطرب تارة يضم الى ابي يوسف وتارة الى ابي حنيفة فظاهر كلام المصنف ترجيحه وكذا فعل في المبسوط وقيل هذا الخلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف عند غيبة الموكل فلو كل باثباتها وهو حاضر جاز اتفاقا لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره لان ابا يوسف ان التوكيل انابة وشبهة النيابة يتحرز عنها في هذا الباب اي باب الحدود والقصاص حتى لا تثبت بالشهادة على الشهادة ولا بكتاب القاضي الى القاضي ولا بشهادة النساء مع الرجال فصار كالتوكيل بالاستيفاء حال غيبته ولابي حنيفة رحمه الله ان الخصومة مشروط محض لثبوت الحد لان وجوبه انما يضاف الى نفس الجناية لا الى المخصومة والظهور اي ظهور الجناية انما يضاف الى نفس الشهادة لا الى السعي في اثباتها فكان السعي في ذلك مثلها كسائر الحقوق فيجوز لقيامه المقتضي وانتفاء المانع وقوله سائر الحقوق اي بالقبض

وقال ابو حنيفة رح لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضاء الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا وقالا يجوز التوكيل بغير رضاء الخصم وهو قول الشافعي رح ولا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضاء غيره كالتوكيل بتقاضي الديون وله ان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره والناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احد هما يتخير الآخر فالمريض والمسافر لان الجواب غير مستحق عليهما هنالك ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم اذا اراد السفر لتحقق العذر

فيجوز الوكالة بهذا الحق الباقي الحقوق والحاجة الى تفسيره بجميع الحقوق هذا على ما في صحاح الجوهري ثم تخطأ به بانه انما هو معنى الباقي لا الجميع هذا وقد يمنع انتفاء المانع فان هذه الخصومة ليس الا السعي في اثبات سبب الحد والاحتيال فيه ووضع الشرع الاحتيال لاسقاطه فان قيل لو صح هذا لم يخير ابتداء تهما من الموكل نفسه على ما ذكرت لانه سارع الى آخره وذلك محل الاجماع قلنا الفرق ان الوكالة فيها زيادة تحميل زيادة تكلف لاثباته اذ الظاهر انه يوكل للاستيفاء به عليه لضعفه هو عن الاثبات والشرع اطلق في اثباته لابتلاك التكلف الزائد والتهالك فيه بل اذا خير تركه لانه صلى الله عليه وسلم قال للذين تبعوا ما عز اعين هزالا ان فقئة عجاء الرجل بلا تكميره او يخرج ذلك قوله وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص فعند ابي حنيفة ومحمد ابو يوسف لا شك ان كلام ابي حنيفة فيه اظهر منه بالوكالة باثباتها لان الشبهة التي لها سقط الواجب هناك لا يمنع الدين فيقتضي ان يتحول بجواز الوكالة بدفعه ثم لا يجبر الوكيل الا اقرار على موكله كما هو قول ابي حنيفة فخالفه هنا عجيب والله تعالى اعلم ثم وجه عدم صحة اقرار الوكيل من جهة المطلوب هنا وجوازه في غيره ان الوكالة بالخصومة انصرفت الى الجواب مطلقا نوعا من المجاز فيغير عيونه فيما لا يندرئ بالشبهات ويحصل منه الاعتراف فيما يندرئ بها بالشرع العام في الدرء بالشبهات وفي اعترافه شبهة في عدم الامر به قوله وقال ابو حنيفة لا يجوز التوكيل بالخصومة من قبل المدعى عليه الا برضى الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا وقال لا يجوز ذلك بغير رضا الخصم وهو قول الشافعي قال المصنف ولا خلاف في الجواز انما الاختلاف في اللزوم قالوا فعلى هذا قولنا لا يجوز التوكيل الى آخره لا يلزم الا برضا الآخر وانكر بعض الشارحين ما اتفق عليه غيره من التفسير المذكور بسبب المفهوم من عبارة محمد والحسن في الطحاوي وكثير خلاف ذلك بساق عبارتهم فلم نر دعلى ما علموه من نحو قول القدوري المسطور هنا وهو لا يجوز التوكيل الا برضا الخصم وهم قد علموا ذلك لم ليشكا فيه انما فسره بذلك وسبق الامة شمس الائمة الى ذلك فقال التوكيل بالخصومة عنده بغير رضى الخصم صحيح لكن الخصم ان يطالب الخصم ان يحضر نفسه ويجيب نحو ذلك هذا الكلام كثير ما يفيد ان المراد ما ذكره وسبب ذلك انا لم نعرف لاحد القول بانه اذا وكل فعلم خصمه فرضي لا يكون رضاه كافيا في توجه خصومة الوكيل والتسبيح حتى يجعل له وكالة اخرى على ما هو مقتضى الظواهر التي ساقها علموا ان المراد بل يجوز الا برضاه انها لا تمضي على الآخر ويلزم عليه الا ان يرضى ومعنى هذا الا ان اللزوم عليه موقوف على رضاه وهو معنى التأويل المذكور من العبارات التي نقلها مع عن ابي حنيفة لا اقبل وكالة حاضر من صحيح الا ان يرضى خصمه هي قريبة من التفسير المذكور والحاصل انه يجب التعويل على ما ذكره القوم حتى انه اذا وكل فرضي الآخر لا يحتاج في سماع خصومة الوكيل الى تجديد وكالته كما هو لازم ما اعتبر من ظاهر العبارة لهما ان التوكيل بالخصومة ليصرف في خالص حقه لان الخصومة حقه الذي لا يصدق عنه فاستنابه فيه تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضا غيره وصار كالتوكيل بغير ذلك بتقاضي الديون وله ان جواب الخصم مستحق على خصمه ولاستحقاقه عليه يستحضره الحاكم قبل ان يثبت له على شيء بمجيئه عما يدعيه عليه فاذا ذكر تهمة ان تصرف في خالص حقه لكن تصرف الانسان في خالص حقه انما ينفذ اذا لم يتعد الى الاضرار بالغير ولا شك ان الناس يتفاوتون في الخصومة كما صرح قوله عليه السلام انكم تختصمون الي ولعل بعضكم ان يكون ألحن بحجته من الآخر فاقضي له فمن قضيت له بحق اخيه فانما هي قطعة من نار ومعلوم ان الوكيل انما يقصد عادة لاستخراج الحيل والدعاوى الباطلة ليغلب وان لم يكن الحق معه كما افاده الحديث المذكور وفي هذا ذكر ضرر بالآخر فلا يلزم الا باتزامه وصار كالعبد المشترك اذا كاتبه احد الشريكين فانه تصرف في خالص حقه ومع هذا لما كان متضمنا الاضرار بالآخر كان له فسخها ومن استأجر دابة سير كبيا اجازة اياها بالتصرف في حقه وملكه مع ذلك لا يجوز لما فيه من الاضرار بالمؤجر اذا كان الناس يتفاوتون في الركوب يخالف ما قاسا عليه من التوكيل بتقاضي الدين فانه حق ثابت معلوم بتقبضه من غير ضرر على الآخر فيه فان القبض معلوم لم يتعد حقه ليس ثبات له على المطلوب ان يقضي ما عليه وللقاضي عده معلوم اذا جاوزه منع منه بخلاف الخصومة فان ضررا شد من شدة التقاضي وعدم المساهلة في القبض لتضمنها بالتحيل على اثبات ما ليس ثابتا وفي ما هو ثابت فلا تقبل بغير رضاه الا لو كان معذورا وذلك كسفر فانه يعجز عن الجواب نفسه مع غلبته او مرضه او توكيل عليه وغيره بالخصومة ان لم يتقل فيه استبر رضاء الخصم لم يتقل عدمه فهو جائز الوقوع فلا يدل لاحد قال شمس الائمة والذي نختاره ان القاضي اذا علم من المدعي التعنت في قبوله التوكيل يقبله من غير رضاه واذا علم من الموكل القصد الى الاضرار بالتوكيل لا يقبله

ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحاكم قال الرازي يلزم التوكيل لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحجتها لحيائها فيلزم توكيلها قال رحمه الله وهذا شئ استحسنه المتاخرون

الا بريثة الآخر فيحتاج وضع الفصل بين الجانبين ثم ذكر في عد العذر ان لم يستطع المشي ويقدر على الركوب ولو على الدكان لكن يزداد مرضه مع التوكيل وان لم يزد اختلفوا فيه والاصح ان له ان يوكل لان النفس الخصومة مظنة زيادة سوء المزاج فلا يلزم به ولا يلزم التوكيل من المسافة ثلثة ايام الحاضر عند ارادة السفر غير ان القاضي لا يصدقه في دعواه ارادة سفره بل ينظر الى زيه وعدة سفره وليساله ممن يريد ان يخرج فيسأل رفقائه عن ذلك كما اذا اراد فسخ الاجارة لعذر من السفر فانه لا يصدقه اذا لم يصدقه الآخر فيسأل كما ذكرنا فان قالوا لم نعلم تحقق العذر في فسخها قوله ولو كانت المرأة مخدرة قال الرازي هو الامام الكبير ابو بكر الجصاص احمد بن علي الرازي يلزم التوكيل منها لانها لو حضرت لم تستطع ان تنطق بحجتها لحيائها فيلزم توكيلها او يضيع حقها قال المصنف رحمه الله وهذا شئ استحسنه المتاخرون يعني اما على ظاهر اطلاق الاصل ونحيده عن ابي حنيفة رحمه الله لا فرق بين البكر والثيب المخدرة والمبرزة والفتوى على ما اختاروه من ذلك وفي تخصيص الرازي بقوله ثم الرازي ثم تعميم المتاخرين ليس الا لفائدة انه المبتدأ به بتفريع ذلك وتبعوه ثم ذكر في النهاية في تفسير المخدرة عن البزدوي انها التي لا يراها غير المحارم من الرجال اما التي جلست على المنصة فراها الرجال لا تكون مخدرة وليس هذا بحق بل ما ذكره المصنف من قوله وهي التي لم تجر عادتها بالبروز فاما حديث المنصة فقد تكون بما دونه لعوام لفضل بها والدا ثم لم يعد لها بروز ومخالطة في قضاء حوائجها بل الفيصل لها غير ما لزم توكيلها لان في الزامها بالحوائج تضييع حقها وهذا شئ استحسنه المتاخرون وعليه الفتوى ثم اذا وكلت فالزمها بين نصب الحاكم اليها ثلثة من العدول يستحلفها احدهم وليشهد الآخران على يمينها او نكولها وفي ادب القاضي للصدر الشهيد اذا كان المدعى عليه رجلا او مخدرة وهي التي لم يعهد لها خروج الا لضرورة فان كان القاضي ماذونا بالاستخلاف بعث ثالثا لفصل الخصومة هناك وان لم يكن بعث امينا وشاهدين ليعرفان المرأة والمريض فان لهما ليشهدان على اقرار كل منهما او انكاره مع الامين لتيقظه الى القاضي ولا بد للشهادة من المعرفة فاذا اشهدا عليها قال الامين وكل من يحضر مجلس الحاكم فيحضر وكيله وليشهد ان عند القاضي باقراره او انكاره لتقام البينة على ذلك الوكيل ولو توجه يمين على احدهما عرضه الامين عليه فان ابى الحلف عرضه ثلثا فاذا نكل امر ان يوكل من يحضر المجلس ليشهد على نكوله بحضرته واذا اشهدا بنكوله حكم القاضي عليه بالدعوى بنكوله قال الشرخسي هذا اختيار صاحب الكتاب فانه لا يشترط للقضاء بالنكول ان يكون على اثر النكول واما غيره من المشائخ فشرطوه فلا يمكن بالقضاء بعد ذلك النكول فقال بعضهم الامين يحكم عليها بالنكول ثم يعلم الشاهدان الى القاضي مع وكيلها فيقضيه القاضي وقال بعضهم يقول القاضي للمدعي اتريد حكما يحكم بنكولها بعد ذلك ثمة فاذا رضي بعث امينا بالتحكيم الى الخصم يخبره بذلك فاذا رضي بحكمه وحكم فان كان مما لا اختلاف فيه نفذ وان كان فيه خلاف وقف على امضاء القاضي والقضاء بالنكول مختلف فيه فاذا امضاه نفذ على الكل وفي الذخيرة من الاعذار التي يوجب لزوم التوكيل بغيرها الخصم عند ابي حنيفة رضي الله عنه حيض المرأة اذا كان القاضي يقضي في المسجد وهذه على وجهين ان كانت طالبة قبل منها التوكيل برضاه المدعى عليه وان كانت مطلوبة ان احضرها الطالب الى ان يخرج القاضي من المسجد لا قبل توكيلها بلا رضى الطالب

قال ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد من ان يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فيشترط ان يكون من اهل العبارة حتى لو كان صبيا لا يعقل او مجنونا لم يكن التوكيل بالطلاق

فلو كان الموكل محجورا سفها فحجر ان كان في حجر هذا القاضي لا تقبل التوكيل بلا رضاه لان القاضي يخرجه من السجن فيصير كما لو حجر ثم اعيد وان كان في حجر اخر لا يمكنه الوالي من الخروج الى الخصومة يقبل هذا التوكيل قوله ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام فقد ان شرطان للوكالة في الموكل قيل انما يستقيم الاول على قولهما اما على قوله فلانه لا تجوز توكيل المسلم الذمي ببيع خمر او شرائها والمسلم لا يملكه فالشرط عنده كون الوكيل مالكا لذلك التصرف الذي وكل به واجاب بعضهم بان المراد بملكه للتصرف ان يكون له ولاية شرعية في جنس التصرف بالية نفسه بان يكون عاقلا بالغا وهذا حاصل في توكيل المسلم الذمي ببيع خمر وشرائها ثم حمد الله على بالهامه لذلك وهو خطأ اذ يقتضي ان لا يصح توكيل الصبي المأذون لعدم البلوغ وليس بصحيح بل اذا وكل الصبي المأذون يصح بعد ان يعقل معنى البيع والرد عليه ما اذا قال بع عبدي هذا العبد او اشتر له عبدا صح التوكيل مع انه لا يصح مباشرة الموكل لمثل هذا كما لو قال لغيره بعتك عبدي او اشتريت منك هذا العبد لا يجوز وجاب بالفرق بين التوكيل والمباشرة في الجملة انما تمنع في المباشرة لا التوكيل وذلك لانها انما تمنع لاقتضائها المنازعة لانه الحاكم لذا الحاكم تمنع في بعض البيوع كبيع قفيز من صبرة طعام حاضر او شرائه وجهالة الوصف لا تقضي اليها في التوكيل لانه ليس بلازم بخلاف المباشرة للزوم ها ثم اذا صح التوكيل بذلك فان كان بالشراء فاشترى عبدا بغير عينه لا يجوز كما لو اشترى الموكل لنفسه او بعينه ان كانت قيمته مثل قيمة العبد الثمن او اقل هما متغابن الناس فيه يجوز وان كان بما لا يتغابن فيه لا يجوز وكذا في الوكالة بالبيع ذكره في الذخيرة ولا يخفى ان قوله فان كان بالشراء فاشترى عبدا بغير عينه لا يجوز كما لو اشترى الموكل نفسه ليس على اطلاقه كما عرف من مذهبنا في شراء احد العبدين او الثوبين او الثلاثة بغير عينه على ان ياخذ ايهما شاء يصح وسيأتي مذكورة في خيار الشرط من الهداية واما الشرط الثاني وهو قوله ويلزمه الاحكام فلان التوكيل يستفاد الولاية من الموكل فلا بد من كون الموكل مالكا ثم قيل هو احتراز عن توكيل الوكيل فان الوكيل لا تثبت له حكم تصرفه وهو الملك فلا يصح توكيله الا ان يصح به حقيقة او معنى كما سنذكره وقيل بل عن الصبي والعبد المحجورين فانهما لو اشتريا شيئا لا يملكانه فلا يصح توكيلهما وصحح واورد على الوجه انه يلزم صحة توكيل الوكيل بسبب انه يملك التصرف فيملكه والجواب ان ملكه شرط جواز تملكه لا علة ليلزم من وجوده الوجود فجاز ان لا يوجد عند وجود الشرط لفقد شرط آخر كما مر فقد العلة قوله ويشترط الى آخره ما تقدم شرط الوكالة في الموكل وهذا شرطها في الوكيل وهو كونه ممن يعقل العقد ويقصده اي يعقل معناه اي ما يلزم وجوده من انه سالب بالنسبة الى كل من المتعاقدين جالب الى كل منهما فيسلب عن البائع ملك المبيع ويجلب له ملك البدل وفي المشتري قبلهما ويقصده لفائدته وقول بعضهم ان هذا الشرط احتراز عن الهزل يعني ان من شرط الوكالة ان لا يهزل الوكيل في البيع والشراء اي ارتباط بين صحة الوكالة وكون الوكيل هازلا في البيع فلو كان في بيع ما وكل ببيعه غاية ان

واذا وكل الحر العاقل البالغ او الماذون مثلهما جاز كان الموكل مالك التصرف والوكيل من اهل العبارة وان وكل صبيا محجورا يعقل البيع والشراء او عبدا محجورا جاز ولا يتعلق بما الحقوق وتتعلق بموكليهما لان الصبي من اهل العبارة الا ترى انه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه لانه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس بتصرف في حقه لانه لا يصح منهما التزام العهدة اما الصبي لقصور اهليته والعبد لحق سيده فلزم الموكل ومعنى قوله ان للمشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي او مجنون او محجور له خيار الفسخ لانه دخل في العقد على ظن ان حقوقه تتعلق بالعاقد فاذا لم تتعلق به تخير كما اذا عجز عن

لا يصح ذلك البيع والوكالة صحيحة وخرج به الصبي الذي لا يعقل ذلك والمجنون فلا تصح وكالة احدهما وانما اشترط ذلك في الوكيل لانه قائم مقام الموكل في العبارة والموكل لا يصح عقده وعبارته الا اذا كان يعقد ذلك وانما زيادة عقلية البين الفاشي من غيره فلا ينبغي اشتراطه نعم ان وكله بان يبيعه لا بين فاحش فحينئذ ينبغي ان تصح الوكالة ويشترط في صحة بيع الوكيل ان يتعرف قبل بيعه قوله واذا وكل الحر البالغ او الماذون مثلهما جاز واطلق في الماذون فشمل كلا من العبد والصبي الماذونين في التجارة لاجتماع الشروط وهي ملك الموكل للتصرف ولزوم الاحكام وعقلية الوكيل بمعنى العقد ولم يذكر العقل مع البلوغ لان اشتراط العقل ليعرفه كل احد ومعلوم ايضا ان قوله مثلهما ليس لبيان مثلهما او اعلى حالا منهما كتوكيل العبد الماذون حرا وعكسه كتوكيل الحر البالغ عبدا ماذونا قوله وان وكل صبيا محجورا عليه يعقل البيع والشراء او عبدا محجورا عليه جاز ولا تتعلق الحقوق بهما بل بموكليهما هذا الكلام له منطوق ومفهوم فمنطوقه ظاهر ووجهه ما ذكره المصنف وان الصبي اي العاقل من اهل العبارة حتى نفذ تصرفه باذن وليه والعبد تصرف في حق نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا من الموكل في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة فالصبي لقصور اهليته والعبد لحق سيده فيلزم الموكل ويعرف من كون انتفاء تعلق الحقوق للعبد مستحق السيد انه لو اعتق العبد ان باشر الشراء لزمته الحقوق بخلاف الصبي لو باشر ما وكل به ثم بلغ لا يرجع اليه وامامفهومه فهو ان الوكيل لو كان صبيا ماذونا او عبدا ماذونا تعلقت الحقوق لكنه ليس بمطلق بل ذكر فيه تفصيل في الذخيرة قال ان كان الوكيل صبيا ماذونا وكل بالبيع بثمن حال او هو مؤجل فباع لزمته العهدة او بالشراء ان كان بثمن مؤجل لا تلزمه العهدة قياسا واستحسانا فيطالب البائع بالثمن الآمر لا الصبي وذلك لان ما يلزمهم من العهدة ضمان كفالة لا ضمان ثمن لان ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن انما التزم ما على موكله استوجب مثله في ذمته وهو معنى الكفالة والصبي الماذون يلزمه ضمان الثمن لا ضمان كفالة واما اذا وكله بالشراء بثمن حال فالقياس ان لا يلزمه العهدة والاستحسان يلزمه لان للصبي ملكا حكميا في المشتري فانه يحبسه بالثمن عن البائع فلا يوفيه كما لو اشترى لنفسه ثم باع منه والصبي الماذون من اهل ان يلزمه ضمان الثمن بخلاف ما اذا كان الثمن مؤجلا لانه بما لم يملك المشتري لا حقيقة ولا حكما فانه لا يحبسه عن الموكل على الاستيفاء والعبد اذا توكل على هذا التفصيل بثمن يعقد ثم اعلم ان الصبي والعبد المحجورين وان لم تتعلق بهما الحقوق فلقبضهما الثمن وتسليمهما المبيع اعتبار لما ذكر في الكتاب بعد هذا في التوكيل بعقد السلم فقال والمستحق بالعقد قبض العاقد هو الوكيل فيصح قبضه وان لم تتعلق بهما الحقوق كالصبي والعبد وفي المبسوط لكن الامور مرتدا جازبيعه لانه من اهل العبارة المعتبرة ولكن يتوقف حكم العهدة عند ابي حنيفة فان اسلم كانت العهدة عليه والا فعلى الآمر وعندهما العهدة عليه على كل حال وهو نظير اختلافهم في تصرفات المرتد لنفسه بيعا وشراء ونظير الصبي والعبد المحجورين في عدم تعلق الحقوق بالرسول في القاضي وامينه في الفسوخ والمعقود انتهى كلام الشارح رحمه الله تعالى

خاتمة الحمد لله على ما وفقنا باختتام هذا الكتاب المستطاب للامام الانام شيخ الملة والاسلام كمال الدين محمد المعروف بابن الهمام روح الله روحه ونور ضريحه وافتتح عمليا الواب عنايته وفضله في تصحيحه ومقابلته من النسخ الصحاح المتعددة المقروة على العلماء المهرة والفضلاء الكملة الذين كانوا كلهم مجتهدين في الفقه والاصول سابحين في بحار المعقول والمنقول في شهر شوال سنة اثنين وتسعين بعد الالف والمائتين من الهجرة المقدسة الرسول المثقلين عليه اكمل الصلوة والسلام في اللوين

إن الله على كل شيء قدير

قد طبع الكتاب الكاشف للاسرار الجلد الثاني من الهداية الذي تزري بزهرها على الانوار الربيعية الكاشف
لعضلات الهداية الحاوي لمسائل الفقه المخفية المتمم لحقائق الرواية والمستكمل لدقائق الدراية

التصحيح

فتح القدير

مع الهداية

للعلامة النحرير امام العلماء سيد الفقهاء عالم بلاد الروم وقاضي عسكرها ومفتيها مولانا زين الملة والدين الاحمدي
الآقندي القاضي زاده سكنه الله بحبوحة دار السلام بتصحيح وتنقيح فريد الدهر معز اولي محامد عظيم حسين الخيرآبادي
غفر ذنوبه الجلي والخفي

في المطبع الميمنة بمطابع دولة نولكشور الواقع في لكهنؤ

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الوكالة

كتاب الوكالة لما فرغ من بيان احكام الشهادات بانواعها وما يتبعها من الرجوع فيها شرع فى بيان احكام الوكالة اما المناسبة ان كلا منهما عقد من العقود والوكالة صفة من صفات الله تعالى لقوله ثم الله شهيد على ما يفعلون وقوله حسبنا الله ونعم الوكيل واما الان كلا منهما ايصال النفع الى الغير بالاعانة فى حقه واما الان كلا منهما يصلح سببا لاكتساب الثواب والصيانة عن العقاب فى المعاملات كذا فى النهاية قال صاحب العناية عقب الشهادة بالوكالة لان الانسان خلق مدنيا بالطبع يحتاج فى معاشه الى تعاضد وتعاوض والشهادات من التعاضد والوكالة منه وقد يكون فيها التعاوض ايضا فصارت كالمركب من المفرد فاذ تر تاخيرها انتهى وقال بعض الفضلاء فى بيان قوله وقد يكون فيها التعاوض ايضا كما اذا كان وكيلا بالبيع او الشراء مثلا انتهى اقول هذا سهو ظاهر لان التعاوض فيما ذكره من المثال انما هو فى متعلق الوكالة اعنى الموكل به وهو البيع او الشراء لا فى نفس الوكالة والكلام فيها لا فى الاول والا فقد يكون التعاوض فى متعلق الشهادة ايضا كما اذا شهد بالبيع او الشراء مثلا والصواب ان مراد صاحب العناية هو انه قد يكون فى نفس الوكالة التعاوض كما اذا اخذ الوكيل الاجرة لاقامة الوكالة فانه غير ممنوع شرعا اذ الوكالة عقد جائز لا يجب على الوكيل اقامتها فيجوز اخذ الاجرة فيها بخلاف الشهادة فانها فرض يجب على الشاهد اداؤها فلا يجوز فيها التعاوض اصلا ثم ان محاسن شرعية الوكالة ظاهرة اذ فيها قضاء حوائج المحتاجين الى مباشرة افعال لا يقدرون عليها بانفسهم فان الله تعالى خلق الخلائق على همم شتى وطبائع مختلفة واقويا وضعفاء وليس كل احد يرضى ان يباشر الاعمال بنفسه ولا كل احد يهتدى الى المعاملات فمست الحاجة الى شرعية الوكالة فنبينا صلى الله عليه وسلم باشر بعض الامور بنفسه الكريمة تعليما لسنة التواضع وفوض بعضها الى غيره ترفيها لاصحاب المروات ثم ان منها امورا يحتاج الى معرفتها تفسير الوكالة لغة وشرعا ودليل جوازها وبيان ركنها وشرطها وصفتها وحكمها اما تفسيرها لغة فالوكالة بفتح الواو وكسرها اسم للتوكيل من وكله يكله اذا فوض اليه ذلك والوكيل هو القائم بما فوض اليه والجمع الوكلاء فانه فعيل بمعنى مفعول لانه موكول اليه الامر اى مفوض اليه واما شرعا فهى عبارة عن اقامة الانسان غيره مقام نفسه فى تصرف معلوم واما دليل جوازها فالكتاب وهو قوله تعالى فابعثوا احدكم بورقكم هذه الى المدينة لان ذلك كان توكيلا وقد قصه الله تعالى عن اصحاب الكهف بلا نكير فكان شريعة لنا والسنة وهى ما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم

قال كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره

وكل حكيم بن حزام بشراء الاضحية وعروة البارقي ايضا وكل عمر بن ام سلمة بالتزويج والاجماع فان الامة اجمعت على جوازها من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وكذا المعقول يدل عليه على ما سيأتي في الكتاب وأما سببها فتعلق البقاء المقدر تبعا لها كما في سائر المعاملات وأما ركنها فالالفاظ التي يثبت بها الوكالة كلفظ وكلت واشباهه روى بشر عن ابي يوسف رحمه الله اذا قال الرجل لغيره اجبت ان تبيع عبدي هذا او هويت او رضيت او شئت او اردت فذاك توكيل وامر بالبيع والماشطة فان يكون الموكل عن يملك التصرف ويلزمه الاحكام كما سيأتي في الكتاب وستعرفه مشروحا واما صفتها في انها عقد جائز غير لازم حتى يملك كل واحد من الموكل والوكيل العزل بدون رضى صاحبه واما حكمها فجواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه قال اي القدوري في مختصره كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره هذه ضابطة يتبين بها ما يجوز التوكيل به لاحد فلا يرد عليها ان المسلم لا يجوز له عقد بيع الخمر وشراؤها بنفسه لو وكل ذميا بذلك جاز عند ابي حنيفة رحمه الله لان ابطال القواعد بابطال الطرد لا العكس على ما نصوا عليه والعجب ههنا ان صاحب العناية مع اعترافه بذلك حيث اجاب عن الاعتراض بالصورة المذكورة بان العكس غير لازم وليس بمقصود قال في شرح هذا المقام هذه ضابطة يتبين بها ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز انتهى فان العكس اذا لم يكن لازما ولا مقصودا في الضوابط كيف يتبين بهذه الضابطة ما لا يجوز التوكيل به وقد اعترض على طرد هذه الضابطة بوجوه الاول ان الوكيل جاز له ان يعقد بنفسه واذا وكل غيره ولم يوقت له في ذلك لا يجوز والثاني ان الانسان جاز له ان يستقرض بنفسه ولو وكل غيره بالاستقراض لا يجوز والثالث ان الذمي يملك بيع الخمر بنفسه ولا يجوز له ان يوكل المسلم ببيعها واجيب عن الاول بان المراد بقوله ليعقده الانسان بنفسه هو ان يكون مستبدا به والوكيل ليس كذلك وعن الثاني بان محل العقد من شروطه لكون المال مشروطا على ما عرف وذاك ليس بموجود في التوكيل بالاستقراض لان الدراهم التي استقرضها الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف في ملك الغير باطل وهذا بانه مقرر للنقض لا دافع ودفع بانه من باب التخلف لمانع وقيد عدم المانع في الاحكام الكلية غير لازم ونقض بالتوكيل بالشراء فانه جائز وما ذكر تم موجود فيه وفرق بان محل عقد الوكالة في الشراء هو الثمن وهو ملك الموكل وفي الاستقراض الدراهم المستقرضة وهي ليست ملكه وقيل هذا جعلتم المحل فيه بدلها وهو ملك الموكل ودفع بان ذاك محل التوكيل بايفاء القرض لا بالاستقراض هذا نهاية ما في العناية اقول وتقائل ان يقول كما ان الامر بالتصرف في ملك الغير باطل كذلك التصرف بنفسه في ملك الغير باطل فيلزم ان يكون الاستقراض بنفسه ايضا باطلا بناء على هذا وليس كذلك ثم اقول يمكن ان يدفع ذلك بان المستقرض بنفسه متصرف في ملك نفسه وهو عبارة عن دون ملك غيره وهو الدراهم المستقرضة واما المامور بالاستقراض فان تصرف في عبارة نفسه بان قال للمقرض مثلا اقرضني عشرة دراهم كان الاستقراض لنفسه لا للآمر فلا ان يمنع العشرة من الآمر كما صرحوا به وان تصرف في عبارة الآمر بان قال مثلا ان فلانا استقرض منك عشرة دراهم فتفعل المفرض كانت العشرة للآمر ولكن المامور يصير في هذه الصورة رسولا لا وكيلا والباطل هو الوكالة في الاستقراض دون الرسالة فيه فان الرسالة موضوعة لنقل عبارة المرسل فالرسول معبر والعبارة ملك المرسل فقد امره بالتصرف في ملكه باعتبار العبارة فيصح فيما هو حقه واما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل بل العبارة للوكيل فلا يمكننا تصحيح هذا الامر باعتبار العبارة كما نص عليه في الذخيرة بقي ههنا شئ وهو ان ما ذكر منقوض بجواز التوكيل بالاستيهاب والاستعارة وسيأتي تمام البحث انشاء الله تعالى واجيب عن الثالث بان الذمي كما يملك بيع الخمر بنفسه يملك توكيل غيره ببيعها ايضا حتى انه لو وكل ذميا آخر ببيعها يجوز وانما لم يجز توكيل المسلم ههنا لمعنى في المسلم وهو انه مامور بالاجتناب عنها وفي جواز التوكيل ببيعها اقترابها فكان ذلك امرا عارضا في الوكيل والعوارض لا تقدح في القواعد حتى ان قائلا لو قال كل من تزوج امرأة بنكاح صحيح حل له وطيها لا ترد عليه الحائضة والمحرمة بهذا زيدة ما في اكثر الشروح واجاب عنه صاحب العناية بوجه آخر حيث قال والذمي

لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج الى ان يوكل به غيره فيكون بسبيل منه دفعا للحاجة وقد صح ان النبي عليه السلام وكل بالشراء حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن امية رضه

جازله توكيل المسلم والمتنع توكل المسلم عنه وليس كما منافي ذلك بجواز ان يمنع مانع عن التوكل وان صح التوكيل وقد وجد المانع وهو حرمة اقترابه منها انتهى وقال بعض الفضلاء هذا على تقدير صحته يكون جوابا عن النقض بالاستقراض ايضا لانه لما كان مخالفا لما سيجيء من المصنف ره من التوكيل بالاستقراض باطل لم يذكره الشارح في معرض الجواب ولم يجب بما اجاب به غيره من الشراح لذلك ايضا انتهى اقول ليس هذا بسديد اما اولا فلان ما ذكره صاحب العناية ههنا لا يكاد يكون جوابا عن النقض بالاستقراض لان المانع هناك في نفس التوكيل وهو بطلان الامر بالتصرف في ملك الغير والمانع ههنا على رأيه انما هو في التوكيل وهو حرمة اقتراب المسلم من الخمر فاين هذا من ذاك واما ثانيا فلانه لا معنى لقوله ولم يجب بما اجاب به غيره من الشراح ما ذكرناه من قبل وليس فيه شيء منافٍ لما سيجيء من المصنف ره من ان التوكيل بالاستقراض باطل كما لا يخفى على الفطن فلا وجه لدرج قوله المذكور في خبر جواب الباقي قوله الا انه لما كان مخالفا لما سيجيء من المصنف ره الخ ثم قال ذلك القائل لقي فيه بحيث ان التوكيل والتوكل للكسر الانكسار ثم ليت شعري ما معنى جوازه انتهى اقول هذا ساقط جدا اذ لا يذهب على ذي مسكة ان الانكسار مطاوع الكسر فلا تحقق احدهما بدون الآخر بخلاف التوكيل والتوكل فان التوكيل تفويض الامر الى الغير والتوكل قبول الوكالة على ما صرحوا به ولا شك في جواز تحقق الاول بدون الثاني ثم لا يخفى ان تيوهم لزوم مطاوع لكل فعل متعد لا يرى الى صحة قولك خبرته فلم يخبر وصحة قولك بنيته فلم يتبين وما اشبههما فمن ذلك قولك وكلته فلم يتوكل فلا اشكال اصلا قال المصنف في تعليل جواز الوكالة فيما ذكر لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال بان كان مريضا او شيخا فانيا او رجلا ذا وجاهة لا يتولى الامور بنفسه فيحتاج الى ان يوكل غيره فلو لم تجز الوكالة والتوكيل لزم الحرج وهو منتف بالنص فيكون اي الانسان بسبيل منه اي من التوكيل دفعا لحاجته ونفيا للحرج واعترض على هذا بانه دليل اخص من المدلول وهو جواز الوكالة فانها جائزة وان لم يكن ثمة عجز اصلا واجيب بان ذلك بيان لحكمة الحكم وهي تراعى في الجنس لا في الافراد قال صاحب العناية بعد ذكر ذلك الاعتراض مع جوابه المذكور ويجوز ان يقال ذكر الخاص واراد العام بالحاجة لان الحاجة للعجز حاجة خاصة وغير جائز شائع وحينئذ يكون المناط هو الحاجة وقد توجد بلا عجز انتهى اقول وجود الحاجة بدون العجز في باب الوكالة ممنوع فانهم صرحوا ومنهم الشارح ابن الهمام بان الوكالة اجراء اما للعجز واما للترفه والظاهر ان ليس في صورة الترفه حاجة فتامل وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم وكل بالشراء اي بشراء الاضحية حكيم بن حزام ويكنى ابا خالد ولد قبل الفيل بثلث عشرة سنة او باثنتي عشرة سنة على اختلاف الروايتين اسلم يوم الفتح وشهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم مشاهده كان من وجوه قريش واشرافها وعاش في الجاهلية ستين سنة وفي الاسلام ستين سنة ومات بالمدينة في خلافة معاوية سنة اربع وخمسين وهو ابن مائة وعشرين سنة كذا ذكر ابن شاهين في كتاب المعجم وقال الكرخي في اول كتاب الوكالة في مختصره حدثنا ابراهيم بن موسى الجوزي قال حدثنا يعقوب الدورقي قال حدثنا عبد الرحمن بن مهدي عن سفيان عن ابي حصين عن شيخ من اهل المدينة عن حكيم بن حزام ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطاه دينارا ليشتري له اضحية فاشتراها له اضحية فاشتراها بدينار فباعها بدينارين ثم اشترى له اضحية بدينار فجاء بدينار واضحية فتصدق النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار ودعا له بالبركة في تجارته وكان قد تزوج عمر بن ام سلمة اي وكله تزويج ام سلمة من النبي صلى الله عليه وسلم كذا في الشروح قال صاحب غاية البيان ولقائل ان يقول تزوج عمر بن ابي سلمة نظرا ان النبي صلى الله عليه وسلم تزوج ام سلمة بعد وقعة بدر في سنة اثنتين كذا قال ابو عبيدة معمر بن المثنى وكان عمر بن ابي سلمة يوم توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم ابن تسع سنين قاله الواقدي ويكون على هذا الحساب سن عمر بن ام سلمة يوم تزوج ام سلمة سنة واحدة فكيف يوكله رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو طفل لا يعقل انتهى وقد سبقه الى هذا المعظم ابن الجوزي حيث قال في هذا الحديث نظر لان عمر بن ام سلمة كان له من العمر يوم تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلث سنين وكيف يقال انه تزوج

قال ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق لما قدمنا من الحاجة اذ ليس كل احد يهتدي الى وجوه الخصومات وقد صح ان عليا رضي الله عنه وكل فيها عقيلا بعد ما اسن وكل عبد الله بن جعفر رضي الله عنه كذا بايقافها واستيفائها

بيانه انه عليه السلام تزوجها في سنة اربع من الهجرة على الصحيح وقيل سنة خمس وقيل سنة ست وقيل سنة سبع وقيل سنة ثمان وقيل سنة تسع وقيل سنة عشر وقيل سنة احدى عشرة وقيل سنة اثنتي عشرة وقيل سنة ثلاث عشرة وقيل سنة خمس عشرة وقيل سنة ست عشرة وقيل سنة سبع عشرة وقيل سنة ثمان عشرة وقيل سنة تسع عشرة وقيل سنة عشرين وقيل سنة احدى وعشرين وقيل سنة اثنتين وعشرين وقيل سنة ثلاث وعشرين وقيل سنة اربع وعشرين وقيل سنة خمس وعشرين وقيل سنة ست وعشرين وقيل سنة سبع وعشرين وقيل سنة ثمان وعشرين وقيل سنة تسع وعشرين وقيل سنة ثلاثين وقيل سنة احدى وثلاثين وقيل سنة اثنتين وثلاثين وقيل سنة ثلاث وثلاثين وقيل سنة اربع وثلاثين وقيل سنة خمس وثلاثين وقيل سنة ست وثلاثين وقيل سنة سبع وثلاثين وقيل سنة ثمان وثلاثين وقيل سنة تسع وثلاثين وقيل سنة اربعين وقيل سنة احدى واربعين وقيل سنة اثنتين واربعين وقيل سنة ثلاث واربعين وقيل سنة اربع واربعين وقيل سنة خمس واربعين وقيل سنة ست واربعين وقيل سنة سبع واربعين وقيل سنة ثمان واربعين وقيل سنة تسع واربعين وقيل سنة خمسين وقيل سنة احدى وخمسين وقيل سنة اثنتين وخمسين وقيل سنة ثلاث وخمسين وقيل سنة اربع وخمسين وقيل سنة خمس وخمسين وقيل سنة ست وخمسين وقيل سنة سبع وخمسين وقيل سنة ثمان وخمسين وقيل سنة تسع وخمسين وقيل سنة ستين وقيل سنة احدى وستين وقيل سنة اثنتين وستين وقيل سنة ثلاث وستين وقيل سنة اربع وستين وقيل سنة خمس وستين وقيل سنة ست وستين وقيل سنة سبع وستين وقيل سنة ثمان وستين وقيل سنة تسع وستين وقيل سنة سبعين وقيل سنة احدى وسبعين وقيل سنة اثنتين وسبعين وقيل سنة ثلاث وسبعين وقيل سنة اربع وسبعين وقيل سنة خمس وسبعين وقيل سنة ست وسبعين وقيل سنة سبع وسبعين وقيل سنة ثمان وسبعين وقيل سنة تسع وسبعين وقيل سنة ثمانين وقيل سنة احدى وثمانين وقيل سنة اثنتين وثمانين وقيل سنة ثلاث وثمانين وقيل سنة اربع وثمانين وقيل سنة خمس وثمانين وقيل سنة ست وثمانين وقيل سنة سبع وثمانين وقيل سنة ثمان وثمانين وقيل سنة تسع وثمانين وقيل سنة تسعين وقيل سنة احدى وتسعين وقيل سنة اثنتين وتسعين وقيل سنة ثلاث وتسعين وقيل سنة اربع وتسعين وقيل سنة خمس وتسعين وقيل سنة ست وتسعين وقيل سنة سبع وتسعين وقيل سنة ثمان وتسعين وقيل سنة تسع وتسعين وقيل سنة مائة وقيل سنة مائة وواحد وقيل سنة مائة واثنين وقيل سنة مائة وثلاثة وقيل سنة مائة واربعة وقيل سنة مائة وخمسة وقيل سنة مائة وستة وقيل سنة مائة وسبعة وقيل سنة مائة وثمانية وقيل سنة مائة وتسعة وقيل سنة مائة وعشرة وقيل سنة مائة واحد عشر وقيل سنة مائة واثنى عشر وقيل سنة مائة وثلاثة عشر وقيل سنة مائة واربعة عشر وقيل سنة مائة وخمسة عشر وقيل سنة مائة وستة عشر وقيل سنة مائة وسبعة عشر وقيل سنة مائة وثمانية عشر وقيل سنة مائة وتسعة عشر وقيل سنة مائة وعشرين وقيل سنة مائة واحد وعشرين وقيل سنة مائة واثنين وعشرين وقيل سنة مائة وثلاثة وعشرين وقيل سنة مائة واربعة وعشرين وقيل سنة مائة وخمسة وعشرين وقيل سنة مائة وستة وعشرين وقيل سنة مائة وسبعة وعشرين وقيل سنة مائة وثمانية وعشرين وقيل سنة مائة وتسعة وعشرين وقيل سنة مائة وثلاثين وقيل سنة مائة واحد وثلاثين وقيل سنة مائة واثنين وثلاثين وقيل سنة مائة وثلاثة وثلاثين وقيل سنة مائة واربعة وثلاثين وقيل سنة مائة وخمسة وثلاثين وقيل سنة مائة وستة وثلاثين وقيل سنة مائة وسبعة وثلاثين وقيل سنة مائة وثمانية وثلاثين وقيل سنة مائة وتسعة وثلاثين وقيل سنة مائة واربعين وقيل سنة مائة واحد واربعين وقيل سنة مائة واثنين واربعين وقيل سنة مائة وثلاثة واربعين وقيل سنة مائة واربعة واربعين وقيل سنة مائة وخمسة واربعين وقيل سنة مائة وستة واربعين وقيل سنة مائة وسبعة واربعين وقيل سنة مائة وثمانية واربعين وقيل سنة مائة وتسعة واربعين وقيل سنة مائة وخمسين وقيل سنة مائة واحد وخمسين وقيل سنة مائة واثنين وخمسين وقيل سنة مائة وثلاثة وخمسين وقيل سنة مائة واربعة وخمسين وقيل سنة مائة وخمسة وخمسين وقيل سنة مائة وستة وخمسين وقيل سنة مائة وسبعة وخمسين وقيل سنة مائة وثمانية وخمسين وقيل سنة مائة وتسعة وخمسين وقيل سنة مائة وستين وقيل سنة مائة واحد وستين وقيل سنة مائة واثنين وستين وقيل سنة مائة وثلاثة وستين وقيل سنة مائة واربعة وستين وقيل سنة مائة وخمسة وستين وقيل سنة مائة وستة وستين وقيل سنة مائة وسبعة وستين وقيل سنة مائة وثمانية وستين وقيل سنة مائة وتسعة وستين وقيل سنة مائة وسبعين وقيل سنة مائة واحد وسبعين وقيل سنة مائة واثنين وسبعين وقيل سنة مائة وثلاثة وسبعين وقيل سنة مائة واربعة وسبعين وقيل سنة مائة وخمسة وسبعين وقيل سنة مائة وستة وسبعين وقيل سنة مائة وسبعة وسبعين وقيل سنة مائة وثمانية وسبعين وقيل سنة مائة وتسعة وسبعين وقيل سنة مائة وثمانين وقيل سنة مائة واحد وثمانين وقيل سنة مائة واثنين وثمانين وقيل سنة مائة وثلاثة وثمانين وقيل سنة مائة واربعة وثمانين وقيل سنة مائة وخمسة وثمانين وقيل سنة مائة وستة وثمانين وقيل سنة مائة وسبعة وثمانين وقيل سنة مائة وثمانية وثمانين وقيل سنة مائة وتسعة وثمانين وقيل سنة مائة وتسعين وقيل سنة مائة واحد وتسعين وقيل سنة مائة واثنين وتسعين وقيل سنة مائة وثلاثة وتسعين وقيل سنة مائة واربعة وتسعين وقيل سنة مائة وخمسة وتسعين وقيل سنة مائة وستة وتسعين وقيل سنة مائة وسبعة وتسعين وقيل سنة مائة وثمانية وتسعين وقيل سنة مائة وتسعة وتسعين وقيل سنة مائتين وقيل سنة مائتين وواحد وقيل سنة مائتين واثنين وقيل سنة مائتين وثلاثة وقيل سنة مائتين واربعة وقيل سنة مائتين وخمسة وقيل سنة مائتين وستة وقيل سنة مائتين وسبعة وقيل سنة مائتين وثمانية وقيل سنة مائتين وتسعة وقيل سنة مائتين وعشرة وقيل سنة مائتين واحد عشر وقيل سنة مائتين واثنى عشر وقيل سنة مائتين وثلاثة عشر وقيل سنة مائتين واربعة عشر وقيل سنة مائتين وخمسة عشر وقيل سنة مائتين وستة عشر وقيل سنة مائتين وسبعة عشر وقيل سنة مائتين وثمانية عشر وقيل سنة مائتين وتسعة عشر وقيل سنة مائتين وعشرين وقيل سنة مائتين واحد وعشرين وقيل سنة مائتين واثنين وعشرين وقيل سنة مائتين وثلاثة وعشرين وقيل سنة مائتين واربعة وعشرين وقيل سنة مائتين وخمسة وعشرين وقيل سنة مائتين وستة وعشرين وقيل سنة مائتين وسبعة وعشرين وقيل سنة مائتين وثمانية وعشرين وقيل سنة مائتين وتسعة وعشرين وقيل سنة مائتين وثلاثين وقيل سنة مائتين واحد وثلاثين وقيل سنة مائتين واثنين وثلاثين وقيل سنة مائتين وثلاثة وثلاثين وقيل سنة مائتين واربعة وثلاثين وقيل سنة مائتين وخمسة وثلاثين وقيل سنة مائتين وستة وثلاثين وقيل سنة مائتين وسبعة وثلاثين وقيل سنة مائتين وثمانية وثلاثين وقيل سنة مائتين وتسعة وثلاثين وقيل سنة مائتين واربعين وقيل سنة مائتين واحد واربعين وقيل سنة مائتين واثنين واربعين وقيل سنة مائتين وثلاثة واربعين وقيل سنة مائتين واربعة واربعين وقيل سنة مائتين وخمسة واربعين وقيل سنة مائتين وستة واربعين وقيل سنة مائتين وسبعة واربعين وقيل سنة مائتين وثمانية واربعين وقيل سنة مائتين وتسعة واربعين وقيل سنة مائتين وخمسين وقيل سنة مائتين واحد وخمسين وقيل سنة مائتين واثنين وخمسين وقيل سنة مائتين وثلاثة وخمسين وقيل سنة مائتين واربعة وخمسين وقيل سنة مائتين وخمسة وخمسين وقيل سنة مائتين وستة وخمسين وقيل سنة مائتين وسبعة وخمسين وقيل سنة مائتين وثمانية وخمسين وقيل سنة مائتين وتسعة وخمسين وقيل سنة مائتين وستين وقيل سنة مائتين واحد وستين وقيل سنة مائتين واثنين وستين وقيل سنة مائتين وثلاثة وستين وقيل سنة مائتين واربعة وستين وقيل سنة مائتين وخمسة وستين وقيل سنة مائتين وستة وستين وقيل سنة مائتين وسبعة وستين وقيل سنة مائتين وثمانية وستين وقيل سنة مائتين وتسعة وستين وقيل سنة مائتين وسبعين وقيل سنة مائتين واحد وسبعين وقيل سنة مائتين واثنين وسبعين وقيل سنة مائتين وثلاثة وسبعين وقيل سنة مائتين واربعة وسبعين وقيل سنة مائتين وخمسة وسبعين وقيل سنة مائتين وستة وسبعين وقيل سنة مائتين وسبعة وسبعين وقيل سنة مائتين وثمانية وسبعين وقيل سنة مائتين وتسعة وسبعين وقيل سنة مائتين وثمانين وقيل سنة مائتين واحد وثمانين وقيل سنة مائتين واثنين وثمانين وقيل سنة مائتين وثلاثة وثمانين وقيل سنة مائتين واربعة وثمانين وقيل سنة مائتين وخمسة وثمانين وقيل سنة مائتين وستة وثمانين وقيل سنة مائتين وسبعة وثمانين وقيل سنة مائتين وثمانية وثمانين وقيل سنة مائتين وتسعة وثمانين وقيل سنة مائتين وتسعين وقيل سنة مائتين واحد وتسعين وقيل سنة مائتين واثنين وتسعين وقيل سنة مائتين وثلاثة وتسعين وقيل سنة مائتين واربعة وتسعين وقيل سنة مائتين وخمسة وتسعين وقيل سنة مائتين وستة وتسعين وقيل سنة مائتين وسبعة وتسعين وقيل سنة مائتين وثمانية وتسعين وقيل سنة مائتين وتسعة وتسعين وقيل سنة ثلاثمائة وقيل سنة ثلاثمائة وواحد وقيل سنة ثلاثمائة واثنين وقيل سنة ثلاثمائة وثلاثة وقيل سنة ثلاثمائة واربعة وقيل سنة ثلاثمائة وخمسة وقيل سنة ثلاثمائة وستة وقيل سنة ثلاثمائة وسبعة وقيل سنة ثلاثمائة وثمانية وقيل سنة ثلاثمائة وتسعة وقيل سنة ثلاثمائة وعشرة وقيل سنة ثلاثمائة واحد عشر وقيل سنة ثلاثمائة واثنى عشر وقيل سنة ثلاثمائة وثلاثة عشر وقيل سنة ثلاثمائة واربعة عشر وقيل سنة ثلاثمائة وخمسة عشر وقيل سنة ثلاثمائة وستة عشر وقيل سنة ثلاثمائة وسبعة عشر وقيل سنة ثلاثمائة وثمانية عشر وقيل سنة ثلاثمائة وتسعة عشر وقيل سنة ثلاثمائة وعشرين وقيل سنة ثلاثمائة واحد وعشرين وقيل سنة ثلاثمائة واثنين وعشرين وقيل سنة ثلاثمائة وثلاثة وعشرين وقيل سنة ثلاثمائة واربعة وعشرين وقيل سنة ثلاثمائة وخمسة وعشرين وقيل سنة ثلاثمائة وستة وعشرين وقيل سنة ثلاثمائة وسبعة وعشرين وقيل سنة ثلاثمائة وثمانية وعشرين وقيل سنة ثلاثمائة وتسعة وعشرين وقيل سنة ثلاثمائة وثلاثين وقيل سنة ثلاثمائة واحد وثلاثين وقيل سنة ثلاثمائة واثنين وثلاثين وقيل سنة ثلاثمائة وثلاثة وثلاثين وقيل سنة ثلاثمائة واربعة وثلاثين وقيل سنة ثلاثمائة وخمسة وثلاثين وقيل سنة ثلاثمائة وستة وثلاثين وقيل سنة ثلاثمائة وسبعة وثلاثين وقيل سنة ثلاثمائة وثمانية وثلاثين وقيل سنة ثلاثمائة وتسعة وثلاثين وقيل سنة ثلاثمائة واربعين وقيل سنة ثلاثمائة واحد واربعين وقيل سنة ثلاثمائة واثنين واربعين وقيل سنة ثلاثمائة وثلاثة واربعين وقيل سنة ثلاثمائة واربعة واربعين وقيل سنة ثلاثمائة وخمسة واربعين وقيل سنة ثلاثمائة وستة واربعين وقيل سنة ثلاثمائة وسبعة واربعين وقيل سنة ثلاثمائة وثمانية واربعين وقيل سنة ثلاثمائة وتسعة واربعين وقيل سنة ثلاثمائة وخمسين وقيل سنة ثلاثمائة واحد وخمسين وقيل سنة ثلاثمائة واثنين وخمسين وقيل سنة ثلاثمائة وثلاثة وخمسين وقيل سنة ثلاثمائة واربعة وخمسين وقيل سنة ثلاثمائة وخمسة وخمسين وقيل سنة ثلاثمائة وستة وخمسين وقيل سنة ثلاثمائة وسبعة وخمسين وقيل سنة ثلاثمائة وثمانية وخمسين وقيل سنة ثلاثمائة وتسعة وخمسين وقيل سنة ثلاثمائة وستين وقيل سنة ثلاثمائة واحد وستين وقيل سنة ثلاثمائة واثنين وستين وقيل سنة ثلاثمائة وثلاثة وستين وقيل سنة ثلاثمائة واربعة وستين وقيل سنة ثلاثمائة وخمسة وستين وقيل سنة ثلاثمائة وستة وستين وقيل سنة ثلاثمائة وسبعة وستين وقيل سنة ثلاثمائة وثمانية وستين وقيل سنة ثلاثمائة وتسعة وستين وقيل سنة ثلاثمائة وسبعين وقيل سنة ثلاثمائة واحد وسبعين وقيل سنة ثلاثمائة واثنين وسبعين وقيل سنة ثلاثمائة وثلاثة وسبعين وقيل سنة ثلاثمائة واربعة وسبعين وقيل سنة ثلاثمائة وخمسة وسبعين وقيل سنة ثلاثمائة وستة وسبعين وقيل سنة ثلاثمائة وسبعة وسبعين وقيل سنة ثلاثمائة وثمانية وسبعين وقيل سنة ثلاثمائة وتسعة وسبعين وقيل سنة ثلاثمائة وثمانين وقيل سنة ثلاثمائة واحد وثمانين وقيل سنة ثلاثمائة واثنين وثمانين وقيل سنة ثلاثمائة وثلاثة وثمانين وقيل سنة ثلاثمائة واربعة وثمانين وقيل سنة ثلاثمائة وخمسة وثمانين وقيل سنة ثلاثمائة وستة وثمانين وقيل سنة ثلاثمائة وسبعة وثمانين وقيل سنة ثلاثمائة وثمانية وثمانين وقيل سنة ثلاثمائة وتسعة وثمانين وقيل سنة ثلاثمائة وتسعين وقيل سنة ثلاثمائة واحد وتسعين وقيل سنة ثلاثمائة واثنين وتسعين وقيل سنة ثلاثمائة وثلاثة وتسعين وقيل سنة ثلاثمائة واربعة وتسعين وقيل سنة ثلاثمائة وخمسة وتسعين وقيل سنة ثلاثمائة وستة وتسعين وقيل سنة ثلاثمائة وسبعة وتسعين وقيل سنة ثلاثمائة وثمانية وتسعين وقيل سنة ثلاثمائة وتسعة وتسعين وقيل سنة اربعمائة وقيل سنة اربعمائة وواحد وقيل سنة اربعمائة واثنين وقيل سنة اربعمائة وثلاثة وقيل سنة اربعمائة واربعة وقيل سنة اربعمائة وخمسة وقيل سنة اربعمائة وستة وقيل سنة اربعمائة وسبعة وقيل سنة اربعمائة وثمانية وقيل سنة اربعمائة وتسعة وقيل سنة اربعمائة وعشرة وقيل سنة اربعمائة واحد عشر وقيل سنة اربعمائة واثنى عشر وقيل سنة اربعمائة وثلاثة عشر وقيل سنة اربعمائة واربعة عشر وقيل سنة اربعمائة وخمسة عشر وقيل سنة اربعمائة وستة عشر وقيل سنة اربعمائة وسبعة عشر وقيل سنة اربعمائة وثمانية عشر وقيل سنة اربعمائة وتسعة عشر وقيل سنة اربعمائة وعشرين وقيل سنة اربعمائة واحد وعشرين وقيل سنة اربعمائة واثنين وعشرين وقيل سنة اربعمائة وثلاثة وعشرين وقيل سنة اربعمائة واربعة وعشرين وقيل سنة اربعمائة وخمسة وعشرين وقيل سنة اربعمائة وستة وعشرين وقيل سنة اربعمائة وسبعة وعشرين وقيل سنة اربعمائة وثمانية وعشرين وقيل سنة اربعمائة وتسعة وعشرين وقيل سنة اربعمائة وثلاثين وقيل سنة اربعمائة واحد وثلاثين وقيل سنة اربعمائة واثنين وثلاثين وقيل سنة اربعمائة وثلاثة وثلاثين وقيل سنة اربعمائة واربعة وثلاثين وقيل سنة اربعمائة وخمسة وثلاثين وقيل سنة اربعمائة وستة وثلاثين وقيل سنة اربعمائة وسبعة وثلاثين وقيل سنة اربعمائة وثمانية وثلاثين وقيل سنة اربعمائة وتسعة وثلاثين وقيل سنة اربعمائة واربعين وقيل سنة اربعمائة واحد واربعين وقيل سنة اربعمائة واثنين واربعين وقيل سنة اربعمائة وثلاثة واربعين وقيل سنة اربعمائة واربعة واربعين وقيل سنة اربعمائة وخمسة واربعين وقيل سنة اربعمائة وستة واربعين وقيل سنة اربعمائة وسبعة واربعين وقيل سنة اربعمائة وثمانية واربعين وقيل سنة اربعمائة وتسعة واربعين وقيل سنة اربعمائة وخمسين وقيل سنة اربعمائة واحد وخمسين وقيل سنة اربعمائة واثنين وخمسين وقيل سنة اربعمائة وثلاثة وخمسين وقيل سنة اربعمائة واربعة وخمسين وقيل سنة اربعمائة وخمسة وخمسين وقيل سنة اربعمائة وستة وخمسين وقيل سنة اربعمائة وسبعة وخمسين وقيل سنة اربعمائة وثمانية وخمسين وقيل سنة اربعمائة وتسعة وخمسين وقيل سنة اربعمائة وستين وقيل سنة اربعمائة واحد وستين وقيل سنة اربعمائة واثنين وستين وقيل سنة اربعمائة وثلاثة وستين وقيل سنة اربعمائة واربعة وستين وقيل سنة اربعمائة وخمسة وستين وقيل سنة اربعمائة وستة وستين وقيل سنة اربعمائة وسبعة وستين وقيل سنة اربعمائة وثمانية وستين وقيل سنة اربعمائة وتسعة وستين وقيل سنة اربعمائة وسبعين وقيل سنة اربعمائة واحد وسبعين وقيل سنة اربعمائة واثنين وسبعين وقيل سنة اربعمائة وثلاثة وسبعين وقيل سنة اربعمائة واربعة وسبعين وقيل سنة اربعمائة وخمسة وسبعين وقيل سنة اربعمائة وستة وسبعين وقيل سنة اربعمائة وسبعة وسبعين وقيل سنة اربعمائة وثمانية وسبعين وقيل سنة اربعمائة وتسعة وسبعين وقيل سنة اربعمائة وثمانين وقيل سنة اربعمائة واحد وثمانين وقيل سنة اربعمائة واثنين وثمانين وقيل سنة اربعمائة وثلاثة وثمانين وقيل سنة اربعمائة واربعة وثمانين وقيل سنة اربعمائة وخمسة وثمانين وقيل سنة اربعمائة وستة وثمانين وقيل سنة اربعمائة وسبعة وثمانين وقيل سنة اربعمائة وثمانية وثمانين وقيل سنة اربعمائة وتسعة وثمانين وقيل سنة اربعمائة وتسعين وقيل سنة اربعمائة واحد وتسعين وقيل سنة اربعمائة واثنين وتسعين وقيل سنة اربعمائة وثلاثة وتسعين وقيل سنة اربعمائة واربعة وتسعين وقيل سنة اربعمائة وخمسة وتسعين وقيل سنة اربعمائة وستة وتسعين وقيل سنة اربعمائة وسبعة وتسعين وقيل سنة اربعمائة وثمانية وتسعين وقيل سنة اربعمائة وتسعة وتسعين وقيل سنة خمسمائة وقيل سنة خمسمائة وواحد وقيل سنة خمسمائة واثنين وقيل سنة خمسمائة وثلاثة وقيل سنة خمسمائة واربعة وقيل سنة خمسمائة وخمسة وقيل سنة خمسمائة وستة وقيل سنة خمسمائة وسبعة وقيل سنة خمسمائة وثمانية وقيل سنة خمسمائة وتسعة وقيل سنة خمسمائة وعشرة وقيل سنة خمسمائة واحد عشر وقيل سنة خمسمائة واثنى عشر وقيل سنة خمسمائة وثلاثة عشر وقيل سنة خمسمائة واربعة عشر وقيل سنة خمسمائة وخمسة عشر وقيل سنة خمسمائة وستة عشر وقيل سنة خمسمائة وسبعة عشر وقيل سنة خمسمائة وثمانية عشر وقيل سنة خمسمائة وتسعة عشر وقيل سنة خمسمائة وعشرين وقيل سنة خمسمائة واحد وعشرين وقيل سنة خمسمائة واثنين وعشرين وقيل سنة خمسمائة وثلاثة وعشرين وقيل سنة خمسمائة واربعة وعشرين وقيل سنة خمسمائة وخمسة وعشرين وقيل سنة خمسمائة وستة وعشرين وقيل سنة خمسمائة وسبعة وعشرين وقيل سنة خمسمائة وثمانية وعشرين وقيل سنة خمسمائة وتسعة وعشرين وقيل سنة خمسمائة وثلاثين وقيل سنة خمسمائة واحد وثلاثين وقيل سنة خمسمائة واثنين وثلاثين وقيل سنة خمسمائة وثلاثة وثلاثين وقيل سنة خمسمائة واربعة وثلاثين وقيل سنة خمسمائة وخمسة وثلاثين وقيل سنة خمسمائة وستة وثلاثين وقيل سنة خمسمائة وسبعة وثلاثين وقيل سنة خمسمائة وثمانية وثلاثين وقيل سنة خمسمائة وتسعة وثلاثين وقيل سنة خمسمائة واربعين وقيل سنة خمسمائة واحد واربعين وقيل سنة خمسمائة واثنين واربعين وقيل سنة خمسمائة وثلاثة واربعين وقيل سنة خمسمائة واربعة واربعين وقيل سنة خمسمائة وخمسة واربعين وقيل سنة خمسمائة وستة واربعين وقيل سنة خمسمائة وسبعة واربعين وقيل سنة خمسمائة وثمانية واربعين وقيل سنة خمسمائة وتسعة واربعين وقيل سنة خمسمائة وخمسين وقيل سنة خمسمائة واحد وخمسين وقيل سنة خمسمائة واثنين وخمسين وقيل سنة خمسمائة وثلاثة وخمسين وقيل سنة خمسمائة واربعة وخمسين وقيل سنة خمسمائة وخمسة وخمسين وقيل سنة خمسمائة وستة وخمسين وقيل سنة خمسمائة وسبعة وخمسين وقيل سنة خمسمائة وثمانية وخمسين وقيل سنة خمسمائة وتسعة وخمسين وقيل سنة خمسمائة وستين وقيل سنة خمسمائة واحد وستين وقيل سنة خمسمائة واثنين وستين وقيل سنة خمسمائة وثلاثة وستين وقيل سنة خمسمائة واربعة وستين وقيل سنة خمسمائة وخمسة وستين وقيل سنة خمسمائة وستة وستين وقيل سنة خمسمائة وسبعة وستين وقيل سنة خمسمائة وثمانية وستين وقيل سنة خمسمائة وتسعة وستين وقيل سنة خمسمائة وسبعين وقيل سنة خمسمائة واحد وسبعين وقيل سنة خمسمائة واثنين وسبعين وقيل سنة خمسمائة وثلاثة وسبعين وقيل سنة خمسمائة واربعة وسبعين وقيل سنة خمسمائة وخمسة وسبعين وقيل سنة خمسمائة وستة وسبعين وقيل سنة خمسمائة وسبعة وسبعين وقيل سنة خمسمائة وثمانية وسبعين وقيل سنة خمسمائة وتسعة وسبعين وقيل سنة خمسمائة وثمانين وقيل سنة خمسمائة واحد وثمانين وقيل سنة خمسمائة واثنين وثمانين وقيل سنة خمسمائة وثلاثة وثمانين وقيل سنة خمسمائة واربعة وثمانين وقيل سنة خمسمائة وخمسة وثمانين وقيل سنة خمسمائة وستة وثمانين وقيل سنة خمسمائة وسبعة وثمانين وقيل سنة خمسمائة وثمانية وثمانين وقيل سنة خمسمائة وتسعة وثمانين وقيل سنة خمسمائة وتسعين وقيل سنة خمسمائة واحد وتسعين وقيل سنة خمسمائة واثنين وتسعين وقيل سنة خمسمائة وثلاثة وتسعين وقيل سنة خمسمائة واربعة وتسعين وقيل سنة خمسمائة وخمسة وتسعين وقيل سنة خمسمائة وستة وتسعين وقيل سنة خمسمائة وسبعة وتسعين وقيل سنة خمسمائة وثمانية وتسعين وقيل سنة خمسمائة وتسعة وتسعين وقيل سنة ستمائة وقيل سنة ستمائة وواحد وقيل سنة ستمائة واثنين وقيل سنة ستمائة وثلاثة وقيل سنة ستمائة واربعة وقيل سنة ستمائة وخمسة وقيل سنة ستمائة وستة وقيل سنة ستمائة وسبعة وقيل سنة ستمائة وثمانية وقيل سنة ستمائة وتسعة وقيل سنة ستمائة وعشرة وقيل سنة ستمائة واحد عشر وقيل سنة ستمائة واثنى عشر وقيل سنة ستمائة وثلاثة عشر وقيل سنة ستمائة واربعة عشر وقيل سنة ستمائة وخمسة عشر وقيل سنة ستمائة وستة عشر وقيل سنة ستمائة وسبعة عشر وقيل سنة ستمائة وثمانية عشر وقيل سنة ستمائة وتسعة عشر وقيل سنة ستمائة وعشرين وقيل سنة ستمائة واحد وعشرين وقيل سنة ستمائة واثنين وعشرين وقيل سنة ستمائة وثلاثة وعشرين وقيل سنة ستمائة واربعة وعشرين وقيل سنة ستمائة وخمسة وعشرين وقيل سنة ستمائة وستة وعشرين وقيل سنة ستمائة وسبعة وعشرين وقيل سنة ستمائة وثمانية وعشرين وقيل سنة ستمائة وتسعة وعشرين وقيل سنة ستمائة وثلاثين وقيل سنة ستمائة واحد وثلاثين وقيل سنة ستمائة واثنين وثلاثين وقيل سنة ستمائة وثلاثة وثلاثين وقيل سنة ستمائة واربعة وثلاثين وقيل سنة ستمائة وخمسة وثلاثين وقيل سنة ستمائة وستة وثلاثين وقيل سنة ستمائة وسبعة وثلاثين وقيل سنة ستمائة وثمانية وثلاثين وقيل سنة ستمائة وتسعة وثلاثين وقيل سنة ستمائة واربعين وقيل سنة ستمائة واحد واربعين وقيل سنة ستمائة واثنين واربعين وقيل سنة ستمائة وثلاثة واربعين وقيل سنة ستمائة واربعة واربعين وقيل سنة ستمائة وخمسة واربعين وقيل سنة ستمائة وستة واربعين وقيل سنة ستمائة وسبعة واربعين وقيل سنة ستمائة وثمانية واربعين وقيل سنة ستمائة وتسعة واربعين وقيل سنة ستمائة وخمسين وقيل سنة ستمائة واحد وخمسين وقيل سنة ستمائة واثنين وخمسين وقيل سنة ستمائة وثلاثة وخمسين وقيل سنة ستمائة واربعة وخمسين وقيل سنة ستمائة وخمسة وخمسين وقيل سنة ستمائة وستة وخمسين وقيل سنة ستمائة وسبعة وخمسين وقيل سنة ستمائة وثمانية وخمسين وقيل سنة ستمائة وتسعة وخمسين وقيل سنة ستمائة وستين وقيل سنة ستمائة واحد وستين وقيل سنة ستمائة واثنين وستين وقيل سنة ستمائة وثلاثة وستين وقيل سنة ستمائة واربعة وستين وقيل سنة ستمائة وخمسة وستين وقيل سنة ستمائة وستة وستين وقيل سنة ستمائة وسبعة وستين وقيل سنة ستمائة وثمانية وستين وقيل سنة ستمائة وتسعة وستين وقيل سنة ستمائة وسبعين وقيل سنة ستمائة واحد وسبعين وقيل سنة ستمائة واثنين وسبعين وقيل سنة ستمائة وثلاثة وسبعين وقيل سنة ستمائة واربعة وسبعين وقيل سنة ستمائة وخمسة وسبعين وقيل سنة ستمائة وستة وسبعين وقيل سنة ستمائة وسبعة وسبعين وقيل سنة ستمائة وثمانية وسبعين وقيل سنة ستمائة وتسعة وسبعين وقيل سنة ستمائة وثمانين وقيل سنة ستمائة واحد وثمانين وقيل سنة ستمائة واثنين وثمانين وقيل سنة ستمائة وثلاثة وثمانين وقيل سنة ستمائة واربعة وثمانين وقيل سنة ستمائة وخمسة وثمانين وقيل سنة ستمائة وستة وثمانين وقيل سنة ستمائة وسبعة وثمانين وقيل سنة ستمائة وثمانية وثمانين وقيل سنة ستمائة وتسعة وثمانين وقيل سنة ستمائة وتسعين وقيل سنة ستمائة واحد وتسعين وقيل سنة ستمائة واثنين وتسعين وقيل سنة ستمائة وثلاثة وتسعين وقيل سنة ستمائة واربعة وتسعين وقيل سنة ستمائة وخمسة وتسعين وقيل سنة ستمائة وستة وتسعين وقيل سنة ستمائة وسبعة وتسعين وقيل سنة ستمائة وثمانية وتسعين وقيل سنة ستمائة وتسعة وتسعين وقيل سنة سبعمائة وقيل سنة سبعمائة وواحد وقيل سنة سبعمائة واثنين وقيل سنة سبعمائة وثلاثة وقيل سنة سبعمائة واربعة وقيل سنة سبعمائة وخمسة وقيل سنة سبعمائة وستة وقيل سنة سبعمائة وسبعة وقيل سنة سبعمائة وثمانية وقيل سنة سبعمائة وتسعة وقيل سنة سبعمائة وعشرة وقيل سنة سبعمائة واحد عشر وقيل سنة سبعمائة واثنى عشر وقيل سنة سبعمائة وثلاثة عشر وقيل سنة سبعمائة واربعة عشر وقيل سنة سبعمائة وخمسة عشر وقيل سنة سبعمائة وستة عشر وقيل سنة سبعمائة وسبعة عشر وقيل سنة سبعمائة وثمانية عشر وقيل سنة سبعمائة وتسعة عشر وقيل سنة سبعمائة وعشرين وقيل سنة سبعمائة واحد وعشرين وقيل سنة سبعمائة واثنين وعشرين وقيل سنة سبعمائة وثلاثة وعشرين وقيل سنة سبعمائة واربعة وعشرين وقيل سنة سبعمائة وخمسة وعشرين وقيل سنة سبعمائة وستة وعشرين وقيل سنة سبعمائة وسبعة وعشرين وقيل سنة سبعمائة وثمانية وعشرين وقيل سنة سبعمائة وتسعة وعشرين وقيل سنة سبعمائة وثلاثين وقيل سنة سبعمائة واحد وثلاثين وقيل سنة سبعمائة واثنين وثلاثين وقيل سنة سبعمائة وثلاثة وثلاثين وقيل سنة سبعمائة واربعة وثلاثين وقيل سنة سبعمائة وخمسة وثلاثين وقيل سنة سبعمائة وستة وثلاثين وقيل سنة سبعمائة وسبعة وثلاثين وقيل سنة سبعمائة وثمانية وثلاثين وقيل سنة سبعمائة وتسعة وثلاثين وقيل سنة سبعمائة واربعين وقيل سنة سبعمائة واحد واربعين وقيل سنة سبعمائة واثنين واربعين وقيل سنة سبعمائة وثلاثة واربعين وقيل سنة سبعمائة واربعة واربعين وقيل سنة سبعمائة وخمسة واربعين وقيل سنة سبعمائة وستة واربعين وقيل سنة سبعمائة وسبعة واربعين وقيل سنة سبعمائة وثمانية واربعين وقيل سنة سبعمائة وتسعة واربعين وقيل سنة سبعمائة وخمسين وقيل سنة سبعمائة واحد وخمسين وقيل سنة سبعمائة واثنين وخمسين وقيل سنة سبعمائة وثلاثة وخمسين وقيل سنة سبعمائة واربعة وخمسين وقيل سنة سبعمائة وخمسة وخمسين وقيل سنة سبعمائة وستة وخمسين وقيل سنة سبعمائة وسبعة وخمسين وقيل سنة سبعمائة وثمانية وخمسين وقيل سنة سبعمائة وتسعة وخمسين وقيل سنة سبعمائة وستين وقيل سنة سبعمائة واحد وستين وقيل سنة سبعمائة واثنين وستين وقيل سنة سبعمائة وثلاثة وستين وقيل سنة سبعمائة واربعة وستين وقيل سنة سبعمائة وخمسة وستين وقيل سنة سبعمائة وستة وستين وقيل سنة سبعمائة وسبعة وستين وقيل سنة سبعمائة وثمانية وستين وقيل سنة سبعمائة وتسعة وستين وقيل سنة سبعمائة وسبعين وقيل سنة سبعمائة واحد وسبعين وقيل سنة سبعمائة واثنين وسبعين وقيل سنة سبعمائة وثلاثة وسبعين وقيل سنة سبعمائة واربعة وسبعين وقيل سنة سبعمائة وخمسة وسبعين وقيل سنة سبعمائة وستة وسبعين وقيل سنة سبعمائة وسبعة وسبعين وقيل سنة سبعمائة وثمانية وسبعين وقيل سنة سبعمائة وتسعة وسبعين وقيل سنة سبعمائة وثمانين وقيل سنة سبعمائة واحد وثمانين وقيل سنة سبعمائة واثنين وثمانين وقيل سنة سبعمائة وثلاثة وثمانين وقيل سنة سبعمائة واربعة وثمانين وقيل سنة سبعمائة وخمسة وثمانين وقيل سنة سبعمائة وستة وثمانين وقيل سنة سبعمائة وسبعة وثمانين وقيل سنة سبعمائة وثمانية وثمانين وقيل سنة سبعمائة وتسعة وثمانين وقيل سنة سبعمائة وتسعين وقيل سنة سبعمائة واحد وتسعين وقيل سنة سبعمائة واثنين وتسعين وقيل سنة سبعمائة وثلاثة وتسعين وقيل سنة سبعمائة واربعة وتسعين وقيل سنة سبعمائة وخمسة وتسعين وقيل سنة سبعمائة وستة وتسعين وقيل سنة سبعمائة وسبعة وتسعين وقيل سنة سبعمائة وثمانية وتسعين وقيل سنة سبعمائة وتسع

الا ان الحق بدو النصب من ان الوكالة لا تنصرف باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل بل هو الظاهر للندب الشرعي بخلاف غيبة الشاهد لان الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة وليس كل احد يحسن الاستيفاء فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء اصلا وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح لا يجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود ايضا وقول محمد رح مع ابي حنيفة رح وقيل مع ابي يوسف رح وقيل هذا الاختلاف في غيبة دون حضرته

اي ولا يجوز الوكالة بايفاء الحقوق واستيفائها لما مر من دفع الحاجة الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها اي باستيفاء الحدود والقصاص مع غيبة الموكل اي عن المجلس واما الوكالة بايفاء الحدود والقصاص فمعدم صحتها مطلقا اي سواء كان مع غيبة الموكل ومع حضوره اشر بين لان ايفاءها انما يكون بتسليم النفس او البدن لاقامة العقوبة الواجبة وهذا لا يليق الا من الجاني اذ اقامة العقوبة على غير الجاني ظلم صريح فلذلك اكتفى المصنف رح بنفي صحة الوكالة باستيفائها مع غيبة الموكل قال في تعليله لانها اي الحدود والقصاص تندرئ بالشبهات فلا تستوفى بمن يقوم مقامه والغير لما في ذلك من ضرب شبهة كما في كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال وشبهة العفو ثابتة حال غيبة اي غيبة الموكل بدليل الوجه المخصوص بالقصاص اذ الحدود لا يعفى عنها فالمراد ان في القصاص ثبوت شبهة اخرى حال غيبة الموكل وهي شبهة العفو لجواز ان يكون الموكل قد عفا ولم يشعر به الوكيل بل هو الظاهر اي بل العفو هو الظاهر للندب الشرعي للعفو تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى وفي القصاص خلاف الشافعي رحمه الله فانه يقول هو خالص حق العبد فيستوفى بالتوكيل كسائر حقوقه دفعا للضرر عن نفسه ولكنا نقول انه عقوبة تندرئ بالشبهات بخلاف سائر حقوقه فافترقا بخلاف غيبة الشاهد حيث يستوفى الحدود والقصاص عند غيبته لان الظاهر عدم الرجوع يعني ان الشبهة في حق الشاهد هي الرجوع والظاهر في حقه عدم الرجوع اذ الصدق هو الاصل لا سيما في العدول فلم يعتبر مثل هذه الشبهة اقول يرد عليه ان الرجم من الحدود ولا يستوفى عند غيبة الشهود في ظاهر الرواية كما مر في كتاب الحدود وهو يقتضي ذلك اعتبار شبهة الرجوع في حق الشهود هناك اللهم الا ان يقال عدم استيفاء الحد اذ ذاك لفوات الشرط وهو بداية الشهود بالرجم لا لجبر شبهة الرجوع فتامل وبخلاف حالة الحضرة اي حضرة الموكل في المجلس حيث يستوفى في ذلك عند ارتفاع هذه الشبهة اي شبهة العفو فان العفو عند حضور الموكل مما لا يخفى فلا شبهة اقول لقائل ان يقول ان انتفاء الشبهة المعينة لا تقتضي انتفاء الشبهة مطلقا والحدود والقصاص تندرئ بمطلق الشبهات فلا يتم التقريب على ان شبهة العفو مخصوصة بالقصاص فلم تظهر الفرق بين الحضرة والغيبة في استيفاء الحدود اصلا ولما استشعر ان يقال اذا كان الموكل حاضرا لم يحتج الى التوكيل بالاستيفاء رأسا اذ هو يستوفي بنفسه اجاب بقوله وليس كل احد يحسن الاستيفاء اما لقلة هدايته اولان قلبه لا يحتمل ذلك فلو منع عنه اي عن التوكيل بالاستيفاء ينسد باب الاستيفاء اصلا اي ينسد بابه بالنسبة اليه بالكلية فجاز التوكيل بالاستيفاء عند حضوره استحسانا ليلا ينسد بابه قال المصنف رح وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رحمه الله وقال جمهور الشراح في تفسير كلام المصنف رح هذا اي جواز التوكيل باثبات الحدود والقصاص قول ابي حنيفة رحمه الله وقالوا في توجيه تفسيرهم اياه بهذا المعنى لانه لما قال ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق اي جميعها بايفائها واستيفائها واستثنى ايفاء الحدود والقصاص واستيفائها بقيت الخصومة باثبات الحدود والقصاص داخلة في قوله بالخصومة في سائر الحقوق فقال هذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رحمه الله اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان هذا الذي ارتكبوه في حل كلام المصنف رح هنا لكف بارد ونسف شارد حيث جعلوا البعض الغير المعين في الكلام السابق بل الداخل في المجرد كليته مشارا اليه بلفظ هذا الذي يشار به الى المحسوس المشاهد وجعلوه بمنزلة المحسوس المشاهد ثم ان هنا المنذوحة عن ذلك بحمل كلام المصنف رح على معنى ظاهر منه وهو ان هذا الذي ذكرناه صريحا فهم آنفا من قولنا ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رح لا يجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة البينة اي قال ابو يوسف رح لا يجوز الوكالة بالخصومة في بعض من تلك الحقوق وهو اثبات الحدود والقصاص ايضا اي كما لا تجوز الوكالة بايفاء الحدود والقصاص واستيفائها بالاتفاق وقول محمد رح مع ابي حنيفة رح وقيل مع ابي يوسف رح يعني ان قول محمد رحمه الله مضطرب نذكر تارة مع ابي حنيفة رح وتارة مع ابي يوسف رح ولكن الظاهر من تحريره المستوفى رح ترجيح الاول كما يخفى على الفطن قال في الكافي بعد قوله وقول محمد رح مضطرب والاظهر مع ابي حنيفة رح وقيل هذا الاختلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف في غيبة اي غيبة الموكل دون حضرته

لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره فصار كانه متكلم بنفسه ولهذا ان التوكيل انابة وشبهة النيابة يتحرز عنها في هذا الباب كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء وعلى ابي حنيفة رح ان الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد القصاص وكلام ابي حنيفة رح فيه اظهر لان الشبهة لا تمنع الدفع غير ان قرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الاهلية وقال ابو حنيفة رح لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضاء الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا وقالا لا يجوز التوكيل بغير رضاء الخصم وهو قول الشافعي رح ولا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم

اي هو جائز في حضرته بالاتفاق لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره فكانه فعل بنفسه وله اي لابي يوسف رح ان التوكيل انابة والانابة فيها شبهة لاحوالة وشبهة النيابة تتحرز عنها في هذا الباب اي في باب الحدود والقصاص لانه مما يندرئ بالشبهات كما في الشهادة على الشهادة اي كالشبهة التي في الشهادة على الشهادة حتى لا يثبت بها الحدود والقصاص بالاتفاق كما لا يثبت بشهادة النساء مع الرجال ولا بكتاب القاضي الى القاضي وكما في الاستيفاء اي كالشبهة التي في التوكيل بالاستيفاء الحدود والقصاص عند غيبة الموكل فانها مانعة لصحة التوكيل بالاتفاق ولابي حنيفة رح ان الخصومة شرط محض اي لاحظ لها في الوجوب ولا في الظهور لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة والشرط المحض حق من الحقوق يجوز للموكل مباشرته فجيز فيه التوكيل كما في سائر الحقوق اي باقيها القيام المقتضى وانتفاء المانع لا يقال المانع موجود وهو الشبهة كما في الاستيفاء والشهادة على الشهادة على ما مر لانا نقول الشبهة في الشرط لا تصلح للمنع اذ لا يتعلق به الوجوب ولا الوجود ولا الظهور بخلاف الاستيفاء فانه يتعلق به الوجود وبخلاف الشهادة على الشهادة فانها تتعلق بها الظهور وعلى هذا الخلاف المذكور التوكيل بالجواب من جانب من عليه اي من جانب من عليه الحد والقصاص فاجازه ابو حنيفة رح ومنعه ابو يوسف رح وقول محمد رح مضطرب قال المصنف رح وكلام ابي حنيفة رح فيه اي في التوكيل بالجواب اظهر لان الشبهة لا تمنع الدفع يعني ان التوكيل بالجواب انما يكون للدفع ودفع الحدود والقصاص يثبت بالشبهات حتى يثبت العفو عن القصاص بالشهادة على الشهادة وبشهادة النساء مع الرجال فالشبهة التي ذكرت في دليل ابي يوسف رح على تقدير كونها معتبرة لا تمنع ههنا غير ان اقرار الوكيل غير مقبول عليه اي على موكله يعني لو اقر هذا الوكيل في مجلس القضاء بوجوب الحد او القصاص على موكله لم يقبل اقراره استحسانا لما فيه اي في اقراره من شبهة عدم الاهلية فلم يعتبر فيما يندرئ بالشبهات والقياس ان يقبل اقراره لقيامه مقام موكله بعد صحة التوكيل لما في الاقرار بسائر الحقوق ووجه الاستحسان ما ذكره المصنف رح توضيحه انا حملنا التوكيل بالخصومة على الجواب لان جواب الخصم من الخصومة ولكن هذا نوع من المجاز فانه في الحقيقة فالاقرار ضد الخصومة والمجاز وان اعتبر لقيام الدليل فالحقيقة شبهة فيما يندرئ بالشبهات دون ما يثبت مع الشبهات كذا في المبسوط وذكر في كثير من الشروح واعلم ان جواز التوكيل باثبات الحدود عندهن جوزه انما هو في حد القذف وحد السرقة واما التوكيل باثبات حد الزنا وحد الشرب فلا يصح اتفاقا لانه لا حق فيهما لاحد من العباد وانما تقام البينة على وجه الحسبة فاذا كان اخبيا عنه لا يصلح توكيله به نص عليه في الكافي والتبيين وقال ابو حنيفة رح لا يجوز التوكيل بالخصومة سواء كان التوكيل من قبل الطالب او من قبل المطلوب الا برضى الخصم ويستوي فيه الشريف والوضيع والرجل والمرأة والبكر والثيب كذا في الشروح والقنية الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا يعني الا ان يكون الموكل معذورا لعذر المرض او السفر فح يجوز التوكيل بالخصومة بدون رضى الخصم عنده ايضا وقالا لا يجوز التوكيل بغير رضى الخصم اي يجوز فلك حندهما في جميع الاحوال سواء رضي الخصم ام لا وسواء كان الموكل معذورا ام لا وكان ابو يوسف رح يقول اولا يقبل ذلك من النساء دون الرجال ثم رجع عن ذلك وقال يقبل من النساء والرجال جميعا وهو قول الشافعي رحمه الله ايضا في الخلاصة والقنية ابو الليث يفتي بقولهما وفي فتاوى قاضيخان وبه اخذ ابو القاسم الصفار وقال شمس الائمة السرخسي الصحيح عندي ان القاضي اذا علم بامره على التعنت في ابائه التوكيل يقبل التوكيل ولا يلتفت اليه وان علم من الموكل القصد الى الاضرار بالمدعى يشتغل الوكيل بالحيل والاباطيل والتلبيس لا يقبل منه التوكيل وذكر شمس الائمة الحلواني ان ذلك يفوض الى راي القاضي وهذا قريب من الاول انتهى قال المصنف رح ولا خلاف في الجواز اي لا خلاف في الجواز اي لا خلاف بين ابي حنيفة رحمه الله وبين صاحبيه والشافعي رحمهم الله في الجواز حتى انه اذا وكل فرضى الخصم لا يحتاج في سماع خصومة الوكيل الى تجديد وكالة انما الخلاف في اللزوم ومعناه انه اذا وكل من غير رضى الخصم ثم بدا للموكل ان يعزله فله ذلك على هذا التفاريع فلهم على هذا التفاريع يكون معنى قول القدوري قال ابو حنيفة رح لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضى الخصم

لما ان التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بقاضي الدين وله ان الجواب مستحق على الخصم فلا يستحضره والدائن متفاوتون في الخصومة

اي لا يلزم ذكر الجواز وارادة اللزوم لان الجواز من لوازم الملزوم فيجوز ذكر اللازم وارادة الملزوم كذا في الشرح وقد تصرف فيه صاحب العناية تحريرا وايرادا حيث قال فعلى هذا لا يكون قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضى الخصم مجازا بقوله ولا يلزم ذكر يجوز وارادة اللزوم فان الجواز لازم اللزوم عرف ذلك في اصول الفقه سلمناه لكن ذلك ليس بمجاز انتهى اقول الظاهر ان مراده بقوله لكن ذلك ليس بمجاز الرد على قوله مجازا بان ما ذكر ليس من قبيل المجاز بل هو من قبيل الكناية بناء على ما ذكره السكاكي من ان الانتقال في المجاز من الملزوم الى اللازم وفي الكناية من اللازم الى الملزوم لكنه ليس بشيء اما اولا فلان لفظ الجواز لم يذكر في تحرير غيره من الشراح ولا يتوقف عليه صحة التاويل المذكور فانه يصح سواء كان بطريق المجاز او بطريق الكناية فكان ندا زائدا مردودا على لفظ زاد من عند نفسه في بيان التاويل المذكور واما ثانيا فلانهم متفقون ان الانتقال في المجاز والكناية كليهما من الملزوم الى اللازم فرد وما ذهب اليه السكاكي بان اللازم ما يكون ملزوما لم ينتقل منه الى الملزوم وجعلوا العمدة في الفرق بينهما جوازه ارادة المعنى الموضوع له وعدم جوازه فح يجوز ان يجعل لفظ يجوز فيما نحن فيه مجازا عن معنى يلزمه بلا مخدور اصلا ثم قال صاحب العناية والحق ان قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضى الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم بل ان رضي به الخصم صح والا فلا حاجة الى قوله ولا خلاف في الجواز والى التوجيه بجعله مجازا انتهى اقول لا يخفى على الفطن ان بنذ الكلام خال عن التحصيل لانه ان اراد بقوله ان قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضى الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم ان معنى الاول من حيث الحقيقة هو معنى الثاني بعينه فليس كذلك اذ لا شك ان معنى الجواز من حيث الحقيقة يغاير معنى اللزوم ففي الاول يغاير نفي الثاني قطعا وان اراد بذلك ان الثاني هو المراد من الاول مجازا او كناية فلا وجه لقوله فلا حاجة الى قوله ولا خلاف في الجواز فان المتبادر من الالفاظ معانيها الحقيقية فيتبادر الى ذهن الناظر في مسلفتاه بدء ان يكون الخلاف في نفس الجواز فدفع هذا المحذور بذلك بقوله ولا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم فهذا كلام لا غبار عليه ثم اعلم ان هذا ليس بأول من حمل الخلاف المذكور على اللزوم بل سبقه الى ذلك كثير من المشائخ منهم الامام شمس الائمة السرخسي حيث قال في شرح ادب القاضي ان التوكيل عند ابي حنيفة رح بغير رضى الخصم صحيح ولكن للخصم ان يطالب الموكل بان يحضر بنفسه ويجيب وشيخ الاسلام علاء الدين العالم حيث قال في طريقة الخلاف التوكيل بغير رضى الخصم لازم وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله يقع لازما وذكر في المحيط البرهاني ان رضى الخصم ليس بشرط لصحة التوكيل ولزومه عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وقد اختلف المشائخ على قول ابي حنيفة رحمه الله بعضهم قالوا رضى الخصم عنده ليس بشرط لصحة التوكيل بل هو شرط لزومه وقال بعضهم لا بل رضى الخصم عنده شرط صحة التوكيل وانما اختلفوا لاختلاف الفاظ الكتب ذكر في شفعة الاصل ان التوكيل بغير رضى الخصم باطل في قول ابي حنيفة هذا ذكره في وكالة الاصل لا يقبل التوكيل بغير رضى الخصم عند ابي حنيفة رحمه الله والصحيح ان التوكيل عنده صحيح غير لازم حتى لا يلزم الخصم احضار الجواب بنفسه الا ان يكون الموكل مريضا مرضا لا يمكنه الحضور معه في مجلس الحكم او غائبا مسيرة سفر فح يلزمه عنده انتهى وبهذا ذكر في الذخيرة ايضا لهما اي لابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان التوكيل صح في خالص حقه اي في خالص حق الموكل وبد الانه اما ان يوكله بالخصومة او بالجواب وكلا هما من خالص حقه اما بالخصومة فلانها الدعوى وهي خالص حق المدعي حتى لا يجبر عليها واما الجواب فلانه اما انكار او اقرار وكل واحد منهما خالص حق المدعي عليه واذا كان كذلك فلا يتوقف على رضى غيره فصار كالوكيل بتقاضي الدين وقبضها وايفائها وله اي ولابي حنيفة رح ان الجواب مستحق على الخصم يعني ان الجواب حق واجب للمدعي على المدعى عليه ولهذا يستحضره اي يستحضر المدعي الخصم في مجلس القاضي قبل ان يثبت له عليه شيء ليجيبه عما يدعيه عليه وغاية ما في الباب ان يكون التوكيل تصرفا في خالص حق الموكل لكن تصرف الانسان في خالص حقه انما ينفذ اذا لم يتعد الى الاضرار بالغير وههنا ليس كذلك اذ لا شك ان للناس متفاوتون في الخصومة اي من جهة الدعوى والاثبات ومن جهة الدفع والجواب فرب انسان يصور الباطل في صورة الحق ورب انسان لا يمكنه تمشية الحق على وجهه وقد دل عليه

+ لان الاستحقاق للشيء يستلزم جواز المطالبة بالشيء وارادة اللازم من الملزوم وقال وفيه نظر

فلو قلنا يلزمه يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احدهما بتخيير الآخر بخلاف المريض والمسافر لان الجواب غير مستحق عليهما هنالك ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم اذا اراد السفر لتحقق الضرورة

قوله عليه السلام وانكم تختصمون الى ولعل بعضكم ان يكون الحن بحجته من بعض فمن قضيت له بشئ من مال اخيه فلا يأخذ فانما اقطع له قطعة من نار ذكره في ادب القاضي والاسرار ومعلوم انه لا يوكل عادة الا من هو الالد والاشد في الخصومات ليغلب على الخصم فلو قلنا يلزمه اي يلزم التوكيل بالخصومة بلا رضى الخصم يتضرر به اذ يتضرر الخصم به فيتوقف على رضاه فصار كالعبد المشترك اذا كاتبه احدهما اي احد الشريكين يكون تخيير الآخر اي تخيير الشريك الآخر بين امضاء الكتابة وفسخها وكان تصرف احدهما متوقفا على رضى الآخر وان كان تصرفا في خالص حقه لكان ضرر شريك قال صاحب النهاية في شرح الدليل المذكور من قبل ابي حنيفة رح ومعنى هذا الكلام ان الحضور مع الجواب مستحق عليه بدليل ان القاضي يقطعه عن اشتغاله ويحضره ليجيب خصمه والناس متفاوتون في هذا الجواب فرب انكار يكون اشد وقعا عند المدعي من انكار والظاهر ان الموكل انما يطلب من الوكيل ذلك الاشد فان الناس انما يقصدون بهذا التوكيل ان يشتغل الوكيل بالحيل والاباطيل ليدفع حق الخصم عن الموكل وفيه اضرار بالخصم والاضرار في هذا الباب ان يكون توكيلا بما هو من خالص حقه ولكن لما كان يحصل به ضرر بالغير من الوجه الذي قلنا لا يملك بدون رضاه انتهى كلامه وعلى هذا السؤال سبق الدليل المزبور في الكافي ومعراج الدراية ايضا اقول فيه نظر لان اصل هذه المسألة عامة في صورة التوكيل من جانب المدعي وفي صورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما افصح عنه الشراح قاطبة في صدر هذه المسألة وصرح به في عامة كتب الفتاوى ايضا وفي تقرير الدليل المزبور على الوجه الذي ذكره هؤلاء الشراح تخصيص ذلك بصورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما ترى فكان تقصيرا منهم لحمله التقرير بوجه يعم الصورتين معا كما ذكره في شرحنا وقال صاحب النهاية في شرح هذا المقام ولابي حنيفة رح انا لا نسلم انه تصرف في خالص حقه فان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضر في مجلس القاضي والمستحق للغير لا يكون خالصا له سلمنا فلوه له لكن تصرف الانسان في خالص حقه انما يصح اذا لم يتضرر به غيره وههنا ليس كذلك لان الناس متفاوتون في الخصومة متفاوتا فلما قلنا يلزمه ان يتضرر به فيتوقف على رضاه انتهى اقول فيه ايضا نظر لانه جعل ما ذكر في الكتاب من قبل ابي حنيفة رح دليلا من احد جانبي هذا الدليل والآخر تسليميا له فيرد حينئذ على الدليل الاول ما يرد على تقرير صاحب النهاية وغيره من كون الدليل مخصوصا باحدى صورتي المسألة العامة الدعاوى تأمل تقف فانه يعجبه ان يجعل المجموع دليلا واحدا ويقرر بوجه يعم الصورتين معا كما فعلناه في شرحنا لكن الانصاف ان تأثير المقدمة القائلة ان الجواب مستحق على الخصم انما هو في صورة التوكيل من جانب المدعي عليه كما لا يخفى على المتأمل بخلاف المريض والمسافر متصل بقوله الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا والمراد بيان وجه مخالفة المستثنى للمستثنى منه وذلك لان الجواب غير مستحق اي غير واجب عليهما اي على المريض والمسافر هنالك اي فيما اذا كان الموكل مريضا ومسافرا لعجز المريض بالمرض وعجز المسافر بالغيبة فلو لم يسقط عنهما الجواب لزم الحرج وهو منتف بالنص قال الله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج اقول ههنا شئ وهو ان ما ذكره المصنف رد من الفرق انما يفيد في صورة ان كان التوكيل من جانب المدعي عليه دائما في صورة ان كان من جانب المدعي فلا لان الجواب غير مستحق على المدعي سواء كان صحيحا مقيما او مريضا مسافرا فان الجواب انما يجب على من يجبر على الخصومة لا على من لا يجبر عليه مع ان المسألة عامة للصورتين معا كما تحققته فكان ينبغي ان يراد عليه ان يقال وان توقع الضرر اللازم بالمرض والسفر من الموت وافات التأخير اشد من الضرر اللازم بتفاوت الناس في الخصومة فيحتمل الادنى دون الاعلى وفي فتاوى قاضيخان واجمعوا على ان الوكيل لو كان غائبا او في مدة السفر او كان مريضا في المصر لا يقدر ان يمشي على قدميه الى باب القاضي كان له ان يوكل مدعيا كان او مدعى عليه وان كان لا يستطيع ان يمشي على قدميه ولكنه يستطيع ان يمشي على ظهر دابة او ظهر انسان فان ازداد مرضه بذلك صح التوكيل وان كان لا يزداد اختلفوا فيه قال بعضهم هو على الخلاف ايضا وقال بعضهم له ان يوكل وهو الصحيح انتهى تم كما يلزم التوكيل عنده اي عند ابي حنيفة رح من المسافر يلزم اذا اراد السفر لتحقق الضرورة اذ لو لم يلزم يلحقه الحرج بالانقطاع عن

ولو كانت المرأة محدودة لم تجز مباشرتها بالبروز وحضور مجلس الحاكم قال الزاهد ... يلزم توكيل

مضاربة وفي فتاوى قاضيخان ولا يجوز للمسافر في مدة السفر ان يوكل غيره على الخصم بخلاف من اراد ان يخرج الى السفر لكن لا يصدق انه يريد السفر ولكن ينظر الى مدة وعدة حتى او ينال عن يمين ان يخرج فخرج فسافر قليلا ثم رجع لم يحنث وهو كالمقيم اذا خرج الى السفر ثم رجع قبل ان يسافر ولو كانت المرأة محدودة فتكلفت بمباشرات المشايخ في تفسير المحدودة فقال بعضهم التي لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجالس القاضي وقال الامام البزدوي هي التي لا يراها غير المحارم واما التي جلست على الصفة وراء الاواجب لا يكون محدودة فاختار هو وصدر الاسلام حيث قال لم تجر عادتها بالخروج وحضور مجلس الحاكم فان هذه الصفة كانت محدودة جارية بحر وفي التحرير اما قال البزدوي ازلوبه الامام ابا بكر الجصاص احمد بن علي الرازي صاحب التصانيف الكثيرة في الاصول والفروع واحكام القرآن واليه انتهت رياسة اصحاب ابي حنيفة ببغداد وتوفي الشيخ ابو الحسن الكرخي وكانت ولادته سنة خمس وتسعين ومائتين ومات سنة سبعين وثلثمائة يلزم التوكيل اي يلزم التوكيل منها بالارض الخصم ويعذر من عذر الى السفر لانا لو لم نعتبر ان نتفق جميعا احيانا فيلزم توكيلها وفي الخروج فلو وكلت بالخصومة فوجب عليها اليمين فهي لا تعرف بالخروج ومخاطبة الرجال في الخارج بيعث الحاكم اليها ثلثة من العدول يستحلفها احدهم واثنان الآخران على حلفها وكذا في المريضة اذا وجب عليها يمين لان الغيبة لا تجز في الايمان بخلاف الشهود ذكر الشهيد رحمه الله وبه قال الفقيه ابو جعفر القاضي وذكر فيه وان كان بيعث الى المحدودة والمريضة اولى المريض فانه يفصل الخصومة بينهما لكن يجوز ان مجلس المحدودة كما ذكر في معراج الدراية وغيره قال رضي الله عنه اي قال احمد وهذا اي ما قاله الرازي هو المختار عند المتأخرين وفي فتاوى قاضيخان ويجوز للمرأة المحدودة ان توكل وهو التي لم تجر العادة بخروج مثلها الى مجلس القاضي وان كانت اويتا كذا ذكره ابو بكر الرازي وقال الشيخ الامام المعروف بخواهر زاده وظاهر المذهب ان عند ابي حنيفة رح اطلاق الاختلاف ليفتى بما شاء وعامة المشايخ اخذوا بما ذكره ابو بكر الرازي وعامة الفقهاء انتهى قال اي القدوري في مختصره ومن شرط الوكيل ان يكون الموكل ممن يملك التصرف قيل هذا على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله واما على قول ابي حنيفة رح فالشرط ان يكون التوكيل صالحا بما يملكه الوكيل فاما كون الموكل مالكا للتصرف فليس بشرط حتى يجوز عندنا توكيل المسلم الذمي بشراء الخمر والخنزير وتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد وقيل المراد به ان يكون الموكل مالكا للتصرف نظرا الى اصل التصرف وان امتنع لعارض وبيع الخمر يجوز للمسلم في الاصل وانما امتنع بعارض الهى كذا في الكافي والكفاية والتبيين قال صاحب النهاية في تفسير قوله ممن يملك التصرف اي ممن يملك ذلك التصرف الذي وكل الوكيل به وقال قد ذكرناه في اوائل كتاب الوكالة ومن جملة ما ذكرناه هناك التقييد الذي وقع على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله واما على قول ابي حنيفة رح فمن شرط الوكالة كون التوكيل صالحا بما يملكه الوكيل فاما كون الموكل مالكا لذلك التصرف الذي وكل الوكيل به فليس بشرط ثم قال فان قلت اين ذكر هذا التفصيل على ما ذكره في الكتاب ما ذكره في التحرير بقوله واذا قال الرجل لغيره وكل عبدي هذا وعبد بعبدا وقال اشتر لي به عبدا صح التوكيل بهذا وان لم يصح مباشرة الموكل في مثل هذا التصرف فان من قال لغيره بعتك هذا العبد بعبد او قال اشتريت منك هذا العبد بعبد لا يجوز فثبت انه جاز ذلك في التوكيل ولم يجز في مباشرته لوجود المعنى الفارق بينهما وهو ان الجهالة انما تمنع عن الجواز لافضائها الى المنازعة واما اذا لم تود اليها فلا تمنع كما في بيع قفيز من صبرة طعام او شراء ثم جهالة الوصف في التوكيل لا تفضي الى المنازعة لان التوكيل ليس بامر لازم ولا كذلك المباشرة لانها لازمة فتفضي الى المنازعة والمانع من الصحة المنازعة لا نفس الجهالة انتهى كلامه اقول في جوابه بحث لان الفارق المذكور فيه انما افاد لصحة التوكيل في مسئلة الذخيرة وعدم صحة المباشرة فيها وهذا القدر لا يدفع السؤال المذكور بل يقويه لان حاصله ان ما ذكر في الكتاب من شرط الوكالة غير متحقق في مسئلة الذخيرة مع تحقق الشروط فيها والفارق المذكور لا يقرر هذا المعنى كما لا يخفى وقال صاحب العناية قال صاحب النهاية ان هذا التفصيل وقع على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله واما على قول ابي حنيفة رح فمن شرطها ان يكون الوكيل ممن يملك التصرف لان المسلم لا يملك التصرف في الخمر ولو وكل به جاز عند ... فانعا

قوله لانه جهل الخ قيل ان يملك جهلها فكيف يلزم توكيلها قال في فتح القدير وهذا مما استحسنه المتأخرون قال ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف

هذا التوهم انما جعل اللام في قوله يملك التصرف للعهد اي يملك التصرف الذي وكل به واما اذا اجعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازا عن الصبي والمجنون فيكون على مذهب الكل وهو المراد بدليل قوله ممن يملك التصرف حيث لم يقل ان يكون الموكل يملك التصرف فان الانسب بكلمة من جنس التصرف انتهى واورد بعض الفضلاء على قوله فان الانسب بكلمة من جنس التصرف واجاب حيث قال لا يخفى عليك ان مدخول كلمة من هنا قوله من يملك دون التصرف والجواب ان مراده ان المالك للتصرف المخصوص للتعدد حتى يستقيم ادخال من في من يملك انتهى اقول ليس الامر كما زعمه فانا لا نسلم ان المالك للتصرف المخصوص للتعدد الى الاثنين فصاعدا يراعى الحقوق المشتركة بالاكانت او غيره فان كل واحد من اصحابها يملك التصرف فيها قصرا مخصوصا وان وصل مبلغهم في التعدد الى الالف مثلا او كانت دار مشتركة بين كثيرين فلا شك ان كل واحد منهم يملك التصرف فيها لسكنى او غيره ولئن سلمنا ذلك فلا نسلم عدم استقامة ادخال من حينئذ في من يملك فان ذلك انما يوهم لو كانت كلمة من ههنا للتبعيض واما اذا كانت للتبيين كما هو الظاهر في المقام فيستقيم جدا كما لا يخفى ثم ان ما ذكره كله مبني على فهم ان يكون مراد صاحب العناية بكلمة من في قوله فان الانسب بكلمة من جنس التصرف حرف الجر الداخلة على الاسم الموصول والظاهر ان مراده بها نفس الاسم الموصول بدليل قوله يملك التصرف في قوله حيث لم يقل ان يكون الموكل يملك التصرف اذ لو كان مراده حرف الجر لقال حيث لم يقل ان يكون الموكل من يملك التصرف بحذف حرف الجر فقط فوجه الانسبية حينئذ ان الاسم المذكور من سمات المعارف على ما عرف في النحو ومن الفاظ العام على ما عرف في الاصول فيكون المراد به جنس المالك لان الفرد المعين منه ولا شك ان الذي يملكه جنس المالك هو جنس التصرف دون التصرف المعهود ثم قال ذلك البعض ثم ان الانسبية قد فاتت في قوله ويقصده كما لا يخفى اقول هذا ايضا ليس بسديد فان قوله ويقصده وان لم يكن مقرونا بكلمة من صراحة لكنه مقرون بها حكما فانه معطوف على ما هو في حيز كلمة من وهو قوله يعقل العقد في قوله ممن يعقل العقد ولا شك ان المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر الى ما قبله على ما تقرر في علم الادب فقد حصلت الانسبية المذكورة هناك ايضا ثم ان حمل التصرف في قول القدوري ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف على جنس التصرف دون التصرف الذي وكل به مما سبق اليه صاحب غاية البيان حيث قال قيل لا يستقيم هذا الشرط الا على مذهب ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لانه لو كان شرط الوكالة ان يكون الموكل مالكا للتصرف على مذهب ابي حنيفة رح لم يجز ان يوكل المسلم الذمي بيع خمر او شرائها وهو جائز على مذهب ابي حنيفة رح مع ان المسلم لا يملك التصرف بنفسه فعلم ان ليس الشرط على مذهبهما الشرط عنده ان يكون الوكيل مالكا لذلك التصرف الذي وكل به ثم قال قلت هذا الشرط الذي شرطه القدوري يستقيم على مذهب الكل وانما خص هذا القائل الاستقامة على مذهبهما لانه لا يدرك كنه كلام القدوري اذ مضمون كلامه ان الوكالة لما شرطت في الموكل وشرط في الوكيل فالاول ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام والثاني ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده ومعنى قوله ان يكون ممن يملك التصرف ان يكون له ولاية شرعية على جنس التصرف بالاهلية لنفسه بان يكون عاقلا بالغا على وجه يلزمه حكم التصرف وهذا المعنى حاصل في توكيل المسلم الذمي في الخمر والخنزير بيعا وشراء لان المسلم اهل لان يكون عاقلا بالغا له ولاية شرعية على جنس التصرف على وجه يلزمه حكم التصرف فيما تصرف بولاية والشرط الآخر وهو ان يعقل العقد ويقصده حاصل في التوكيل ايضا وهو الذمي لانه يعقل معنى البيع والشراء ويقصده فصح الشرط اذن على مذهب الكل والحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا ان هدانا الله الى هنا كلامه ورد عليه الشارح ابن الهمام حيث قال قيل انما يستقيم الشرط الاول على قوله لا على قوله فلانه يجيز توكيل المسلم الذمي بيع خمر وشرائها والمسلم لا يملكه اجاب بعضهم بان المراد بملك التصرف ان يكون له ولاية شرعية في جنس التصرف بالاهلية لنفسه بان يكون عاقلا بالغا وهذا حاصل في توكيل المسلم الذمي بيع خمر وشرائها ثم حمد الله على ما هداه لذلك وهو خطأ اذ يقتضي ان لا يصح توكيل الصبي المأذون لعدم البلوغ وليس كذلك اذ الوكيل الصبي المأذون يصح بعد ان يعقل معنى البيع

ويلزمه الاحكام لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد من ان يكون الموكل مالكا يملكه من غيره ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده لان مقام الموكل

انتهى كلامه اقول ماذهب اليه صاحب العناية هنا ليس بشئ ان يقال له هو خطأ يسجر وما ذكره ابن الهمام فان الذى يسبق في توجيه المقام هو قوله المراد بملكه التصرف ان يكون له ولاية شرعية في جنس التصرف بأهلية نفسه وهذا لا يقتضى ان لا يصح توكيل الصبى المأذون كما لا يخفى على العارف بحكم الصبى المأذون على مذهبنا في فصله واما قوله بان يكون عاقلا بالغا فمفصلة من التوجيه ذكره لبيان المقصود بالشرط المذكور هو الاحتراز عن المجنون والصبى المجور واما الصبى المأذون فكونه بمنزلة البالغ في عامة التصرفات معلوم في محله فهو في حكم المستثنى وعن هذا ترى الفقهاء في كل عقد جعلوا العقل والبلوغ شرطا وقصدوا فيه الاحتراز عن الصبى والمجنون لم يستثنوا الصبى المأذون عنه صراحة ويلزمه الاحكام قيل هذا احتراز عن الوكيل فان الوكيل ممن لا يثبت له حكم تصرفه وهو الملك لان الوكيل بالشراء لا يملك المبيع والوكيل بالبيع لا يملك الثمن فلذلك لا يصح توكيل الوكيل غيره وقيل هو احتراز عن الصبى والعبد المحجورين فانهما لو اشتريا شيئا لا يملكانه فلذلك لم يصح توكيلهما كذا في اكثر الشروح قال صاحب غاية البيان للقيل الثانى وهذا هو الاصح من الاول ولم يبين وجهه وقال صاحب العناية قوله ويلزمه الاحكام يحتمل احكام ذلك التصرف وجنس الاحكام فالاول احتراز عن الوكيل اذا وكل فانه يملك ذلك التصرف دون التوكيل به لانه لم يلزمه الاحكام وعلى هذا يكون في الكلام شرطان والثانى احتراز عن الصبى والمجنون ويكون ملك التصرف مدلول الاحكام شرطا واحدا وهذا اصح لان الوكيل اذا اذن له بالتوكيل صح ولم يلزمه احكام ذلك التصرف فان قلت اذا جعلتهما شرطا واحدا لزمك الوكيل فانه ممن يملك جنس التصرف ويلزمه جنس الاحكام ولا يجوز توكيله قلت غلط لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط لا سيما مع وجود المانع وهو فوات رأيه انتهى كلامه لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل تحصيل لاشتراط ما شرطت الوكالة به يعنى ان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل لكونه نائبا عنه فيكون التوكيل تمليك التصرف وتمليك التصرف ممن لا يملكه محال فلا بد ان يكون الموكل مالكا لذلك التصرف ليملكه من غيره قال صاحب العناية ولقائل ان يقول الوكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل والتصرف الذى وكل فيه والثانى مسلم ونمنع تو كيل المسلم الذمى بيع الخمر والاول ممنوع فانه يملكه بالهمية ولهذا لو تصرف لنفسه صح والجواب ان الوكيل من حيث هو وكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل على ان الملك يثبت له خلافة عن الوكيل فيما تصرف فيه بطريق الوكالة وتصرفه لنفسه ليس بطريق الوكالة ولا الكلام فيه ولا نا فيه ايضا بجواز ان تثبت شئ بامرين على البدل انتهى اقول في جوابه نظر لان كون الوكيل من حيث هو وكيل مالكا لجنس التصرف من جهة الموكل انما يتوهم في التوكيل تصرف لا بعينه بان قال اصنع ما شئت او اعمل برأيك واما في التوكيل بتصرف بعينه كما نحن فيه من مادة النقض توكيل مسلم ذميا ببيع خمر فلا يتصور ذلك قطعا اذ لا شك ان الوكيل هناك انما يملك من جهة الموكل التصرف المعين المعهود الذى وكل به وهو بيع الخمر لا جنس التصرف هكذا مطلقا والاصح له ان يتصرف هناك تصرف آخر كان وهب الخمر التى وكل ببيعها الذمى او يشترى لها منه شيئا او نحو ذلك من مجنس التصرفات وليس كذلك قطعا والحق عندى في الجواب ان يختار الشق الثانى وهو ان الوكيل يملك التصرف الذى وكل به من جهة الموكل ويدفع النقض المذكور بحمل ما في الكتاب على قول ابى يوسف ومحمد رحمهما الله او بناء ذلك على الاصل فان بيع الخمر جائز للمسلم في الاصل وانما امتنع بعارض انتهى وقد ذكرنا كلام الوجهين في صدر الكلام نقلا عن الكتب المعتبرة ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد بان يعرف مثلا ان البيع سالب والشراء جالب ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش وكذا ذكر في ماذون الذخيرة وفي اكثر المعتبرات وهو احتراز عن الصبى الذى لم يعقل والمجنون ويقصده اى يقصد العقد والا فان لا يكون هازلا فيه كذا راى جمهور الشراح ورد عليهم الشارح ابن الهمام حيث قال بعد نقل قولهم اى ارتباط بين صحة الوكالة وكون الوكيل هازلا في البيع ولو كان في بيع ما وكل ببيعه غابنا ان لا يصح ذلك البيع والوكالة صحيحة انتهى اقول يخرج الجواب عنه مما ذكره الشارح تاج الشريعة ههنا حيث قال القصد شرط وقوع العقد عن الآخر حتى لو تصرف هازلا لا يقع عنه انتهى فتامل وانما اشترط ذلك في الوكيل لانه يقوم مقام الموكل في

يشترط فيه ان يعقل العبارة حتى لو كان صبيا لا يعقل او مجنونا كان التوكيل باطلا ولو وكل الحر العاقل البالغ او المأذون بشراء ما جاز لان الوكيل يملك التصرف لتوكيل او اهل العبارة ولان وكل صبيا محجورا يعقل البيع والشراء او عبدا محجورا جاز ولا تتعلق الحقوق وتتعلق بهما من الصبي او اهل العبارة الا ترى انه ينفذ تصرفه باذن وليه وطلبه من اهل التصرف على نفسه ولان له ولاية في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه لانه لا يتم منهما التزام العهدة اما الصبي لقصور اهليته والعبد لحق سيده فتلزم الموكل

فلا بد ان يكون من اهل العبارة واهلية العبارة لا يكون الا بالعقل والتمييز لان كلام غير المميز كالعدم حتى لو كان اي الوكيل صبيا لا يعقل او مجنونا كان التوكيل باطلا اذ ليس لهذا الاهلية العبارة فلا تتعلق بقبولها حكم قال صاحب العناية وهذا اشارة الى ان معرفة البين اليسير من الفاحش ليس بشرط في صحة التوكيل لكن ذكر في الكتب ان ذلك شرط وهو مشكل لانهم اتفقوا على ان توكيل الصبي العاقل صحيح ومعرفة ما زاد على درهم في المتاع ودرهم في الحيوان ودرهم وازدرهم في العقار او ما دخل تحت تقويم المقومين مما لا يطلع عليه احد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه انتهى اقول فيه بحث لانه ان اراد ان معرفة نفس البين الفاحش الداخل تحت احد التقديرين المذكورين مما لا يطلع عليه احد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه مسلم لكن الاشتغال بعلم الفقه شروع اذ لا شك ان من لا يمارس العلم اصلا فضلا عن الاشتغال بعلم الفقه لم يعرف باختلاطه بالناس وتعاملهم ان ما زاد على درهم داخل تحت تقويم المقومين او ما زاد على درهم في المتاع ودرهم وازدرهم في الحيوان ودرهم ودوازده في العقار غبن فاحش وما دون ذلك غبن يسير كما هو حال اكثر اهل السوق وان اراد ان معرفة عبارات اهل الشرع في البين الفاحش واليسير واصطلاحاتهم فيه مما لا يطلع عليه احد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه فمسلم لكن لا يجدي ذلك شيئا اذ لا يخفى ان المراد بما ذكر في الكتب معرفة البين اليسير من الفاحش على الوجه الاول دون الثاني واذا وكل الحر البالغ او المأذون مثلهما جاز نبه الفاظ القدوري في مختصره وكان ينبغي ان يقيد بالعاقل ايضا لان المجنون اذا وكل غيره لا يجوز وكانه انما لم يقيد بذلك بناء على الغالب لان غالب احوال الانسان ان يكون عاقلا او بناء على ان اشتراط العقل مما يعرفه كل احد وانما اطلق المأذون ليشمل العبد والصبي المأذونين فان توكيل كل واحد منهما غير جائز كسائر تصرفاتهم ان بغير منحصر في المثلية في صفة الحرية والرقية بل يجوز له ان يوكل من فوقه كتوكيل العبد المأذون الحر او من دونه كتوكيل الحر العبد المأذون الا يرى ان التعليل بقوله لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة يشمل الاوجه الثلثة من المثلية والفوقية والدونية كما ذكر في النهاية ومعراج الدراية وعن هذا قال صدر الشريعة في شرح الوقاية ولو قال كلا منهما كان اشمل لتناوله توكيل الحر البالغ مثله والمأذون وتوكيل المأذون مثله او الحر البالغ انتهى وصاحب العناية قد رام توجيه الكلام في هذا المقام حيث قال ويفهم من قوله مثلهما جواز توكيل من كان فوقهما بالطريق الاولى اقول لا يذهب عليك انه لا يجدي كثير طائل اذ يبقى حينئذ جواز توكيل من كان دون الموكل محلا للكلام على ان قوله من كان فوقهما لا يخلو عن سماجة اذ لا احد فوق الحر البالغ

وان وكل اي الحر البالغ والمأذون صبيا محجورا عليه يعقل البيع والشراء او عبدا محجورا عليه جاز خلافا للشافعي رح ولا تتعلق بهما الحقوق اي حقوق ما باشره من التقاضي والمخاصمة حيث لا عهدة عليهما فيما فعلاه وتتعلق بموكلهما وانما جاز توكيلهما عندنا لانتقاد ما يمينه اما من جانب الموكل فظاهر واما من جانب الوكيل فلما ذكره الصنع بقوله لان الصبي من اهل العبارة الا يرى انه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له اي للتصرف على نفسه ولهذا صح طلاقه واقراره بالحدود والقصاص وانما لا يملكه اي التصرف في حق المولى دفعا للضرر عنه والتوكيل ليس تصرفا في حقه اي في حق المولى لان صحة التوكيل تتعلق بصحة العبارة والعبد باق على اصل الحرية في حق صحة العبارة فان صحتها بكونه آدميا الا انه لا يلتزم منها اي من الصبي والعبد المحجور عليهما التزام العهدة الصبي لقصور اهليته اي اهلية الصبي المحجور عليه فلقصور الاهلية بعدم البلوغ والعبد لحق سيده اي واما العبد المحجور عليه فلثبوت حق سيده في ماليته فلو لزمه العهدة لتضرر به المولى واذا كان كذلك فلزم اي العهدة الموكل لانه اقرب الناس اليهما حيث انتفع بتصرفهما ويفهم من هذا التعليل ان العبد اذا اعتق لزمه العهدة لان المانع من لزومها كان حق المولى وقد زال وذلك بالعتق وان الصبي اذا بلغ لم يلزمه العهدة لان المانع من لزومها كان قصور الاهلية حيث لم يكن قوله ملزما في حق نفسه في ذلك الوقت فلم يلزمه بعد البلوغ الينا والفرق بينهما بهذا الوجه ما ذكره صريحا في المبسوط وشرح الجامع الصغير للامام قاضيخان ثم ان في تقييد الصبي والعبد بقوله محجورا عليه اشارة الى انهما لو كانا مأذونين تتعلق الحقوق بهما لكن ذلك ليس بمطلق بل فيه تفصيل ذكر في الذخيرة وهو ان الصبي المأذون اذا وكل بالبيع فباع

وعن ابي يوسف ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي او مجنون او مجبور له خيار الفسخ لانه دخل في العقد على ظن ان حقوقه تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب **قال** والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل وقال الشافعي رح تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار كالرسول والوكيل في النكاح **لنا** ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا وكذا حكما لانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان سفيرا عنه لما استغنى عن ذلك كالرسول واذا كان كذلك كان اصيلا في الحقوق فيتعلق حقوق العقد به ولهذا قال في الكتاب يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه ولان كل ذلك من الحقوق

لزمه العهدة سواء كان الثمن حالا او مؤجلا واذا وكل بالشراء فمان وكل بالشراء بثمن مؤجل لم يلزمه العهدة قياسا واستحسانا بل تكون العهدة على الآمر حتى ان البائع يطالب الآمر بالثمن لان ما يلزمه من العهدة ضمان كفالة لا ضمان ثمن لان ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن في المشتري وهذا ليس كذلك انما هذا التزام مالا في ذمته استوجب مثل ذلك على موكله وهذا هو معنى الكفالة والصبي المأذون يلزمه ضمان الثمن لا ضمان الكفالة واما اذا وكل بالشراء بثمن حال فالقياس ان لا يلزمه العهدة وفي الاستحسان تلزمه لان ما التزمه ضمان ثمن حيث ملك المشتري من حيث الحكم فالتحقيه بالثمن حتى يستوفي من الموكل كما لو اشترى لنفسه ثم باع منه والصبي المأذون من اهل ذلك بخلاف ما اذا كان الثمن مؤجلا لانه بالقبض من الثمن لا يملك المشتري لا من حيث الحقيقة ولا من حيث الحكم لانه لا يملك حبسه بذلك فكان ضمان كفالة من حيث المعنى والجواب في العبد المأذون اذا وكل بالبيع والشراء على هذا التفصيل ثم ان الصبي والعبد المحجورين وان لم تتعلق بهما الحقوق فلقبضهما الثمن وتسليمهما المبيع اعتبارا لما ذكر في الكتاب من بعد فصل الشراء في التوكيل بعقد السلم حيث قال والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيجوز قبضه وان كان لا تتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه انتهى وعن ابي يوسف رح ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي او عبد وفي بعض النسخ او مجنون فقيل المراد به مستحب ويليق وقيل على حاشية نسخة المصنف محجور بمقام مجنون قال صاحب الكفاية عند نقل هذين القولين وفي الكافي للعلامة النسفي ثم علم انه صبي محجور او عبد محجور فالظاهر ان قوله مجنون تصحيف انتهى له خيار الفسخ اي للمشتري خيار الفسخ في هذه الصورة لانه اي لان المشتري دخل في العقد على ان حقوقه تتعلق بالعاقد يعني ان المشتري ما رضي بالعقد الا على اعتقاد ان حقوقه تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه تخير لانه فاتت عنه وصف مرغوب فصار كما اذا عثر اي اطلع على عيب اي على عيب لم يرض به والجامع بينهما عدم الرضا في ظاهر الرواية لا خيار للمشتري وللبائع ذكره تاج الشريعة قال اي القدوري في مختصره والعقود التي يعقدها الوكلاء على ضربين وقال في بعض نسخه والعقد الذي يعقده الوكلاء اي جنس العقد كذا في غاية البيان كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه اي يضيف حقوقه اليها ويستغني عن اضافته الى الموكل كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل اقول هذه الكلية تنتقض بما اذا كان الوكيل صبيا محجورا عليه او عبدا محجورا عليه فان حقوق عقدهما تتعلق بالموكل وان كان العقد مما يضيفه الوكيل الى نفسه كما عرفته فيما مر وقال الشافعي رح تتعلق بالموكل وبه قال مالك واحمد لان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار اي صار الوكيل في هذا الضرب كالرسول بان قال رجل لآخر كن رسولي في بيع عبدي وحقوق العقد تتعلق بالرسول بلا خلاف والوكيل بالنكاح اي وصار كالوكيل بالنكاح من الضرب الثاني فان حقوق عقد النكاح تتعلق بالموكل بالاتفاق كما سيجيء **ولنا** ان الوكيل هو العاقد يعني ان الوكيل في هذا الضرب هو العاقد حقيقة اي من حيث الحقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته اي وصحة عبارة العاقد اي وصحة كلامه لكونه آدميا له اهلية الايجاب والاستيجاب لا لكونه وكيلا فكان العقد الواقع منه له ولغيره سواء وفي الكافي فقضيته ان يستغني ان يكون الحامل بالتصرف واقعا له غير ان الموكل لما استنابه في تحصيل الحكم جعلناه نائبا في حق الحكم وراعينا الاصل في الحقوق وكذا حكما اي وكذا الوكيل في هذا الضرب واقعا من حيث الحكم لانه اي الوكيل يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان سفيرا عنه ما استغنى عن ذلك اي عن اضافة العقد الى الموكل كالرسول والوكيل بالنكاح فانهما لا يستغنيان عن الاضافة اليه واذا كان كذلك اي اذا كان الوكيل في هذا الضرب هو العاقد حقيقة وحكما كان اصلا في الحقوق فتتعلق به اي تتعلق الحقوق بالوكيل دون الموكل فهذا اي فلكون الوكيل في هذا الضرب اصلا في الحقوق قال في الكتاب اي قال القدوري في المختصر قيل اي قال محمد رح في الجامع الصغير والمبسوط يسلم المبيع اي يسلم الوكيل المبيع ويقبض الثمن اذا باع ويطالب بصيغة المجهول اي يطالب الوكيل بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع اي ويقبض المبيع اذا اشترى ويخاصم في العيب يخاصم فيه بفتح الصاد في الاول وكسره في الثاني فالاول فيما اذا باع والثاني فيما اذا اشترى على الترتيب السابق واعلم ان هنا فائدة جليلة يجب التنبيه

والملك يثبت للموكل خلافة عنه اعتبارا للتوكيل السابق وكالعبد يهب ويصطاد ويحتطب هو الصحيح قال رضي الله عنه وفي مسئلة العيب تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى

لما قدم ذكر اصدار الشريعة في شرح الوقاية حيث قال يجب ان يعلم ان الحقوق نوعان حق يكون للوكيل وحق يكون على الوكيل فالاول كقبض المبيع ومطالبة ثمن المشتري والخاصمة في العيب والرجوع بثمن المستحق ففي هذا النوع للوكيل ولاية هذه الامور لكن لا تجب عليه فان امتنع لا يجبر والموكل على هذه الافعال لانه متبرع في العمل بل يوكل الموكل بهذه الافعال وسياتي في كتاب الشارة بعض هذا وان مات الوكيل فولاية هذه الافعال لورثته فان امتنعوا وكلوا الموكل وارثهم وعند الشافعي رح للموكل ولاية هذه الافعال بلا توكيل من الوكيل او وارثه وفي النوع الآخر يكون الوكيل مدعى عليه فللمدعي ان يجبر الوكيل على تسليم المبيع وتسليم الثمن وانواعها الى هنا كلامه والملك يثبت للموكل خلافة عنه اي عن الوكيل هذا هو جواب عما قاله الشافعي رحمه الله ان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه تقريره ان الملك يثبت للموكل ابتداء لكن لا اصالة حتى يثبت له توابعه ايضا بل خلافة عن الوكيل ومعنى الخلافة ان يثبت الملك للموكل ابتداء وينعقد السبب موجبا حكمه للوكيل فكان الموكل قائما مقام الوكيل في ثبوت الملك اعتبارا للتوكيل السابق والحاصل ان الوكيل خلف عن الموكل في حق استفادة التصرف والموكل خلف عن الوكيل في حق ثبوت الملك كالعبد يهب ويصطاد فانه اذا اتهب اي قبل الهبة واصطاد يثبت الملك للمولى ابتداء وخلافة عن العبد فان مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب كما ذكرنا في المبسوطة وتحقيق المسئلة ان التصرف الوكيل جهتين جهة حصوله بعبارته وجهة نيابته واعني اما دلو بوجه اولى من اهمال احدهما فلو اثبتنا الملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى القياس لحصولها بعبارته والاهلية لبطل توكيل الموكل ولو اثبتناها للموكل لبطل عبارة الوكيل فاثبت الملك للموكل لانه الغرض من التوكيل والبه اشار المصنف بقوله اعتبارا للتوكيل السابق فتعين تعلق الحقوق للوكيل ويجوز ان يثبت الحكم لغير من انعقد له السبب كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد فان مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب كذا في العناية

ثم اعلم ان هذا المسلك طريقة اباطاهر الدباس والبه ذهب جماعة من اصحابنا قال شمس الائمة السرخسي قول ابي طاهر اصح وقال المصنف رح هو الصحيح واشار به عن طريقة ابي الحسن الكرخي وهي ان الملك يثبت للوكيل اولا ثم ينتقل الى الموكل والبه ذهب بعض اصحابنا وهي اختيار الامام قاضيخان كما ذكره في التحرير وانما قال هو الصحيح لان الوكيل اذا اشترى مملوكة او قريبه لا يفسد النكاح ولا يعتق عليه ولو ثبت له الملك لما كان كذلك قال صاحب العناية ان نفوذ العتق يحتاج الى ملك مستقر ولا دائم وملك الوكيل غير مستقر ولا دائم فيه بل يزول عنه في ثاني الحال وينتقل الى الموكل باعتبار الوكالة السابقة قال في الزيادات فيمن تزوج امة ثم حرة على رقبتها فاجاز مولاها فانه تصير الامة مهرا للحرة ولا يفسد النكاح وان ثبت الملك للزوج فيها لان ملكه غير مستقر حيث ينتقل منه الى الحرة فكذلك ههنا انتهى وقال صاحب العناية بعد ذكر هذا الجواب وفيه نظر لانه يخالف اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم عتق عليه الحديث انتهى اقول الجواب عن هذا النظر ظاهر اذ قد تقرر عندهم ان المطلق ينصرف الى الكامل ولا شك ان الملك الكامل هو الملك المستقر فلا يعتق قال الصدر الشهيد ان القاضي اباز يد خالفهما وقال الوكيل نائب في حق الحكم اصيل في حق الحقوق فان الحقوق تثبت له ثم ينتقل الى الموكل من قبله ووافق اباالحسن في حق الحقوق ووافق اباطاهر في حق الحكم وهذا احسن كذا ذكره في الايضاح والفتاوى الصغرى قال رضي الله عنه اي قال المصنف وفي مسئلة العيب تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى اراد به ما ذكره في باب الوكالة بالبيع والشراء بقوله واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب ما دام المبيع في يده وان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه كذا في عامة الشروح قال بعض الفضلاء التقرير عليه قصور بل الظاهر عموم الحوالة لما نذكره في فصل في البيع بقوله ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن اولم يقبض فرده عليه المشتري بعيب الخ اقول الذي يتعلق بما نحن فيه من تعلق حقوق العقد بالوكيل دون الموكل من المسائل الآتية في الكتاب انما هو الذي ذكر في الشارح ههنا فان الوكيل اذا اشترى شيئا ثم اطلع على عيب فله ان يرده على بائعه بمقتضى تعلق حقوق عقد الشراء بالوكيل ثم بعد هذا ان بقي المبيع في يده يبقى حق الرد له وان

قال وكل عقد يضيفه الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها لان الوكيل فيها سفير محض كما ترى انه لا يستغنى عن اضافة العقد الى الموكل ولو اضافه الى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول وهذا لان الحكم في هذه العقود يتعلق بالمباشر لان الفضل عن السبب لانه اسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيرا والضرب الثاني من اخواته العتق على مال

وان لم يسق في يده بل كان سلمه الى الموكل ليسقط ذلك الحق عنه لانتهاء حكم الوكالة بالتسليم فيتوقف الرد على اذن الموكل ولما لم يعلم هذا التفصيل ههنا وكان مما يحتاج الى بيانه احاله المصنف على ما سيذكره في فصل الوكالة بالشراء من باب الوكالة بالبيع والشراء وهو الذي نذكره في فصل الوكالة بالبيع بقوله ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن او لم يقبض فرد عليه المشتري بعيب الخ فما لا مساس له بما نحن فيه فان حاصل ذلك انه اذا رد العبد على الوكيل بالبيع بعيب فان رد عليه بحجة كاملة برد على الموكل ان رد عليه بحجة قاصرة لا يرد عليه وهذا امر وراء تعلق حقوق العقد بالوكيل يجري بين الموكل والوكيل ولا اشكال ان المقصود بالحوالة ما تعلق بما نحن فيه لا ما تعلق بمسألة العيب فاندفع ما توهمه الشارح لما توهمه ذلك القائل قال اي القدوري في مختصره وكل عقد يضيفه اي يضيفه الوكيل الى موكله نحو ضابطة الضرب الثاني اي كل عقد لا يستغني الوكيل فيه عن الاضافة الى الموكل كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فرع على ذلك بقوله فلا يطالب بتسليم المبيع ولا بقبض الثمن وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها اي تسليم المرأة الى زوجها لان الوكيل فيها اي في هذه العقود سفير محض اي سفير محض حاك قول الموكل ومن حكى قول الغير لا يلزمه حكم قول ذلك الغير الا ترى انه اي الوكيل لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل كيف ولو اضافه الى نفسه كان النكاح مثلا له اي للوكيل نفسه فيخرج عن حكم الوكالة والكلام فيه فصار كالرسول يعني اذا كان الوكيل في هذا الضرب سفيرا محضا فقد صار كالرسول في باب البيع ونحوه ولا شك ان الحكم في الرسالة يرجع الى المرسل دون الرسول وهذا اي كون الحقوق في هذا العقود متعلقة بالموكل دون الوكيل وهذا على ما هو داب المصنف في كتابه هذا من انه يقول بعد ذكر دليل على مدعى وهذا لان الخ ويريد به ذكر دليل آخر لمي بعد ان ذكر دليلا انيا فههنا لما بين انية كون الحقوق في هذه العقود متعلقة بالموكل دون الوكيل بكون الوكيل فيها سفيرا محضا غير مستغن عن اضافة العقد الى الموكل اراد ان يبين المتية ايضا بقوله لان الحكم فيها اي في هذه العقود لا يقبل الفصل عن السبب حتى لم يدخل فيها خيار الشرط اذ الخيار يدخل على الحكم فيوجب تراخيه عن السبب وهذه العقود لا تقبل ذلك لانه اي لان السبب في هذه العقود اسقاط اي من قبيل الاسقاطات المانعة من غير النكاح فظاهره ما في النكاح فان محل النكاح الانثى من بنات آدم وهن في الاصل خلقتا احرار والحرية تدعى انتفاء ورود الملك على من اتصف بها الا ان الشارح اثبت نوع ملك على الحرية بالنكاح تحقيقا لمعنى النص فكان في ذلك استقاط لمعنى المالكية الذي كان ثابتا للحرة بطريق الاصالة كذا نقل عن العلامة شمس الدين الكردري ولان الاصل في الابضاع الحرمة فكان النكاح اسقاطا للحرمة نظرا الى الاصل كذا ذكره في الكافي واذا كان السبب في هذه العقود اسقاطا فيتلاشى اي فيضمحل فلا يتصور صدوره اي صدور السبب بطريق الاصالة من شخص وثبوت حكمه لغيره وكما في الضرب الاول فكان سفيرا اي فكان الوكيل فيما نحن فيه سفيرا محضا فان قلت ليس الكلام في الحكم بل في الحقوق فما فائدة قوله لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب قلت انهم قالوا في الضرب الاول ان الحكم يثبت للموكل خلافة عن الوكيل اعتبارا للموكيل السابق وتتعلق الحقوق بالوكيل اعتبارا لعبارته وههنا اذا لم نفصل الحكم عن العبارة لكونها للاسقاط فاما ان يثبت الحكم للوكيل وينتقل لعبارة الى الموكل والاول باطل لانه يبطل التوكيل وينافي الاضافة الى الموكل فتعين الثاني والباء اشارة بقوله فكان سفيرا والضرب الثاني وهو كل عقد يضيفه الوكيل الى موكله من اخواته اي من افراده التي بينهن اخوة اي مشاركة في الحكم العتق على مال قوله والضرب الثاني مبتدأ موصوف قوله من اخواته خبر مقدم المبتدأ كذا ان وهو قوله العتق على مال والجملة اعني المبتدأ الثاني مع خبره خبر للمبتدأ الاول فحاصل المعنى ومن اخوات الضرب الثاني العتق على مال قال بعض الفضلاء في تفسير كلام المصنف ههنا اي العقود التي ذكرت في الضرب الثاني من اخواتها العتق على مال قال انما فسرنا به لان العتق على مال واخواته من مشمولات الضرب الثاني لا من اخواته اقول لا يذهب على ذي مسكة ان التفسير الذي ذكره ذلك القائل مما لا يساعده التركيب من حيث العربية اصلا فكيف يحمل المعنى عليه اما كون العتق على مال واخواته من مشمولات الضرب الثاني لا من اخواته فانما ينافي اعتبار الاخوة بين الضرب الثاني ومشمولاته وليس لذلك من ضرورات كلام المصنف ههنا لانه يجوز ان يكون

والكتابة والصلح عن الانكار فاما الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول والوكيل بالعبة والتصدق والاعارة والايداع والرهن والاقراض سفير ايضا كان الحكم فيها يثبت بالقبض فانه يلاقي محلا مملوكا للغير فلا يجعل اصيلا وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس وكذا الشركة والمضاربة

اضافة الاخوات الى ضمير الضرب الثاني لكونهما من افراده ويكون التعبير عنها بالاخوات للتنبيه على شاركتها في الحكم كما اشرنا اليه في تفسير قوله من اخواتها نعم لتباين من الاضافة اعتبار الاخوة بين المضاف والمضاف اليه كما في نظائره لكن قرينة المقام صارفة عنه الى ما قلنا فتدبر والكتابة عطف على العتق على مال داخل في حكم الكلام السابق وكذا قوله والصلح على الانكار وانما جعل هذه العقود من قبيل الضرب الثاني لانها من الاسقاطات دون المعاوضات اما العتق على مال والكتابة فلان البدل فيهما بمقابلة ازالة الرق وفك الحجر واما الصلح على الانكار فلان البدل فيه بمقابلة دفع الخصومة واقتداء اليمين في حق المدعى عليه فاما الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول اراد بالصلح الذي هو جار مجرى البيع الصلح عن اقرار فيما اذا كان عن مال بمال فانه مبادلة مال بمال فكان بمنزلة البيع واما اذا كان الصلح عن دم العمد او كان على بعض ما يدعيه من الدين فهو من الضرب الثاني وان كان عن اقرار لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا محضا كما صرح به المصنف في باب التبرع بالصلح والتوكيل به من كتاب الصلح اقول فيه ههنا خطران ما وقع ههنا في الشروح من تفسير الصلح الذي هو جار مجرى البيع بالصلح عن اقرار من غير تقييد بما ذكرناه تقصير في تعيين المرام وتحقيق المقام كيف ولو كان ذلك كافيا ههنا لما عدل المصنف اللفظ اليسير باللفظ الكثير والوكيل بالهبة والتصدق والاعارة والايداع والرهن والاقراض سفيرا ايضا وتفسيره ايضا ما ذكره في الايضاح حيث قال ولو وكل وكيلا بان يهب عبده لفلان او يتصدق به عليه او يعيره اياه او يودعه او يرهنه فقبض الوكيل وفعل ما امره فهو جائز على الموكل وليس للوكيل المطالبة برد شيء من ذلك الى يده ولا ان يقبض الوديعة والعارية ولا الرهن ولا القرض ممن عليه لان احكام هذه العقود انما يثبت بالقبض فلا يجوز ان يكون الوكيل فيه اصيلا لانه اجنبي عن المحل الذي يلاقيه القبض فكان سفيرا او معبرا عن المالك انتهى واشار المصنف الى التعليل المذكور فيه ايضا بقوله لان الحكم فيها اي في العقود المذكورة يثبت بالقبض اي بقبض الموهوب له والمتصدق عليه ونظائرها وانه اي القبض يلاقي محلا مملوكا للغير اي لغير الوكيل فالحكم ايضا يلاقي محلا مملوكا لغير الوكيل وهو الموكل فلا يجعل اي الوكيل اصيلا لكونه اجنبيا عن ذلك المحل بخلاف التصرف التي تقوم بالقول ولا تتوقف على القبض كالبيع وغيره فان الوكيل يجب ان يكون اصيلا فيها لانه اصل في التكلم وكلامه مملوك له قال صاحب العناية فقوله فلا يجعل اصيلا مقتضاه اصيلا في الحكم وليس الكلام فيه ويدفع ذلك بان الحكم اذا لاقى محلا مملوكا لغير الوكيل كان ثابتا للمحل والحقوق فيما يثبت الحكم بالعبارة وحدها فيما لا يقبل الحكم الانفصال عنها انتقلت الى الموكل يجعل العبارة سفارة فيحتاج الى القبض اولى لضعفها في العلية انتهى اقول ما استشكاله بشيء ولا دفعه اما الاول فلانه اذا ثبت ان الوكيل في هذه العقود لم يجعل اصيلا في الحكم ثبت ايضا ما فيه الكلام وهو عدم تعلق الحقوق بالوكيل في هذه العقود فقد كان مبنى تعلق الحقوق بالوكيل في الضرب الاول ثبوت الحكم الذي هو الملك للموكل خلافه ههنا من الوكيل وهذا انما يكون بان يجعل الوكيل اصيلا في الحكم فاذا لم يجعل في العقود المذكورة اصيلا فيه تعين عدم تعلق الحقوق به فيها واما الثاني فلان الباحث على انتقال الحقوق الى الموكل ضمنا لقبول الحكم الانفصال عن العبارة ليس الا كون السبب اسقاطا متلاشيا والسبب فيما نحن فيه ليس من قبيل الاسقاطات كما لا يخفى فلا مساواة فضلا عن الاولوية واما الضعف في العلية فان كان له مدخل فانما هو في حق ثبوت الحكم لا في حق الانتقال فتامل وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس يعني اذا كان الوكيل من جانب الملتمس للتصرفات المذكورة بان وكله بالاستيهاب او الاستعارة او الارتهان او غير ذلك يكون الوكيل سفيرا ايضا فيتعلق الحكم والحقوق كلها بالموكل دون الوكيل لانه لاضافة العقد الى موكله وفي العناية اما اذا قبض الموكل فلا اشكال واما اذا قبض الوكيل فالواجب ان يثبت الحكم للموكل ويتعلق الحقوق بالوكيل لاجتماع القول والقبض ويدفع بانه لا بد له من اضافة العقد الى موكله وهي تحصل بالقبض له فصار كما اذا قبضه بنفسه انتهى وكذا الشركة والمضاربة يعني اذا وكل بعقد الشركة او المضاربة يكون الوكيل سفيرا ايضا وتعلق حقوق العقد بالموكل دون الوكيل اذ لا بد له من اضافة العقد الى موكله حتى لو اضافه الى نفسه يقع عنه لا عن موكله

الا ان التوكيل بالاستقراض باطل استشار من قوله وكذا اذا كان التوكيل من جانب المقرض حتى لا يثبت الملك للموكل فللوكيل ان يمنع الذى استقرضه من الآمر ولو هلك هلك من مال صاحب العناية واعلم انى اعيدلك ههنا ما ذكرته فى اول كتاب الوكالة وازيدك بالتيسير الله تعالى ذكره لكون المقام من معارك الاذهان فاحمد الله تعالى وان سمح ذهنك بخلافه فلا يلومنه فان جهد المقل وسعه التوكيل بالاستقراض لا يصح لانه امر بالتصرف فى مال الغير وانه لا يجوز ورد به التوكيل بالشراء فانه امر بقبض المبيع وهو ملك الغير اجيب بان محله هو الثمن فى ذمة الموكل وهو ملكه وارد بانه هلا جعل محله فى الاستقراض البدل فى ذمة الموكل واجيب بان ذلك محل ايفاء القرض لا الاستقراض فاورد التوكيل بالاتهاب والاستعارة فانه صحيح ولا محل له سوى المستعار والموهوب اذ ليس ثمة بدل على المستعير والموهوب له فيجعل محلا للتوكيل والجواب ان المستعار والموهوب محل للتوكيل بالاعارة والهبة لا الاستعارة والاتهاب وانما محله فيهما عبارة الموكل فانما يتصرف فيهما بجعل ما موجبه الملك عند القبض باقامة الموكل مقام نفسه فان قيل فليكن فى الاستقراض كذلك فالجواب انا اعتبرنا العبارة محلا للتوكيل فى الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد خلفا عن بدل يلزم فى الذمة اذ لم يكن فيما بدل فى الذمة فلو اعتبرناها محلا له فى الاستقراض وفيه بدل معتبر فى الايفاء فى الذمة لزم اجتماع الاصل والخلف فى شخص واحد من جهة عقد واحد والله اعلم بالصواب الى ههنا كلامه اقول فيه بحث اما اولا فلان الدليل الذى ذكره لبطلان التوكيل بالاستقراض وهو الدليل الماخوذ من الذخيرة ومختار جمهور الشراح على ما ذكرنا فى صدر كتاب الوكالة ليس بتام عندى لان التصرف فى ملك الغير والامر به انما لا يجوز لو كان لغير اذن المالك ورضاه كما لو غصب ملك الغير او امر بغصبه واما اذا كان باذنه ورضاه فيجوز قطعا الا يرى ان المستقرض لنفسه يقبض المال المستقرض الذى هو ملك المقرض ويتصرف فيه وكذا المستعير يقبض المستعار الذى هو ملك المعير ويستعمله ولا خلاف لاحد فى جواز ذلك والظاهر ان التوكيل بالاستقراض انما هو الامر بالتصرف فى ملك المقرض باذنه ورضاه لا بالجبر والغصب فينبغى ان يجوز ايضا واما ثانيا فلان ما ذكره فى الرد بالتوكيل بالشراء من انه امر بقبض المبيع وهو ملك الغير ليس بصحيح اذ لا نسلم ان التوكيل بالشراء امر بقبض المبيع بل هو امر بايجاد العقد وقبض المبيع من متفرعات العقد غير داخل فيه فلا يكون الامر بالشراء امرا بقبض المبيع سلمنا ان التوكيل بالشراء امر بقبض المبيع ايضا لكنه امر به بعد ايجاد العقد لا قبله كما لا يخفى والمبيع بعد ايجاد العقد ملك المشترى لا ملك الغير بخلاف الاستقراض فان المستقرض لا يكون ملك المستقرض بمجرد العقد بل بالقبض على ما صرحوا به فالصواب فى تتميم النقض بالتوكيل بالشراء ان يقال انه امر بتملك المبيع الذى هو ملك الغير كما ذكر فى الذخيرة وغيرها واما ثالثا فلانه ان اراد بقوله فى الجواب عن النقض المذكور ان محله هو الثمن فى ذمة الموكل ان محل التوكيل بالشراء هو نفس الثمن فلا نسلم ذلك لان نفس الثمن انما هو محل التوكيل بايفاء الثمن بعد تمام عقد الشراء لا محل التوكيل بالشراء نفسه وان اراد بذلك ان محله هو ايجاب الثمن فى ذمة الموكل كما هو الظاهر من قوله فى ذمة الموكل والمصرح به فى الذخيرة وغيرها فهو مسلم لكن لا يتم حينئذ جوابه عن الايراد الآتى فان معناه حينئذ هو انه هلا جعل محله فى الاستقراض ايضا ايجاب البدل فى ذمة الموكل لا يتيسر الجواب عنه بانه محل ايفاء القرض لان محل ايفائه هو نفس البدل لا ايجابه فى ذمة الموكل بل الجواب الصحيح عنه ما ذكر فى الذخيرة وغيرها من ان البدل فى باب القرض انما يجب فى ذمة المستقرض بالقبض لانعقد القرض فلا بد من تصحيح الامر بالقبض اولا حتى يستقيم الامر بايجاب المثل فى ذمته والامر بالقبض لم يصح بعد لكون المقبوض ملك الغير واما رابعا فلان قوله فى الجواب عن النقض بالاتهاب والاستعارة ان المستعار والموهوب محل التوكيل بالاعارة والهبة لان الاستعارة والاتهاب انما محله فيهما عبارة الموكل غير تام فانه ان قال الوكيل بالاستعارة ان فلانا ارسلنى اليك يستعير منك كذا او قال الوكيل بالاتهاب ان فلانا ارسلنى اليك يتهب منك كذا فانهما فى هذه الصورة كانا متصرفين فى عبارة الموكل ولكنهما لم يخرجا الكلام حينئذ مخرج الوكالة بل اخرجاه مخرج الرسالة والكلام هنا فى حكم الوكالة دون الرسالة

فى الرسالة فيه قال وان طالب الموكل المشترى بالثمن فله ان يمنعه اياه لانه اجنبى عن العقد فى حق سلم الموكل فى الاصل وفيه نظر

فان الرسالة سيجىء فى الاستقراض ايضا حتى ان الوكيل بالاستقراض لو اخرج كلامه مخرج الرسالة فقال ان فلانا ارسلنى اليك يستقرض منك كذا كان له ان يستقرض منه ولا يكون للوكيل ان يمنع ذلك منه كما صرح به فى الذخيرة وغيرها وان قال الوكيل بالاستعارة استعير منك كذا فاعاره ان الموكل فانتهى فى ذلك الصورة جريا على حكم وكالتهما لكنهما لم يكونا مستقرضين فى عبارة الموكل اصلا حيث لم يحكيا عنه كلاما بل انشآ كلاما بانفسهما الا انتهما فيما العقد الى موكلهما كما فى سائر صور الضرب الثانى فلا يتمشى القول بان محل التوكيل فيهما عبارة الموكل على ان ذلك القول منه مخالف صريح ما ذكر فى الذخيرة وايضا كبار الشراح فى مصدر كتاب الوكالة ممن ان الموضوع لنقل العبارة انما هو الرسالة فان الرسول معبر والعبارة ملك المرسل فقد امره بالتصرف فى ملكه باعتبار العبارة واما الوكالة بتعبير موضوعة لنقل عبارة الموكل فان العبارة فيها للوكيل دائما خاصة فان قوله فالجواب انما اعتبرنا العبارة محققا للتوكيل فى الاستعارة ونحوها ممنوع

صحة العقد خلفا عن بدل يلزم فى الذمة الخ ليس بشئ لان اعتبار الخلف عن البدل على تقدير لزومه انما يتصور فى التصرفات التى هى من قبيل المعاوضات اى التصرفات التى هى من قبيل التبرعات فلا وانى فيه من الاستعارة ونحوها من قبيل الثانية فلا معنى لحديث الخلفية ههنا وايضا استحالة اجماع الاصل والخلف انما يقتضى عدم جواز اعتبار العبارة فى الاستقراض خلفا عن بدل لا عدم جواز اعتبارها مطلقا فلم لا يجوز ان تعتبر محللا للتوكيل فى الاستقراض ايضا لضرورة صحة العقد وان لم تجعل خلفا عن بدل الا ترى انهما اعتبرت محللا للرسالة فى الاستقراض ولهذا صحت الرسالة فيه تامل وقال صاحب غاية البيان قال بعضهم فى بيان بطلان استقراض الوكيل ان العبارة للوكيل والحمل الذى امره بالتصرف ملك الغير فان الدراهم التى يستقرضها الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف فى ملك الغير باطل قلت هذا الذى قال يطل بالتوكيل بالاستعارة فانه صحيح مع ان الموكل امره بالتصرف فى ملك الغير وليس معنى كلام المصنف ما فهمه هذا القائل بل معناه ان الوكيل بالاستقراض اذا اضاف العقد الى نفسه وقال اقترضت كان التوكيل باطلا حتى لا يكون القرض للموكل بل يكون للوكيل الا اذا اضاف العقد الى نفسه وقال اقترضت كذا فالصحيح ان التوكيل باطلا حتى لا يكون القرض للموكل بل يكون للوكيل الا اذا اضاف العقد الى الموكل وبلغ على وجه الرسالة فقال ارسلنى فلان اليك يستقرض كذا فالصحيح الاستقراض ويقع القرض للموكل وليس للوكيل ان يمنع الموكل عنه فافهم ففيه غنى عن تطويل الاطائل تحته انتهى كلامه اقول وفيه بحث اذ لا شك ان معنى قول المصنف وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس ان الوكيل ههنا سفير ايضا لا يتعلق الحقوق العقد بل بموكله لاضافة العقد الى موكله دون نفسه وان قوله الا ان التوكيل بالاستقراض باطل استثنا من قوله وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس كما صرح به الشراح قاطبة ومنهم هذا الشارح فلو كان معنى كلام المصنف ههنا ما فهمه هذا الشارح لما كان للتخصيص الاستثنا وبطلان صورة التوكيل بالاستقراض معنى اذ على ذلك التقدير يصير الحكم كذلك فى جميع صورها اذا كان الوكيل من جانب الملتمس فان كل واحد من المستعير المستوهب والمرتهن ونحو ذلك اذا اضاف العقد الى نفسه لا الى الموكل يبطل الوكالة ويكون ما اخذه لنفسه لا لموكله لان هذه الصور كلها من الضرب الثانى ومن شرط هذا الضرب ان يضيف الوكيل العقد الى موكله فاذا انتفى بطلت الوكالة قطعا ولعمرى ان هذا الشارح قد هرب بنا عن ورطة ووقع فى ورطة اخرى اشد من الاولى حتى افسد معنى كلام المصنف بالكلية قال المصنف ره بخلاف الرسالة فيه اى فى الاستقراض فانها تصح قال فى الايضاح التوكيل بالاستقراض لا يصح ولا يثبت الملك فيما اذا استقرض للامر الا اذا بلغ على سبيل الرسالة فيقول ارسلنى اليك فلان ليستقرض منك فحينئذ يثبت الملك للمستقرض اى المرسل وقال الامام الزاهدى فى المختصر عن ابى يوسف رحمه الله ان التوكيل بالاستقراض جائز قال اى القدورى فى مختصره واذا طالب الموكل المشترى بالثمن فله ان يمنعه اياه اى فله ان يمنع الثمن من الموكل لانه اى الموكل اجنبى عن العقد وحقوقه لما تقدم ان الحقوق تعود الى العاقد فى البيع ونحوه ولهذا اذا نهاه الوكيل عن قبض الثمن صح ونهى الموكل عن ذلك لا يصح واذا كان كذلك لم يجز مطالبة الموكل الا باذن الوكيل فان دفعه اليه اى ان دفع المشترى الثمن الى الموكل جاز يعنى وسع ذلك الدفع

ولم يكن للوكيل ان يطالب به ما لان نفس الثمن ملك موكله فلا يكون له ان يأخذ منه ثم الدفع اليه ولما للوكيل المشترى على الموكل دين بالمقاصة وكان له عليهما دين يقع المقاصة بدين الموكل ايضا دون دين الوكيل وبدين الوكيل اذا كان دينا يقع المقاصة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله بما انه يملك الابراء عنه عندهما ولكنه يضمن للموكل في الفصلين

باب الوكالة بالبيع والشراء

فصل في الشراء

الثمن الى الموكل بان دفعه اليه استحسانا فالفاء في قوله فان دفعه للعطف لا للسبب ولكن لو بدلت بالواو كان احسن كما لا يخفى ولم يكن للوكيل ان يطالب به اى بالثمن ثانيا لان نفس الثمن المقبوض حقه اى حق الموكل وان كانت مطالبة حق الوكيل فقد وصل اليه اى وقد وصل حق الموكل الى نفسه فلا فائدة في الاخذ منه اى من الموكل ثم في الدفع اليه اى الى الوكيل واعلم ان بدائي غير الصرف وانما في الصرف فقبض الموكل لا يصح لان جواز البيع في الصرف بالقبض وكان القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل لم يخرج فكذا اذا ثبت له حق القبض وقبض الموكل اشير اليه بذا في الذخيرة وذكر في الشروح ولهذا اى ولكون نفس الثمن المقبوض حق الموكل لو كان للمشتري الموكل دين يقع المقاصة ولو كان له عليهما دين يقع المقاصة بدين الموكل ايضا دون دين الوكيل حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشيء من الثمن وبهذا لان المقاصة ابراء لبعوض فتعتبر بالابراء بغير عوض ولو ابرأ جميعا بغير عوض وخرج الكلام ان معاملة المشتري بابراء الموكل دون الوكيل حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشيء فكذلك ههنا ولانا لو جعلناه قصاصا بدين الوكيل احتجنا الى قضاء آخر فان الوكيل يقضي للموكل ولو جعلناه قصاصا بدين الموكل لم نحتج الى قضاء آخر فجعلناه قصاصا بدين الموكل قصر المسافة فقد اثبتنا حكما مجمعا عليه فان الموكل يملك اسقاط الثمن عن المشتري بالاجماع ولو جعلناه قصاصا بدين الوكيل لاثبتنا حكما مختلفا فيه فكان ما قلناه اولى كذا ذكره شيخ الاسلام المعروف بخواهرزاده ولما استشعر ان يقال المقاصة لا تدل على كون نفس الثمن حقا للموكل دون الوكيل فانما يقع بدين الوكيل اذا كان للمشتري دين على الوكيل وحده اجاب بقوله وبدين الوكيل اذا كان وحده ان كان يقع المقاصة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لما انه اى الوكيل يملك الابراء عنه اى عن المشتري عندهما اى عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله يعني انه انما كان يقع المقاصة عندهما بدين الوكيل وحده لعلة ان الوكيل يملك الابراء بغير عوض عن المشتري عندهما فيملك المقاصة ايضا لانها ابراء بعوض فتعتبر بالابراء بغير عوض ولكنه يضمنه اى ولكن الوكيل يضمن الثمن للموكل في الفصلين اى في فصل الابراء والمقاصة بخلاف الابراء فانه لا ضمين للاحد في شيء من الفصلين فافترقا وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجوز ابراء الوكيل استحسانا لان الثمن في ذمة المشتري ملك الموكل فابراء الوكيل تصرف في ملك الغير على خلاف ما امر به فلا ينفذ كما لو قبض الثمن ثم وهبه للمشتري وجه ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان الابراء اسقاط لحق القبض والقبض خالص حق الوكيل الا ترى ان الموكل لا يسعه ان يأخذ الثمن منه ولو اراد ان يقبض بنفسه لم يكن له ذلك فكان هو في الابراء عن القبض مسقطا حق نفسه خيصة منه ثم انه لما اسقط حق القبض الذي على الموكل باب الاستيفاء اذ ليس له حق القبض فصار ضامنا له بمنزلة الراهن يعتق المرهون ينفذ اعتاقه لمصادفته ملكه ولكن يضمن للمرتهن لانسداد باب الاستيفاء من ماليته العبد فعليه كذا في المبسوط فان قيل ينبغي ان لا يجوز من الوكيل بالبيع مثل هذا البيع الذي يوجب مقاصة ثمن المبيع بدين الموكل لانه خالف الموكل لانه انما وكله ببيع يصل اليه ثمنه وههنا لا يصل قلت ان لم يصل اليه الثمن بعد البيع فقد وصل اليه قبل البيع فيصير الثمن قصاصا بدين الآمر عندهم جميعا لان الآمر يملك ابراء المشتري عن الثمن بغير عوض عندهم فيملك الابراء بعوض بطريق الاولى كذا في الذخيرة

باب الوكالة بالبيع والشراء **فصل** في الشراء قدم من ابواب الوكالة ما هو اكثر وقوعا واسهل حاجة وهو الوكالة بالبيع والشراء وقدم فصل الشراء لانه ينبئ عن اثبات الملك والبيع ينبئ عن ازالته والاثبات بعد الازالة كذا في الشروح اقول هذا الذي ذكروه لتقديم فصل الشراء ضعيف جدا بل هو امر وهمي لا تحقيقي لان الشراء كما ينبئ عن اثبات الملك في البيع ينبئ ايضا عن ازالة الملك عن الثمن وان البيع كما ينبئ عن ازالة الملك عن البيع ينبئ ايضا عن اثبات الملك في الثمن وعن هذا قالوا ان الشراء جالب للمبيع سالب للثمن والبيع على عكسه فهما شيآن في الانباء عن الاثبات والازالة وان وجه بيان الاصل او العهدة في عقد البائعة هو المبيع فيكفي ابتداء الشراء عن الاثبات والبيع عن الازالة بالنظر اليه قلنا لا شك ان ثبوت ملك المشتري في المبيع ليس بمقدم على زوال ملك البائع

قال ومن وكل رجلا بشراء شئ فلا بد من تسمية جنسه وصفته

عنه والا يلزم ان يجمع في كل بيع في ان واحد بيعا قبيل زوال ملك البائع عنه اذ كان مستحقا للبائع والمشتري والا يخفى بطلانه فتعين ان ثبوت الملك وزواله في البيع والشراء انما يتحققان معا بالنسبة الى الشخصين واما تقضيه كون الازالة بعد الاثبات فانما يجري في محل واحد بالنسبة الى شخص واحد فهي بمعزل عما نحن فيه فالاظهر ان الوجه في تقديم فصل الشراء على فصل البيع ما هو الوجه في تقديم باب الوكالة بالبيع والشراء على سائر ابواب الوكالة من كونه اكثر وقوعا وامس حاجة فان اكثر الناس يوكل الآخر بالشراء لما كله ومشاربه وملابسه وغير ذلك من الامور المهمة التي قلما يخلو الانسان في اوقات من الاحتياج اليها وقلما يقدر على ان يتولى شراءها بنفسه بخلاف التوكيل في باب البيع كما لا يخفى قال اي القدوري في مختصره ومن وكل رجلا بشراء شئ اي شئ كان غير معين لان في المعين لا يحتاج الى تسمية الجنس والصفة كذا في الشروح فلا بد من تسمية جنسه كالعبد والجارية وان العبد جنس عند اهل الشرع وكذا الجارية باعتبار اختلاف الاحكام وصفته اي نوعه على ما سيأتي في كلام المصنف ره كالتركي والهندي قال صاحب العناية فيحتاج الى تعريف الجنس والنوع فقيل الجنس هو ما يدخل تحته انواع متغايرة والنوع اسم لاحد ما يدخل تحت اسم فوقه وذكر في الفوائد الظهيرية محالا الى اهل المنطق الجنس اسم دال على كثيرين مختلفين بالنوع والنوع اسم دال على كثيرين مختلفين بالشخص انتهى اقول لا يذهب على ذوي فطرة سليمة انه لم يأت بشئ يعرف به ما هو المراد بالجنس والنوع ههنا لان الذي ذكره اولا الا حاصل له بل هو امر مبهم متناول لامور كثيرة غير مراد بالجنس والنوع ههنا قطعا والذي ذكره ثانيا لا يطابق مراد الفقهاء ويشهد بذلك قطعا ما ذكره من امثلة الجنس والنوع وقال صاحب العناية واراد بالجنس النوع لاصطلاح اهل المنطق وهو الكلي المقول على كثيرين مختلفين بالنوع في جواب ما هو والنوع هو المقول على كثيرين مختلفين بالعدد في جواب ما هو واراد باصطلاح اهل النحو وهو ما علق على شئ وعلى كل ما اشبهه ويجوز ان يريد بالجنس ما يندرج تحته اشخاص وقد مر بيان ذلك في كتاب النكاح في باب المهر انتهى اقول كل واحد من المعاني الثلثة التي جوز كونها مرادة بالجنس ههنا منظور فيه اما الاول فلانه ان اراد بالنوع في قوله وان اراد بالجنس النوع النوع المنطقي كما هو المتبادر من سياق كلامه يرد عليه ان من الاجناس الشرعية ما ليس بنوع عند اهل المنطق كالعبد والجارية فانهما ليسا بنوعين عندهم بل هما عندهم من اصناف نوع الانسان وان اراد بذلك النوع اللغوي بمعنى القسم يلزم ان يدخل فيه جميع الانواع الشرعية بل اصنافها ايضا فان كل واحد منها قسم مما هو الاعم منه فلا تتميز الجنس الشرعي عن النوع الشرعي وما دونه فتختل معنى المقام واما الثاني فلان ذلك المعنى الذي هو مصطلح اهل النحو في اسم الجنس وحاصله ما علق على شئ لا العينية كما ذكره في باب المهر من كتاب النكاح يصدق على ما فوق الاجناس الشرعية كالدابة والثوب والرقيق فان كل واحد منها اسم لجميع الاجناس الشرعية كما صرحوا به ويصدق ايضا على ما تحت الاجناس الشرعية من الانواع الشرعية وما دونها فلا تتميز الجنس الشرعي حينئذ من غيره فيختل معنى المقام واما الثالث فلان ذلك المعنى الذي هو مصطلح حكماء يونان في الجنس على ما نقل عن ابي علي بن سينا يصدق على كل مفهوم كلي يندرج تحته اشخاص فيعم ما فوق الاجناس الشرعية وما تحتها من الانواع الشرعية واصنافها فلا تتميز الجنس الشرعي من غيره حينئذ ايضا فيختل معنى المقام وقال صاحب العناية والمراد بالجنس والنوع ههنا غير باصطلاح عليه اهل المنطق فان الجنس عندهم هو القول على كثيرين مختلفين بالحقيقة في جواب ما هو كالحيوان والنوع هو المقول على كثيرين متفقين بالحقيقة في جواب ما هو كالانسان مثلا والمصنف هو النوع المتميز بقيد عرضي كالتركي والهندي والمراد ههنا بالجنس ما يشمل اصنافا على اصطلاح اذ ذاك بالنوع المصنف انتهى اقول لا يخفى على العارف بالفقه ان ما قاله صاحب العناية اقرب الى ضبط ما هو المراد من الجنس والنوع عند اهل الشرع لكن فيه ايضا اشكال لانه ان اراد بالمصنف في قوله وبالنوع المصنف المصنف المنطقي كما هو المتبادر من سياق كلامه يرد عليه ان الحمار نوع عند اهل الشرع على ما سيجيء في الكتاب مع انه ليس بمصنف منطقي بل هو نوع عند اهل المنطق ايضا وان اراد بذلك المصنف

وجنسه ومبلغ ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتمار كان يوكله وكالة عامة فيقول اشتر ما رأيت لانه توسع الامر الى رأيه فاى شئ يشتريه يكون ممتثلا الا اذا سمى فيه ان الجهالة اليسيرة تحمل في الوكالة بجهالة الوصف استحسانا لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا او ما هو في معنى الاجناس كالبيع التوكيل او اربين الثمن لكان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدري مراد الآمر لتفاحش الجهالة وان كان جنسا يجمع انواعا كالعبد والامة لا يصح الا ببيان الثمن او النوع لانه بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا تمنع الامتثال مسئلة

اللغوي بمعنى الضرب والقسم يريد عليهما الرقيق مثلا صنف بهذا المعنى لانه ضرب من الانسان وليس بنوع عند اهل الشرع بل هو عندهم ما يجمع الاجناس الشرعية كالعبد والجارية على ما صرحوا به وان العبد والجارية مثلا صنفان بالمعنى المذكور وليسا بنوعين عندهم بل هما عندهم جنسان كما نصوا عليه او جنسه ومبلغ ثمنه اى او تسميته جنسه وصفته وقدره ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتمار اى فيمكن الوكيل الامتثال لامر الموكل فان ذلك الجنس صحيح وراعى الصفة او الثمن لا يفيد المعرفة فلا يتمكن الوكيل من الائتمار بامر الموكل فان قيل يعترض على قوله ليصير الفعل الموكل به معلوما بان الفعل الموكل به معلوم وهو الشراء والجواب ان الفعل الموكل به في هذا القسم ليس هو الشراء بل شراء نوع من جنس واذا لم يعلم النوع لم يعلم الفعل المضاف اليه كذا في العناية اقول لقائل ان يقول ان اراد ان الفعل الموكل به في هذا القسم شراء نوع معين من جنس فهو ممنوع كيف ومعنى الدليل المذكور انه لو لم يسم الموكل شيئا فوجه مع جنسه او مبلغ ثمنه مع جنسه لم يصر الفعل به معلوما فلم يتمكن للوكيل الائتمار بما امر به وعلى هذا لا يتجه ان يكون الفعل الموكل به شراء نوع معين خلاف المفروض وان اراد ان الفعل الموكل به في هذا القسم شراء نوع ما من انواع جنس فهو مسلم لكن يرد عليه الاعتراض بان الفعل الموكل به حينئذ شراء نوع ما من جنس فاذا لم يسم الوكيل اى نوع كان من ذلك الجنس ليصير متمرا بما امر به ويمكن الجواب بان الفعل الموكل به حينئذ وان كان شراء نوع مطلق من جنس نظرا الى ظاهر لفظ الموكل لكن يجوز ان يكون مراد الموكل شراء نوع مخصوص من ذلك الجنس فاذا لم يعلم ذلك النوع المراد لم يمكن للوكيل الائتمار بامره على وفق مراده فمعنى كلام المصنف ليصير الفعل الموكل به معلوما على وفق مراد الموكل فيمكن للوكيل الائتمار بامره على وفق ذلك ويرشد اليه قوله فيما سياتي فلا يدري مراد الآمر لتفاحش الجهالة الا ان يوكله وكالة عامة استثناء من قوله فلا بد من تسميته جنسه وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه يعني اذا وكله وكالة عامة فيقول اتبع لي ما رايت فلا يحتاج الى ذكر شئ منهما لانه اى الموكل في هذه الصورة فوض الامر الى رايه اى الى راى الوكيل فاى شئ يشتريه يكون ممتثلا لامر الموكل فيقع عنه اعلم ان الجهالة ثلثة انواع فاحشة وهي جهالة الجنس كالتوكيل بشراء الثوب والدابة والرقيق وهي تمنع صحة الوكالة وان بين الثمن لان الوكيل لا يقدر على الامتثال ويسيرة وهي جهالة النوع كالتوكيل بشراء الحمار والفرس والبغل والثوب لم يرو في المروي فانها لا تمنع صحة الوكالة وان لم يبين الثمن وقال بشر بن غياث لا تصح الوكالة لان التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء فلا يصح الا ببيان وصف المعقود عليه ولنا انه عليه الصلوة والسلام وكل حكيم بن حزام بشراء شاة للاضحية ولم يبين صفتها وبنى الوكالة على التوسع لكونها استعارة فيتحمل فيها الجهالة اليسيرة استحسانا وفي اشتراط بيان الوصف بعض الحرج فسقط اعتباره وجهالة متوسطة وهي بين النوع والجنس كالتوكيل بشراء عبد او شراء امة او دار فان بين الثمن او النوع يصح ويجعل ملحقا بجهالة النوع وان لم يبين الثمن او النوع لا يصح ويلتحق بجهالة الجنس لانه يمنع الامتثال كذا ذكره في الكافي اخذا من المبسوط والجوامع فاراد المصنف ان يشير الى هذه الانواع الثلثة من الجهالة وان يبين حكم كل واحد منها في باب الوكالة فقال في الاصل فيه ان الجهالة اليسيرة تحمل في الوكالة بجهالة الوصف استحسانا هذا بيان حكم الجهالة اليسيرة فانما قيد بالاستحسان لان القياس ان لا تحمل الجهالة في الوكالة وان قلت بناء على ان التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء الا ترى ان جهل الوكيل كالمشتري لنفسه ثم كالبائع من الموكل فلا يجوز الا ببيان وصف المعقود عليه وجه الاستحسان ما ذكره بقوله لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط يعني اشتراط بيان الوصف او اشتراط عدم الجهالة اليسيرة بعض الحرج وهو مدفوع شرعا بالنص ثم ان كان اللفظ اى لفظ الموكل يجمع اجناسا كالدابة والثوب او ما هو في معنى الاجناس كالدار والرقيق لا يصح التوكيل وان بين الثمن هذا بيان الحكم الجهالة الفاحشة وانما كان الحكم فيها كذلك لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس اى يوجد فرد من كل جنس فلا يدري مراد الآمر لتفاحش الجهالة فالوكيل لا يقدر على الامتثال وان كان اى اللفظ جنسا يجمع انواعا كالعبد والامة لا يصح اى التوكيل الا ببيان الثمن او النوع هذا بيان الحكم الجهالة المتوسطة وانما كان الحكم فيها كذلك لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع يقل الجهالة فلا تمنع الامتثال اى امتثال امر الآمر مثاله اى مثال هذا النوع

انما وكله بشراء عبد او جارية لا يصح كانه يشمل انواعا فان بين النوع كالتركي او الحبشي او الهندي او السندي او الموازنة اذا بين الثمن المذكور له وكذا بين النوع او الثمن او بين صفة الجودة والرداءة والوسط تجاريا كانه جهالة مستدركة ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب النوع وفي الجامع الصغير ومن قال لآخر اشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة للجهالة الفاحشة فان الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الارض في العرف يطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع اجناسا وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشمل ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فتتعذر الامتثال قال وان سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز معناه لو عين

من انواع الجهالة وانما ذكر الامتثال لهذا النوع دون النوعين السابقين لان مثال ذينك النوعين سيأتي في اثناء مسئلة الجامع الصغير بخلاف هذا النوع وهذا سر تفردت ببيانه اذا وكله اي اذا وكل رجل رجلا بشراء عبد او جارية لا يصح اي لا يصح التوكيل بجر هذا اللفظ لانه اي لان هذا اللفظ يعني لفظ عبد وجارية يشمل انواعا فلا يدري المراد فان بين النوع كالتركي والحبشي والسندي والمولد في المغرب المدة التي ولدت ببلاد الاسلام جاز اي التوكيل وكذا اذا بين الثمن لما ذكرناه اراد به قوله لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما قال بعض المشائخ ان كان يوجد بما سمى من الثمن من كل نوع لا يصح بيان الثمن ما لم يبين النوع كذا في الذخيرة ولو بين النوع اذا لثمن ولم يبين الصفة وهي الجودة والرداءة والوسط اي الوسطة بسطة مع الواو عند الفقهاء مع الواو عند النحاة في ان الثاني آخذا عوضت عن الواو والساقطة من اول الماضي المعتل الفعل من حد ضرب جاز اي التوكيل لانه اي هذا القدر من الجهالة جهالة مستدركة اي يسيرة فلا يبالي بها ومراده اي مراد القدوري من الصفة المذكورة في الكتاب اي في مختصره النوع ليوافق كلامه القاعدة الشرعية وما صرح به في كتب سائر المشائخ وفي الجامع الصغير ومن قال لآخر اشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة اي وان بين الثمن كما ذكر فيما مر ولما بطلت الوكالة كان الشراء واقعا على الوكيل كما صرح به في نسخ الجامع الصغير فقال رجل امر رجلا ان يشتري له ثوبا او دابة فاشترى فهو مشتر لنفسه فالوكالة باطلة للجهالة الفاحشة فان الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف تطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع اجناسا يعني ان لفظ الدابة سواء حمل على اللغة او على العرف فقد جمع اجناسا وكانت الجهالة فيه فاحشة وكذا الثوب اي هو ايضا يجمع اجناسا لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء اي من الاعلى الى الادنى وكانت الجهالة فيه فاحشة ولهذا لا يصح تسميته اي تسمية الثوب مهرا فان الجهالة الفاحشة تبطل التسمية في باب المهر ايضا وكذا الدار تشتمل ما هو في معنى الاجناس يعني الدار وان لم يجمع اجناسا حقيقة الا انها يجمع ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فتتعذر الامتثال اي تتعذر الامتثال لامر الامر لشراء الاشياء المذكورة لتفاحش الجهالة وان سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز اي التوكيل بهذا لفظ الجامع الصغير قال المصنف معناه يعني معنى جنس الدار في قوله ووصف جنس الدار نوعه حينئذ تلتحق بجهالة النوع وهي جهالة يسيرة لا تمنع صحة الوكالة كما مر قال صاحب النهاية وتقييده بذكر نوع الدار مخالف لرواية المبسوط فقال فيه وان وكله بان يشتري له دارا ولم يسم ثمنا لم يجز ذلك ثم قال وان سمى الثمن جاز لان تسمية الثمن تصير معلومة عادة وان لم تثبت جهالة في يسيرة مستدركة والمتأخرون من مشائخنا يقولون في ديارنا لا يجوز الا ببيان المحلة انتهى واقتفى اثره صاحب معراج الدراية كما مر وابه في اكثر المواضع وانا اقول في تحقيق المقام انما حمل المصنف رحمه الجنس الواقع في عبارة الجامع الصغير ههنا على النوع لكي يتحمل معنى المقام وانه لو اجرى الجنس ههنا على معناه الظاهري كان ذكر وصف الجنس مستدركا بالنظر الى مسئلة الدار ومخلا بالنظر الى مسئلة الثوب اما الاول فلان الموكل اذا سمى ثمن الدار يلتحق ههنا بك وصفه جنسها اذ لا مدخل لوصف الجنس في رفع الجهالة وانما ترتفع الجهالة بتسمية الثمن او ببيان النوع كما تقرر فيما قبل واما الثاني فلان الثوب معطوف على الدار فيصير المعنى ان وصف الموكل جنس الثوب جاز التوكيل ولا صحة له على تقدير ان كان الجنس يجري على معناه الظاهري لان الثوب من قبيل ما يجمع اجناسا فالجهالة فيه فاحشة وهي ترتفع وان بين الثمن فكيف يتصور ارتفاعها بمجرد وصف الجنس واما اذا حمل على معنى النوع فيصح المعنى في مسئلة الثوب بلا اعتبار اذ ببيان النوع ترتفع الجهالة التي يمنع صحة الوكالة قطعا واما بقي الكلام في مسئلة الدار فانها تصير حينئذ مقيدة بتسمية الثمن ووصف النوع مع ان تسمية الثمن كافية فيها على ما وقع في رواية المبسوط بل في رواية عامة الكتب فيصير رواية الجامع الصغير مخالفة لرواية تلك الكتب لكن وقوع الروايتين ليس بغريب في المسائل الشرعية فيجوز ان يكون الامر ههنا ايضا كذلك فيكون مدار رواية الجامع الصغير على ان الجهالة في الدار فاحشة كما بينه المصنف ومدار رواية تلك الكتب

وكل اما سمى نوع الدابة بان قال حمارا ونحوه قال في من دفع الى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما فهو على الحنطة ووقيتها استحسانا والقياس ان يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما في اليمين على الاكل اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان ان العرف املك وبه جرى ما ذكرناه واذا ذكر مقدرا بالبيع والشراء كما عرف في الاكل فبقي على الوضع وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق

على ان الجهالة فيها متوسطة كما صرحوا ثم انا ان جعلنا وصف النوع في حق الدابة بيان الجملة صار ما ذكر في الجامع الصغير من قاله المتاخرون من مشائخنا وكان موافقا لما ذكر في كثير من الكتب فتامل قال المصنف ره وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال حمارا ونحوه اي يصح التوكيل بشراء الحمار ونحوه وان لم يبين الثمن وبه صرح في المبسوط لان الجنس صار معلوما بتسمية النوع وانما يثبت الجهالة بالوصف فيصح الوكالة بدون تسمية الثمن فان قيل الحمير انواع منها ما يصلح لركوب العظماء ومنها ما لا يصلح الا للحمل عليه قلنا بذا اختلاف الوصف مع ان ذلك يصير معلوما بمعرفة حال الموكل حتى قالوا ان القاضي او الوالي اذا امر انسانا بشراء حمار تصرف الى ما يركب مثله حتى لو اشترى مقطوع الذنب او الاذنين لا يجوز عليه بخلاف ما لو امره الفالي بذلك كذا في المبسوط وذكر في كثير من الشروح اقول بقي ههنا كلام وهو ان ما ذكره المصنف ره ههنا مخالف لما ذكره في باب المهر في مسئلة التزوج على حيوان غير موصوف حيث قال هناك معنى هذه المسئلة ان يسمي جنس الحيوان دون الوصف بان تزوجها على فرس او حمار انتهى فقد جعل الحمار هناك جنسا وههنا نوعا والتوجيه الذي ذكره صاحب النهاية هناك من انه اراد بالجنس ما هو مصطلح الفقهاء دون مصطلح اهل المنطق ليس بسديد اذ قد صرح المصنف ره ههنا بان الحمار نوع ولا شك ان مراده بالنوع ههنا ما هو مصطلح الفقهاء والا للزم بيان ثمن الحمار ايضا وقد صرحوا بعدم لزومه فلم يكن الحمار جنسا على مصطلح الفقهاء ايضا قال اي محمد رح في الجامع الصغير ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما فهو على الحنطة ووقيتها وانما قيد بدفع الدراهم الى آخر لانه اذا لم يدفع اليه دراهم وقال اشتر لي طعاما لم يجز على الامر لانه لم يبين له المقدار وجهالة القدر في المكيلات والموزونات كجهالة الجنس من حيث ان الوكيل لا يقدر على تحصيل مقصود الامر بما سمى له كذا في الكافي وغيره وما ذكر في الكتاب استحسان والقياس ان يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة اي لحقيقة الطعام كما في اليمين على الاكل يعني اذا حلف لا ياكل طعاما فحنث ياكل اي طعام كان اذ الطعام اسم لما يطعم بحسب الحقيقة اذ وجه الاستحسان ان العرف املك اي اقوى وارجح بالاعتبار من الحقيقة وهو اي العرف على ما ذكرناه اي على الحنطة ودقيقها اذ ذكر اي الطعام مقدرا بالبيع والشراء يعني ان العرف في شراء الطعام انما يقع على الحنطة ودقيقها وبائع الطعام في الناس من يبيع الحنطة ودقيقها دون من يبيع الفواكه فصار لتعيد الثابت بالعرف كالثابت بالنص كذا في المبسوط وقال في الكافي ولهذا لو حلف لا يشتري طعاما لا يحنث الا بشراء البر ودقيقه ولا عرف في الاكل فبقي على الوضع اي فبقي الطعام في حق الاكل على الوضع والحقيقة ولهذا يحنث في اليمين على الاكل بما كل اي مطعوم كان قالوا هذا الذي ذكر في شراء الطعام من انصرافه الى الحنطة ودقيقها انما هو عرف اهل الكوفة فان سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام واما في عرف غيرهم فغير ذلك في شراء كل مطعوم وقال بعض مشائخ ما وراء النهر الطعام في عرف ديارنا ما يمكن كله من غير ادام كاللحم المطبوخ والمشوي وغير ذلك فيتصرف التوكيل اليه قال الصدر الشهيد وعليه المتون كذا في الذخيرة وغيرها وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق هذا الظاهر يدل على ان ما ذكروا ولا مطلق اي سواء كان الدراهم قليلة او كثيرة اذ اوكل بشراء الطعام ينصرف الى شراء الحنطة ودقيقها وهذا الذي ذكرناه وغيره لفظ قيل مخالف للاول وهو قول الفقيه ابي جعفر الهندواني كما ذكره الصدر الشهيد في اول باب الوكالة بالبيع والشراء من بيوع الجامع الصغير فانه افتى فيمن وكل رجلا ان يشتري له طعاما ودفع اليه الدراهم صح التوكيل استحسانا وينصرف التوكيل الى الحنطة ودقيقها وخبزها ويحكم الدراهم في تعيين واحد منها ان كانت الدراهم قليلة بحيث لا يشتري بمثلها في العرف الا الخبز فالتوكيل ينصرف الى الخبز الى آخره ثم قال قال القدوري اذا كان الرجل قد تحنط

قال واذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب ما دام المبيع في يده لانه من حقوق العقد وهي كلها اليه ما لم يسلمه الى الوكيل لم يرده الا باذنه لانه انتهى حكم الوكالة وكان فيه ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه وهذا بخلاف الخصم المدعى في المشترى وديعة كالشفيع وغيره

وفيه تعليل ان مراده من التوكيل بالخبز وان كثرت الدراهم فاذا اشترى الخبز في هذه الصورة يجوز على الآمر الى هنا كلام صاحب النهاية وقال صاحب الغاية بعد نقل راى صاحب النهاية ههنا من ان المعبر عنه بقيل غير مخالف للاول بل هو داخل فيه واقول في تحقيق ذلك العرف ليصرف اطلاق اللفظ المتناول لكل مطعوم الى الحنطة ودقيقها والدراهم لقلتها وكثرتها وسطتها تعين افرادها عينه العرف وقد يعرض ما يترجح على ذلك وليصرفه الى خلاف ما حمل به عليه مثل الرجل اتخذ الوليمة ودفع دراهم كثيرة ليشترى بها طعاما فاشترى بها خبزا وقع على الوكالة للعلم بان المراد ذلك انتهى وللمعترض فيه بحث فضلا حيث قال نسبة هذا الكلام الى نفسه عجيب فان صاحب النهاية ذكره ما يدل على ما قاله من المبسوط والذخيرة ولا يذهب عليك ان ما ذكره بقوله اقول الخ هو ما في الذخيرة بعينه انتهى واقول لا يذهب على المتامل في كلام صاحب العناية ان نسبته الى نفسه ليست بمحل التعجب لانه اراد بيان وجه ما ذكره اولا من اصل المسئلة وبيان طريق دخول ما ذكره ثانيا يقبل في الاول وبيان التوفيق بين ما ذكره القدوري وبين ما ذكر ههنا يقيل وفي الذخيرة يتحكم الدراهم وقصد افادة هذا المعاني الثلاثة بكلام موجز جامع فقال العرف ليصرف اطلاق اللفظ المتناول لكل مطعوم الى الحنطة ودقيقها افاد للمعنى الاول وقال والدراهم لقلتها وكثرتها وسطتها تعين افرادها عينه العرف افاد للمعنى الثاني وقال ليعرض ما يترجح على ذلك وليصرفه الى خلاف ما حمل به عليه الخ افاد للمعنى الثالث ولا يخفى ان هذا المجموع سيما بهذا التركيب والترتيب ليس بعين ما ذكر في الذخيرة ولا في غيرها وان كان مما يفهم من كلماتهم المتفرقة فلا عتب في ان يعده تحقيقا وينسبه الى نفسه ثم اقول بقي ههنا اشكال وهو ان المذكور في مسئلة الكتاب ان التوكيل بشراء الطعام يقع على الحنطة ودقيقها ولم يذكر فيها الخبز وكذا في مسئلة المبسوط والمذكور في التحقيق المزبور ان العرف ليصرف اطلاق اللفظ المتناول لكل مطعوم الى الحنطة ودقيقها بدون ذكر الخبز فكيف يتم القول بان ما ذكر ثانيا يقبل دخول في الاول وقد ذكر فيه الخبز ايضا دون الاول وكيف يصح ما ذكر في التحقيق المزبور من ان الدراهم لقلتها وكثرتها وسطتها تعين افرادها عينه العرف والخبز لم يدخل فيما عينه العرف على ما ذكر فيه لا يقال يجوز ان يدرج الخبز في الحنطة ودقيقها المذكورين لوان يجعل في حكمهما فيكتفى بذكرهما عن ذكره لانا نقول لا مجال لشئ من ذلك لانهم جعلوا الخبز فيما للحنطة ودقيقها في الذكر والحكم حيث قالوا ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق فاني تيسير ذلك نعم قد ذكر الخبز مع الحنطة ودقيقها في الذخيرة في اصل المسئلة وبيان تحكيم الدراهم كما مر تفصيله عند نقل كلام صاحب النهاية فح لا اشكال ولكن الكلام في تصحيح مسئلة الكتاب ومسئلة المبسوط على القول بكون الكلام الثاني دخلا في الاول فتامل قال اى القدوري في مختصره واذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب اى فللوكيل ان يرد ما اشتراه على البائع بسبب العيب فيه ما دام المبيع في يده لانه اى الرد بالعيب من حقوق العقد اى من حقوق عقد الشراء وهي كلها اليه اى الحقوق كلها ترجع الى الوكيل في مثل هذا العقد فان سلمه الى الموكل اى فان سلم الوكيل المبيع الى الموكل لم يرده الا باذنه اى لم يرده على البائع الا باذن الوكيل لانه انتهى حكم الوكالة اى انتهى حكم الوكالة بتسليمه الى الموكل فخرج من الوكالة وانقطع حقه ولان فيه اى في الرد بالعيب بعد التسليم الى الموكل ابطال يده اى يد الموكل الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه اى باذن الموكل الذي هو صاحب اليد الحقيقية ولهذا اى ولاجل كون الحقوق كلها الى الوكيل كذا قيل في كثير من الشروح اقول فيه نظر لان هذا التفسير انما يتم بالنظر الى قول المصنف رد فيما سياتي قبل التسليم الى الموكل لا بالنظر الى قوله لا يرده كما لا يخفى مع ان كلا منهما في خير هذا التفريع كما ترى فالحق في التفسير ان يقال اى لما ذكرنا من الادلة على جواز الرد في صورة عدم جوازه في اخرى كان الوكيل خصما لمن يدعي في المشترى دعوى كالشفيع اذا ادعى حق الشفعة في المشترى وغيره اى وغير الشفيع كمن يدعي الاستحقاق

قبل التسليم الى الموكل لا بعده **قال** ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم لانه عقد عليك بنفسه فيملك التوكيل به دفعا للحاجة على ما مر وعراده التوكيل بالاسلام دون قبول السلم لان ذلك لا يجوز فان الوكيل ببيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن لغيره وهذا لا يجوز

في الشتري من حيث الملك قبل التسليم الى الموكل متعلق بقوله كان خصما ان كان الوكيل خصما لذلك المدعي قبل التسليم الى الموكل لا بعده اي لم يكن خصما لعدم التسليم اليه قال اي القدوري في مختصره ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم يعني اذا وكل شخصا ان يعقد عقد الصرف او يسلم في مكيل مثلا فعقل جاز لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به دفعا للحاجة على ما مر في اول كتاب الوكالة وهو قوله كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره قال جمهور الشراح يرد عليه مسئلة الوكالة من جانب المسلم اليه فانها لا يجوز مع ان المسلم اليه لو باشر بنفسه لقبول السلم يجوز فمنهم من لم يجب عنه ومنهم من اجاب عنه فقال صاحب غاية البيان فجوابه ان القياس ان لا يملكه المسلم اليه ايضا لكونه بيع المعدوم الا انه جوز ذلك من المسلم اليه رخصة له دفعا لحاجة المفاليس وقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وما ثبت بخلاف القياس يقتصر على مورد النص فلم يجز توكيل غيره او نقول جاز المعدول ضرورة دفع حاجة المفاليس والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة فلم نظهر اثره في التوكيل ولم يرد نقضا على كلي الذي قاله القدوري لان تملك المسلم اليه العقد بنفسه لعارض الضرورة والعوارض لا يقدح في القواعد وقال هذا مما سمح به خاطري في هذا المقام وقد تبعه صاحب النهاية في كلا وجهي جوابه لكنه اجملها اقول في كل واحد منها نظر اما في الاول فلانه منقوض بعقد الاجارة مثلا لانه كما يجوز ان يباشره الانسان بنفسه يجوز ان يوكل به غيره بلا خلاف مع انه ثابت ايضا على خلاف القياس بالنص كما سياتي في اول كتاب الاجارة ثم ان الظاهر ان مورد النص مجرد جواز عقد السلم من غير تعرض للمباشرة بنفسه فجواز التوكيل فيه على فرض لا ينافي الاقتصار على مورد النص كما ان جوازه في عقد الاجارة لم ينف الاقتصار على مورد النص لاجل ذلك واما في الثاني فلانه مع انتقاضه ايضا بمثل عقد الاجارة يرد عليه ان في التوكيل ايضا ضرورة دفع الحاجة سيما اذا كان الموكل مريضا او شيخا فانيا او نحو ذلك فكون الثابت بالضرورة متقدرا بقدر الضرورة لا يمنع جواز التوكيل من جانب المسلم اليه ايضا لا يقال انما جاز بيع المعدوم في عقد السلم لضرورة دفع حاجة المفاليس الى الثمن لاطلاق الضرورة والتي تتحقق في التوكيل ضرورة دفع حاجة الموكل الى العمل لا غير لانا نقول بل تتحقق فيه التوكيل عند الحاجة اليه ضرورة دفع حاجة المفاليس الى الثمن ايضا مع زيادة فان المفلس العاجز المباشرة بنفسه اذا لم يقدر على توكيل غيره لقبول السلم تشتد حاجته الى الثمن قال المصنف ومراد القدوري بالاسلام اي مراد القدوري بالتوكيل بعقد السلم التوكيل بالاسلام وهو توكيل رب السلم غيره بان يعقد عقد السلم ولفظ الاسلام انما يستعمل من جانب المسلم يقال اسلم في كذا اذا اشترى شيئا بالسلم دون قبول السلم اي ليس مراده بذلك التوكيل بقبول السلم وهو التوكيل من جانب المسلم اليه لان ذلك اي لان التوكيل بقبول السلم لا يجوز فان الوكيل حينئذ يبيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن لغيره اي الموكل وهذا لا يجوز لان من باع ملك لنفسه من الاعيان على ان يكون الثمن لغيره لا يجوز هكذا ذكر في الديوان نص على ذلك محمد رحمه الله في باب الوكالة بالسلم من البيوع واذا بطل التوكيل من المسلم اليه بقبول عقد السلم كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب الطعام في ذمته ورأس المال مملوك له فاذا سلمه الى الآمر على وجه التمليك منه كان قرضا له عليه كذا في المبسوط وغيره فان قيل قد يجوز التوكيل بشيء يجب في ذمة الغير كما في التوكيل بالشراء فان الوكيل هو الطالب بالثمن والثمن يجب في ذمة الموكل فلم لا يجوز فيما نحن فيه توكيل المسلم اليه غيره بقبول السلم على ان يطالب الوكيل بتسليم المسلم فيه يجامع معنى الديونية فان المسلم فيه دين في ذمة المسلم اليه كالثمن في ذمة المشتري قلنا بين الدينين فرق لان المسلم فيه دين له حكم المبيع حتى لا يجوز الاستبدال به قبل القبض وليس الثمن حكم المبيع فلا يلزم من الجواز هناك الجواز ههنا كذا في النهاية ومعراج الدراية وقال صاحب العناية في الجواب عن السوال المذكور ان كلامنا فيما اذا كان المبدل في ذمة شخص وآخر يملكه بدله وما ذكرتم ليس كذلك فان الموكل بالشراء يملك المبدل ويلزم المبدل في ذمته وقال فان قيل فما جعل المسلم فيه

فان فارق الوكيل مجلسه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض ولا يعتبر مفارقة الموكل لانه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل ولا يعتبر مفارقة الوكيل ان كان لا يتعلق به حقوق العقد كالصبي والعبد المحجور عليه لان القبض يستفاد كلامه من الرسول فصار كقبض الرسول بخلاف البالغ والله اعلم

في ذمة الموكل والمال له كما في صورة الشراء فالجواب هو الجواب عن السوال الاول المذكور آنفا انتهى كلامه اقول انه عدل ههنا عن نهج الصواب حيث قصد التشرف الزائد ولكن افسد لان مال جواب الاعتراف لعدم تمام الدليل الذي ذكره المصنف وهو المصير الى دليل آخر حاصل من الجواب عن السوال الاول حاصله ان جواز قبول السلم ثابت بالنص على خلاف القياس وبالضرورة فيقتصر على مورد النص ويتقدر بقدر الضرورة فلا يتعدى الى الامر به والدليل الذي ذكره المصنف مما تقتضيه السلف والخلف بالقبول فلا وجه للاعتراف لعدم تمامه مع تحقق الخلص عن السوال المذكور بالجواب الذي ذكره غيره على ان الجواب عن السوال الاول قد عرفت عدم تمامه بما اوردنا عليه فيما قبل فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد هذا لفظ القدوري في مختصره اي ان فارق الوكيل بعقد الصرف والسلم صاحبه الذي عقد معه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض يعني ان من شرط الصرف والسلم قبض البدل في المجلس فاذا وجد الافتراق فيهما من غير قبض لم يوجد الشرط فيبطل العقد قال صاحب النهاية هذا اذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد واما اذا كان حاضرا في مجلس العقد بحيث كان الموكل صارفا بنفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل كذا ذكره الامام خواهرزاده انتهى وكذا قال اكثر الشراح وعزوه الى الامام خواهرزاده وقال الزيلعي في التبيين وهذا مشكل فان الوكيل اصيل في باب البيع حضر الموكل العقد او لم يحضر انتهى ولا يعتبر مفارقة الموكل اي لا يعتبر مفارقته قبل القبض لانه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه اي قبض الوكيل بدل الصرف وان كان لا يتعلق به حقوق اي وان كان الوكيل ممن لا يتعلق به حقوق العقد كالصبي والعبد المحجور عليه لان القبض في الصرف من تتمة العقد فيصح ممن لا يصدر عنه العقد اقول لو قال المصنف ره في اثناء التعليل والمستحق بالعقد قبض العاقد والقبض من العاقد وهو الوكيل فصح قبضه والقبض منه لكان اولى واليق اذ لا يخفى ان المدعى ههنا وهو قوله ولا تعتبر مفارقة الوكيل عام لبابي الصرف والسلم كما ان قوله فيما قبله فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد عام لهما والدليل الذي ذكره ههنا خاص بباب الصرف لان التوكيل في باب السلم انما يصح من جانب رب السلم لا من جانب المسلم اليه كما مر والوكيل من جانب رب السلم ليس بقابض البدل بل هو المقبوض منه فلم يتناوله قوله والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وكان الدليل قاصرا عن افادة تمام المدعى بخلاف ما لو قال مثل ما ذكرناه فتدبر بخلاف الرسول متعلق بقوله فيصح قبضه ومعناه ان الرسول اذا قبض لا يصح قبضه فلا يتم العقد به وفي بعض النسخ بخلاف الرسولين اي الرسول في باب الصرف والرسول في باب السلم وليس معناه الرسول من الجانبين في الصرف والرسول من الجانبين في السلم اي من جانب رب السلم ومن جانب المسلم اليه لانه كما لا يجوز الوكالة من جانب المسلم اليه فكذلك لا يجوز الرسالة من جانبه كذا في الشروح لان الرسالة في العقد لا في القبض وذلك لان الكلام ههنا في مخالفة الرسول في العقد للوكيل في العقد في بابي الصرف والسلم ورسالة الرسول في العقد انما يثبت في العقد لا في القبض لان القبض خارج عن العقد ولا يدخل تحت الرسالة فيه هذا وقال صاحب العناية في توضيح قوله لان الرسالة في العقد لا في القبض والا لكان افتراق بلا قبض وفصل بعض الفضلاء مراده بان قال فان ذلك انما يكون اذا عقد المرسل بنفسه ولم يقبض وفارق صاحبه ثم ارسله اذ لا معنى للارسال قبل المفارقة انتهى اقول فيه بحث لان هذا انما يفيد ان لا يكون الرسالة في القبض فقط لا ان لا يكون في العقد والقبض معا وبدون دفع هذا الاحتمال لا يتم المطلوب ههنا كما لا يخفى تامل وينتقل كلامه الى المرسل اي وينتقل كلام الرسول في العقد الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح اي لم يصح قبض الرسول فلم يتم العقد به اقول ههنا اشكال وهو ان الرسالة في السلم انما يجوز من جانب رب السلم لا من جانب المسلم اليه كالوكالة فيه على ما صرحوا به فالمراد بالرسول في

قال واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا اذا اختلفا في الثمن تحالفا ويرد الموكل بالعيب على الوكيل ويسلم المشتري للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه ولان الحقوق لما كانت اليه وقد علمه الموكل فيكون راضيا بدفعه من ماله فان هلك المبيع وبدنه في يده هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن ولان الموكل قابض بيده وله ان يحبسه حتى يستوفي الثمن

باب السلم هو الرسول من جانب رب السلم فقط ولا شك ان وظيفة رب السلم هي العقد وتسليم رب المال لا قبضه الذي هو من شرط عقد السلم وانما القبض وظيفة المسلم اليه فلا تيمم الكلام بالنظر الى الرسول في باب السلم كما لا يخفى ثم ان هذا الاشكال الظاهر على نسخة بخلاف الرسولين وهي نسخة اطبق عليها الشراح حتى ان صاحب النهاية والكفاية شرح هذه النسخة ولم يذكر النسخة الاخرى اصلا وصاحب غاية البيان جعلها اصلا وذكر الاخرى نسخة وفسر كلهم الرسولين بالرسول في الصرف والرسول في السلم واما على نسخة بخلاف الرسول وكذلك ان جعل الرسول عاما للرسول في الصرف والرسول في السلم كما ذهب اليه كثير من الشراح حيث فسروا الرسول بالرسول في الصرف والرسول في السلم وكما افصح عنه صاحب الكافي حيث قال بخلاف الرسول اي في الصرف والسلم انتهى واما اذا جعل مخصوصا بالرسول في الصرف ليكون قوله بخلاف الرسول مطابقا للمتعلقة وهو قوله فيصح قبضه فان المعنى هناك فيصح قبض الوكيل بدل الصرف كما صرح به اكثر الشراح فيرتفع الاشكال

قال القدوري في مختصره واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع لم يكن متبرعا فله ان يرجع به اي بالثمن على الموكل لانه انعقدت بينهما اي بين الوكيل والموكل مبادلة حكمية اي بيع حكمي فصار الوكيل كالبائع عن الموكل قال صاحب غاية البيان في تعليل هذا الان الملك ينتقل الى الوكيل اولا ثم ينتقل منه الى الموكل انتهى اقول هذا شرح الكلام المصرح بما لا يرتضيه صاحبه لان انتقال الملك اولا الى الوكيل ثم الى الموكل طريقة الكرخي والمصرح قد اختار فيما مر طريقة ابي طاهر وقال هو الصحيح احترازا عن طريقة الكرخي كما صرح به الشراح قاطبة ههنا وسنهم هذا الشارح وطريقة ابي طاهر ثبوت الملك ابتداء للموكل لكن خلافة عن الوكيل على التفصيل فالوجه ان يحمل مراد المصرح ههنا ايضا على ذلك فان الملك وان ثبت للموكل ابتداء على طريقة ابي طاهر الا انه يثبت له خلافة عن الوكيل لا اصالة كما ذهب اليه الشافعي رح ولا يخفى ان هذا القدر كاف في انعقاد المبادلة الحكمية بينهما وان لم يكن كافيا في المبادلة الحقيقية لهذا اي ولانعقاد المبادلة الحكمية بينهما اذا اختلفا في الثمن يتحالفان والتحالف من خواص المبادلة ويرد الموكل بالعيب على الوكيل اي واذا وجد الموكل عيبا بالمشتري يرده على الوكيل وغدا ايضا من خصائص المبادلة لا يقال ما ذكرتم فرع على المبادلة فكيف يكون دليلا عليها لانا نقول هذا دليل لمن لا دليل له فلا ينافي الفرعية تامل وقد سلم المشتري للموكل اي والحال انه قد سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه اي فيرجع الوكيل على الموكل بالثمن في الحاصل انه لما كان الموكل كالمشتري من الوكيل وقد سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل رجع الوكيل بالثمن على الموكل قطعا ولان الحقوق دليل آخر لما كانت راجعة اليه اي لما كانت راجعة الى الوكيل وقد علمه الموكل اي علم رجوعها اليه فيكون اي الموكل راضيا بدفعه اي بدفع الثمن من ماله اي من مال الموكل وتحقيقه ان التبرع انما يتحقق اذا كان الدفع لغير الموكل والا فالامر ثابت هنا دلالة لان الموكل لما علم ان الحقوق ترجع الى الوكيل ومن جملتها دفع الثمن علم انه مطالب بدفع الثمن لقبض المبيع وكان راضيا بذلك امر به دلالة فان هلك المبيع في يده اي في يد الوكيل قبل حبسه اي قبل حبس الوكيل المبيع هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن اي لم يسقط عن الموكل هذا لفظ القدوري يعني ان هلاك المبيع في يد الوكيل قبل حبسه اياه لا يسقط الرجوع على الموكل لان يده اي يد الوكيل كيد الموكل فاذا لم يحبس اي الوكيل يصير الموكل قابضا بيده اي بيد الوكيل فالهلاك في يد الوكيل كالهلاك في يد الموكل فلا يسقط الرجوع وله اي للوكيل ان يحبسه اي ان يحبس المبيع عن الموكل حتى يستوفي الثمن سواء كان الوكيل دفع الثمن الى البائع او لم يدفع كذا في الشروح نقلا عن المبسوط قال في الذخيرة لم يذكر محمد رح في شيء من الكتب ان الوكيل اذا لم ينقد الثمن وسلم المبيع اليه هل له حق الحبس عن الموكل الى ان يستوفي الدراهم منه وحكى عن شيخ الامام شمس الائمة الحلواني ان له ذلك وانه صحيح لان حق الحبس للوكيل في موضع نقد الثمن لاجل بيع حكمي انعقد بين الوكيل والموكل وهذا المعنى لا يختلف بين النقد وعدمه انتهى وقال صاحب غاية البيان قلت هذا كلام عجيب من صاحب الذخيرة وكيف خفي عليه هذا وقد صرح محمد رح في الاصل في باب الوكالة في الشراء فقال واذا وكل الرجل رجلا ان يشتري له عبدا بالف درهم بعينها فاشتراه الوكيل وقبضه فطالب الامر اخذ العبد

لما بينا انه بمنزلة البائع من الموكل قال ولو قبضه الوكيل ثم ذهب من يده ضاع من مال الموكل لان يده يد الموكل حتى لو هلك لا يسقط الثمن عن المشتري لان الوكيل لا يضمن الا بالتعدي وهذا لانه امين في القبض فكان قبضه كقبض الموكل ولو قبض الموكل الثمن ثم ذهب من يده ضاع من مال الموكل حتى لا يسقط الثمن عن المشتري كذا هذا ولو قبض الوكيل الثمن ثم ذهب من يده ضاع من مال الموكل حتى لا يسقط الثمن عن المشتري كذا هذا ولو قبض الوكيل الثمن ثم ذهب من يده ضاع من مال الموكل حتى لا يسقط الثمن عن المشتري كذا هذا

من الوكيل والى الوكيل ان يدفعه للوكيل ان يمسكه ذلك حتى يستوفي الثمن في قول ابي حنيفة رحمه الله وان كان الوكيل لقد الثمن او لم ينقد فهو سواء والى هنا لفظ محمد رح في الاصل انتهى قال المصنف لما بينا انه اي الوكيل بمنزلة البائع من الموكل اشار به الى قوله لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية وللبائع حق حبس المبيع عن المشتري لقبض الثمن فكذا الوكيل وهذا الفصل بين ان يكون الوكيل دفع الثمن الى البائع اولا وقال زفر رح ليس له ذلك اي ليس للوكيل حبس المبيع لاستيفاء الثمن لان الموكل صار قابضا بيده اي بيد الوكيل حتى ان الموكل صار قابضا بقبض الوكيل بدليل ان هلاكه في يد الوكيل كهلاكه في يد الموكل وكانه سلمه اليه اي وكان الوكيل سلم المبيع الى الموكل فيسقط حق الحبس تشريحه ان يد الوكيل يد الموكل حكما فلو وقع في يد الموكل حقيقة لم يكن للوكيل حق الحبس وكذا اذا وقع في يده حكما قلنا لنا طريقان في الجواب عنه مر احدهما تسليم ان الموكل صار قابضا بقبض الوكيل ومر الآخر منع ذلك فاشار الى الاول بقوله وهذا اي القبض مما لا يمكن التحرز عنه يعني سلمنا ان الموكل صار قابضا بقبض الوكيل لكن هذا القبض مما لا يمكن التحرز عنه لان الوكيل لا يتوسل الى الحبس الا بالقبض ولا يمكنه ان يقبض على وجه لا يصير الموكل به قابضا ومالا يمكن التحرز عنه فهو عفو فلا يسقط به حق الوكيل في الحبس لان سقوط حقه باعتبار رضاه بتسليمه ولا تحقق منه الرضى فيما لا طريق له الى التحرز عنه واذا كان كذلك فلا يكون قبضا يسقوط حقه في الحبس اشار الى الطريق الثاني بقوله على ان قبضه موقوف يعني على انا لا نسلم ان الموكل صار قابضا بقبض الوكيل بل قبض الوكيل في الابتداء موقوف اي متردد بين ان يكون التسليم مقصودا للموكل وان يكون لاحياء حق نفسه وانما يتبين احدهما عن الآخر بحبسه فتقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه عند حبسه يعني ان لم يحبسه عن الموكل عرفنا انه كان عاملا للموكل فتقع له وان حبسه عنه عرفنا انه كان عاملا لنفسه وان الموكل لم يصر قابضا بقبضه فان حبسه اي حبس الوكيل المبيع فهلك اي المبيع كان مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف رح يعني يعتبر الاقل من قيمته ومن الدين فاذا كان الثمن خمسة عشر مثلا وقيمة المبيع عشرة رجع الوكيل على الموكل بخمسة وضمان المبيع عند محمد رح يعني يسقط به الثمن قليلا كان او كثيرا وهذا الذي ذكر لفظ القدوري في مختصره ولم يذكر فيه قول ابي حنيفة رح كما لم يذكر في المختلف والمختصر غيره ذلك لكن قال الشيخ ابو نصر البغدادي وذكر في الجامع قول ابي حنيفة رح مثل قول محمد رح فلذلك قال المصنف وهو اي قول محمد رح قول ابي حنيفة رح ولم تقل انه رجع عنه الى ابي حنيفة رح وهو رح ما هو اللائق لعلو مرتبته فيما اذا اتخذ قولهما وضمان الغصب عند زفر رح يعني يجب مثله او قيمته بالغة ما بلغت قال في العناية فلما رجع الوكيل على الموكل ان كان ثمنه اكثر ويرجع الموكل على الوكيل اذا كانت قيمته اكثر انتهى وهو المفهوم مما ذكره في شرح الوقاية وهو الظاهر عندي على قول زفر رح تامل لانه اي الحبس منع بغير حق لما مر ان قبض الوكيل قبض الموكل وليس له حق الحبس فيه فصار غاصبا لها اي لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله انه اي الوكيل بمنزلة البائع منه اي من الموكل كما تقدم فكان حبسه لاستيفاء الثمن اذ للبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن فيسقط اي الثمن بهلاكه اي بهلاك المبيع واعترض بانه لو كان كذلك لزم الضمان حبس او لم يحبس لان المبيع مضمون على البائع وان لم يحبس واجيب بانه اذا حبس يتعين انه بالقبض كان عاملا لنفسه فتقوى جهة كونه بائعا فلزم الضمان واما اذا لم يحبس فقبضه كان لموكله فاشبه الرسول فهلك عنده امانة كذا في العناية اقول لقائل ان يقول كما انه يشبه الرسول يشبه البائع ايضا لانعقاد المبادلة الحكمية بينهما كما مر فان لم تجعل جهة مشابهته بالبائع ساقطة عن خيز الاعتبار فيما اذا لم يحبس المبيع لم يظهر وجه عدم الضمان في هذه الصورة كما لا يخفى واذا جعلت تلك الجهة ساقطة عن خيز الاعتبار في هذه الصورة فمع عدم ظهور علة الاسقاط فيها يلزم ان لا تمشي فيها ما ذكر فيما سبق من تعليل مسئلة رجوع الوكيل بالشراء بالثمن على الموكل فيما اذا دفعه من ماله وقبض المبيع بانعقاد المبادلة الحكمية بينهما مع ان تلك المسئلة شاملة لصورتي الحبس وعدم الحبس وعلتها انعقاد المبادلة الحكمية بينهما فتامل ولابي يوسف رح انه اي الهالك مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن اي بعد ان لم يكن مضمونا لانه لم يكن مضمونا قبل الحبس كما تقدم وصار مضمونا بعد الحبس وكل ما هو كذلك

وهو الرهن بينه وبين خلاف البيع كان البيع ينفسخ بهلاكه وههنا لا ينفسخ اصل العقد لنا ينفسخ في حق الوكيل الوكيل كما اذا ردته الموكل بعيب فرضي الوكيل به قال واذا وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يبلغ منه عشرة ارطال لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند ابي حنيفة رح وقال يلزمه العشرون بدرهم وذكر في بعض النسخ قول محمد مع قول ابي حنيفة رح ومحمد رح لم يذكر الخلاف في اصل كتاب ابي يوسف رح انه امره بصرف الدرهم في اللحم وظن ان سعره عشرة ارطال فاذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين وكذا ابي حنيفة رح انه امره بشراء عشرة ولم يامره بشراء الزيادة فنفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل

فهو بمعنى الرهن اشار اليه بقوله وهو الرهن بعينه يعني هو بمعنى الرهن وهذا لاثبات مدعاه وقوله بخلاف البيع كشفي قولها يعني ان المشتري المحبوس ههنا ليس كالمبيع لان البيع ينفسخ بهلاكه اي بهلاك المبيع وههنا لا ينفسخ اصل العقد يعني الذي بين الوكيل وبائعه واجاب المصنف عنه بقوله قلنا ينفسخ اي العقد في حق الموكل والوكيل وان لم ينفسخ في حق البائع والوكيل ومثله لا يمتنع كما اذا رده الموكل بعيب اي اذا وجد الموكل عيبا بالمشتري فرده الى الوكيل رضي الوكيل به فانه يلزم الوكيل وينفسخ العقد بينه وبين الموكل وان لم ينفسخ بينه وبين بائعه قال صاحب غاية البيان وهذا مغالطة على ابي يوسف رح لانه يفرق بين هلاك المبيع قبل القبض في يد البائع وبين هلاكه في يد الوكيل بعد الحبس ففي الاول ينفسخ البيع وفي الثاني لا وانفساخ البيع بين الوكيل والموكل بالرد بالعيب لا يدل على انفساخه من الاصل اذا هلك في يد الوكيل فخرج الجواب عن موضع النزاع انتهى وقال صاحب الغاية بعد نقل ذلك وانه لكما ترى فاسد لانه اذا فرض ان الوكيل بائع كان الهلاك في يده كالهلاك في يد بائع ليس بوكيل فاستويا في وجود الفسخ وبطل الفرق بل اذا تاملت وجدت ما ذكر عن جانب ابي يوسف رح غلطا او مغالطة وذلك لان البائع من الوكيل بمنزلة بائع البائع واذا انفسخ العقد بين المشتري وبائعه لا يلزم منه انفساخ بين البائع وبائعه فكان ذكره احدهما يعني غلطا او مغالطة قال اي القدوري في مختصره واذا وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة ارطال بدرهم اي اذا كانت عشرة ارطال من ذلك اللحم يساوي قيمته درهما وانما قيده به لانه اذا كانت عشرة الارطال منه لا تساوي درهما نفذ البيع الكل على الكل بالاجماع كذا في الذخيرة وسياتي في الكتاب لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند ابي حنيفة رح وقال لا يلزمه العشرون الى هنا لفظ القدوري قال المصنف ره وذكر في بعض النسخ اي في بعض نسخ مختصر القدوري قول محمد رح مع قول ابي حنيفة رح وقال المصنف ومحمد ره لم يذكر الخلاف في الاصل اي المبسوط فانه قال في آخر باب الوكالة بالبيع والشراء منه واذا وكله ان يشتري له عشرة ارطال بدرهم لزم الامر منها عشرة بنصف درهم والباقي للمامور لانه امره لشراء قدر مسمى فما زاد على ذلك القدر لم يتناوله امره وكان مشتريا لنفسه وفي القدر الذي يتناوله امره قد حصل مقصوده وزاده منفعة بالشراء باقل مما سمى له فكان مشتريا للامر الى هنا لفظ الاصل ولم يذكر الخلاف كما ترى الا ابي يوسف رح انه امره ان الموكل امر الوكيل بصرف الدرهم في اللحم وظن ان سعره عشرة ارطال فاذا اشترى به عشرين فقد زاد خيرا يعني ان الوكيل لم يخالف الموكل فيما امره وانما جاء ظنه مخالفا للواقع فليس على الوكيل من ذلك شئ سيما اذا زاده خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين حيث جاز ذلك فكذا هذا ولابي حنيفة رحمه الله انه امره بشراء عشرة اي بشراء عشرة ارطال لحم ولم يامره بشراء الزيادة وظن ان ذلك المقدار يساوي درهما وقد خالفه فيما امره به فينفذ شراؤه اي شراء الزيادة عليه اي على الوكيل لكونه غير مامور به وشراء العشرة على الموكل اي وينفذ شراء العشرة على الموكل لانه اتيان بالمامور به فان قيل ينبغي ان لا يلزم الامر عنده عشرة بنصف درهم ايضا لان هذه العشرة تثبت ضمنا للعشرين لا قصدا وقد وكله بشراء عشرة قصدا ومثل هذا لا يجوز على قوله كما اذا قال لرجل طلق امراتي واحدة فطلقها ثلثا لا يقع عنده الا واحدة لثبوتها في ضمن الثلاثة والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به فلا يثبت بما في ضمنه ايضا بعالة قلنا ذاك مسلم في الطلاق لان المتضمن لم يثبت هناك لا من الموكل لعدم التوكيل به ولا من الوكيل لان المراة مراة الموكل لا مراة الوكيل وانا ههنا اذا لم يثبت الشراء من الموكل ثبت من الوكيل لان الشراء اذا وجد نفاذا لا يتوقف بل ينفذ على الوكيل كما في سائر الصور التي خالف الوكيل بالشراء فلما ثبت المتضمن وهو العشرون ثبت ما في ضمنه وهو العشرة الا ان الوكيل خالف الموكل حيث اشترى العشرة بنصف درهم فهو مخالفة الى غير فينفذ على الموكل ولان الثمن يتوزع على اجزاء المبيع فحينئذ كان الكل مقصودا فلا تحقق الضمن في الشراء كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الامام المحقق مولانا حميد الدين

بخلاف ما استشهد به لان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فتكون له بخلاف ما اذا اشترى ما يساوي عشرين طلا بدل لهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالاجماع لان الامر يتناول السمين وهذا معزول فلم يحصل مقصود الآمر قال ولو وكله بشراء شئ بعينه ليس له ان يشتريه لنفسه لانه يؤدي الى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل الا بحضرة الموكل

اقول الوجه الثاني من الجواب المذكور وهو قوله ولان الثمن يتوزع الخ واضح لاغبار عليه واما الوجه الاول منه فمشكل لانه يقال انما يلزم الاعتراف بان الشراء في المتضمن وهو العشرون مثبت من الوكيل دون الموكل كيف يتم القول بان ما في ضمنه وهو العشرة مثبت من الموكل ولا شك ان حكم ما في ضمن الشئ متبوع حكم الشئ دائما فثبوت شراء العشرين من الوكيل نفسه يستلزم ثبوت شراء العشرة التي في ضمنه منه ايضا فلا وجه لنفاذ شراء العشرين على الوكيل فنفاذ شراء العشرة التي في ضمنه على الموكل كما لا يخفى فان قلت ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما ذكر في الذخيرة والتتمة محالا الى المنتقى وهو انه اذا امره ان يشتري له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له هرويين بعشرة كل واحد منهما يساوي عشرة قال ابو حنيفة رح لا يجوز البيع في واحد منهما وهناك ايضا حصل مقصود الآمر وزاده خيرا ومع ذلك لا ينفذ الشراء على الآمر في شئ منهما فكيف ينفذ ههنا شراء العشرة على الموكل قلت يتحمل ان الفرق انما نشأ من حيث ان اللحم من ذوات الامثال كما اختاره صاحب المحيط لانه من الموزونات والاصل في المكيلات والموزونات ان تكون من ذوات الامثال وهي لا تتفاوت في القيمة اذا كانت من جنس واحد وصفة واحدة وكلامنا فيه لان الكلام فيما اذا كان اللحم مما يباع عشرة ارطال منه بدرهم فح كان للوكيل ان يحمل للموكل اي عشرة شاء بخلاف الثوب فانه من ذوات القيم والثوبان وان كانا متساويين في القيمة لكن ذلك انما يعرف بالحزر والظن وذلك لا يعين حق الموكل فيثبت حقه مجهولا فلا ينفذ عليه والى هذا اشار في التتمة فقال لانا لا ندري ايهما اعطيه بجهة من العشرة لان القيمة لا تعرف الا بالحزر والظن كذا في النهاية قال صاحب العناية بعد ان ذكر هذا الجواب ونسبه الى صاحب النهاية وهذا لا يشفي الا على طريقة من جعل اللحم مثليا واما عند غيره فلا بد من تعليل آخر ولعل ذاك ان يقال اللحم ايضا من ذوات القيم لكن التفاوت فيه قليل اذا كان من جنس واحد مفروض التساوي في القدر والقيمة وقد يختلط بعضه ببعض بخلاف الثوب فان في تفرق التحمل في احتمال التساوي كثرة مادة وصورة وطولا وعرضا ورفعة وابلة كونه حاصلا بصنع العباد فيحل السهو والنسيان فلا يلزم تحمله من تحمل ما هو اقل منه خللا انتهى كلامه بخلاف ما استشهد به جواب عن تمثيل ابي يوسف رح المتنازع فيه بما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين لان الزيادة هناك اي فيما استشهد به بدل ملك الموكل ولا يجوز ان يستحقه الوكيل لا باذن الموكل ولا بغير اذنه ولهذا لو قال بع ثوبي هذا على ان ثمنه لك لا يصح فتكون له اي فيكون الزيادة للموكل قال صاحب العناية ورد بان الدرهم ملك الموكل فيكون الزيادة ملكه فلا فرق بينهما حينئذ والجواب ان الزيادة ثمنه مبدل منه لا بدل وكان الفرق ظاهرا والحاصل ان في ذلك قياس البيع على الثمن وهو فاسد لوجود الفارق فاقبل ذلك ان الالف الزائد لا يفسد لطول المكث بخلاف اللحم ويجوز صرفها الى حاجة اخرى فاجزه وقد تعذر ذلك في اللحم فتأمل انتهى كلامه اقول في كل واحد من الرد والجواب شئ فتامل بخلاف ما اذا اشترى ما يساوي عشرين رطلا بدرهم متعلق باصل المسئلة حيث يصير اي يصير الوكيل في هذه الصورة مشتريا لنفسه بالاجماع لوجود المخالفة لان الامر يتناول السمين وهذا اي ما اشتراه مهزول فلم يحصل مقصود الآمر فلم يكن ذاك له قال اي القدوري في مختصره ولو وكله بشراء شئ بعينه فليس له اي للوكيل ان يشتريه لنفسه اي لا يجوز حتى لو اشتراه لنفسه يقع الشراء للموكل سواء نوى عند العقد الشراء لنفسه او صرح بالشراء لنفسه يقع الشراء لنفسه بان قال اشهدوا اني قد اشتريت لنفسي هذا اذا كان الموكل غائبا فان كان حاضرا وصرح الوكيل بالشراء ليصير مشتريا لنفسه كذا في الشروح نقلا عن التتمة ووضع المسئلة في العبد في الذخيرة ثم قال وانما كان كذلك لان العبد اذا كان بعينه فشراؤه داخل تحت الوكالة من كل وجه فمتى اتى به على موافقة الآمر وقع الشراء للموكل نوى او لم ينو قال المصنف في تعليل مسئلة الكتاب لانه اي لان اشتراه لنفسه يؤدي الى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه وذلك لا يجوز ولان فيه اي في اشترائه لنفسه عزل نفسه عن الوكالة ولا يملكه على ما قيل الا بحضرة من الموكل لانه فسخ عقد فلا يصح بدون علم صاحبه كسائر العقد كذا في العناية وغاية البيان اقول يرد عليه ان العلم

فاذا كان المامور به شراء شئ بعينه او لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود او وكل وكيلا بشراء شئ فاشترى الثاني وهو غائب يتملك الوكيل الاول فهذه الوجوه لا يخالف امر الامر

بالعزل في باب الوكالة يحصل باسباب متعددة منها حضور صاحبه ومنها بعث الكتاب ووصوله اليه ومنها ارسال الرسول اليه وتبليغه الرسالة اياه ومنها اخبار واحد عدل او اثنين غير عدلين بالاجماع واخبار واحد عدلا كان او غيره عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وقد صرح بهذا في خامة المعتبرات نقلا عن البدائع فاشتراط علم الآخر في صحة فسخ المتعاقدين العقد القائم بينهما لا يقتضي ان يملك الوكيل عزل نفسه الا بحضرة الموكل لان انتفاء سبب واحد لا يستلزم انتفاء سائر الاسباب فلا تيم التقريب المتوهم الا ان يحمل وضع المسئلة على انتفاء سائر اسباب العلم بالعزل ايضا لكنه غير ظاهر من عبارات الكتب اصلا ويحتمل ان يكون السر في اقحام المص قوله على ما قيل الا ايما الى ذلك فتامل واعلم ان صاحب البدائع قال في بيان هذه المسئلة الوكيل بشراء شئ بعينه لا يملك ان يشتريه لنفسه واذا اشترى يقع الشراء للموكل لانه شراه لنفسه عزل نفسه عن الوكالة وهو لا يملك ذلك الا بحضرة الموكل كما لا يملك الموكل عزله الا بحضرته على ما نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى ثم قال في موضعه وهو فصل يخرج به الوكيل عن الوكالة ان الوكيل يخرج عن الوكالة باشياء منها عزل الموكل اياه ونهيه لان الوكالة عقد غير لازم فكان محتملا للفسخ بالعزل والنهي ولصحة العزل شرطان احدهما علم الوكيل لان العزل فسخ فلا يلزم حكمه الا بعد العلم بالفسخ فاذا عزله وهو حاضر انعزل وكذا لو كان غائبا فكتب اليه كتاب العزل فبلغه الكتاب وعلم ما فيه انعزل لان الكتاب من الغائب كالخطاب وكذلك لو ارسل اليه رسولا فبلغ الرسالة وقال ان فلانا ارسلني اليك ليقول اني قد عزلتك عن الوكالة فانه ينعزل كائنا من كان الرسول عدلا كان او غير عدل حرا كان او عبدا صغيرا كان او كبيرا بعد ان بلغ الرسالة على الوجه الذي ذكرنا لان الرسول قائم مقام المرسل وسفيره عنه فيصح سفارته بعد ان صحت عبارته على اي صفة كان وان لم يكتب كتابا ولا ارسل اليه رسولا ولكن اخبره بالعزل رجلان عدلان كانا او غير عدلين او رجل واحد عدل ينعزل في قولهم جميعا سواء صدقه الوكيل او لم يصدقه اذا ظهر صدق المخبر لان خبر الواحد العدل مقبول في المعاملات وان لم يكن عدلا فاجر العدد او العدل او لي وان اخبره واحد غير عدل فان صدقه ينعزل بالاجماع وان كذبه لا ينعزل وان ظهر صدق المخبر في قول ابي حنيفة رح وعندهما ينعزل اذا ظهر صدق المخبر وان كذبه الى هنا كلامه اقول لا يذهب عليك ان فيما بين كلاميه المذكورين في الموضعين تدافعا فان ما ذكره في فصل يخرج به الوكيل عن الوكالة صرح في صحة عزل الموكل الوكيل بشرط علم الوكيل سواء عزله بحضرة منه او عزله بغيبة منه ولكن علم العزل بسبب من الاسباب شتى على ما فصله وما ذكره اولا من قوله كما لا يملك الموكل عزله الا بحضرة منه يدل على حصر صحة عزل الموكل للوكيل في صورة ان عزله بحضرة منه كما ترى والعجب انه حال الاول على الثاني بقوله على ما ذكره في موضعه قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين الوكيل بنكاح امرأة بعينها اذا نكحها من نفسه بمثل المهر المامور به فانه يقع على الوكيل لا على الموكل مع انه لم يخالف في المهر المامور به واجيب بان النكاح الموكل به نكاح مضاف الى الموكل فان الوكيل بالنكاح لا بد ان النكاح الى موكله ليقول زوجتك فلان والموجود فيما اذا نكحها من نفسه ليس بمضاف الى الموكل فان النكاح من نفسه هو ان يقول تزوجتك فكانت المخالفة موجودة فوقع على الوكيل بخلاف التوكيل بشراء شئ بعينه فان الموكل به هناك شراء مطلق بمثل الثمن المامور به لا شراء مضاف الى الموكل فاذا اتى بذلك يقع على الموكل فاذا كان الثمن مسمى يعني لو وكله بالشراء بثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه اي بخلاف جنس المسمى بان سمى دراهم مثلا فاشترى بدنانير او لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود كالمكيل والموزون او وكل اي الوكيل وكيلا بشرائه فاشترى الثاني اي فاشترى الوكيل الثاني وهو وكيل الوكيل وهو غائب اي والحال ان الوكيل الاول غائب يتملك الوكيل الاول في هذه الوجوه اي في هذه الوجوه الثلثة التي ذكرها المص تفريعا على مسئلة القدوري يعني انما لا يكون الشراء للوكيل فيما وكل بشراء شئ بعينه فاشتراه لنفسه اذا لم يوجد احد هذه الوجوه الثلثة اما اذا وجد فيكون الشراء للوكيل الاول لانه اي الوكيل الثاني خالف امر الامر وهو الموكل اما اذا اشترى بخلاف جنس

فنفذ عليه ولو اشترى الثاني بحضرة الوكيل الاول نفذ على الموكل الاول لانه حضر رأيه فلم يكن مخالفا قال ولو وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل او يشتريه بمال الموكل قال رضي الله عنه هذه المسئلة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد عندي بقوله او يشتريه بمال الموكل دون النقد مع ما له كان فيه تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع وهو مطلق

ما سمي فتجاهروا واذا اشترى بغير النقود فان المتعارف نقد البلد والامر ينصرف اليه وان اذا وكل وكيلا بالشراء له فلانه مأمور بان يحضر رأيه ولم يتحقق حال غيبته فنفذ اي الشراء عليه اي على الوكيل الاول ولو اشترى الثاني اي الوكيل الثاني بحضرة الوكيل نفذ اي الشراء على الموكل الاول لانه حضر رأيه اي رأي الوكيل الاول فلم يكن مخالفا اي لم يكن الوكيل الاول مخالفا للامر آمره وذلك لانه اذا كان حاضرا يصير كانه هو المباشر للعقد الا يرى ان الاب اذا زوج ابنته البالغة بشهادة رجل واحد بحضرتها جاز فجعل كانها من التي باشرت العقد وكان الاب مع ذلك الرجل شاهدين كذا في المبسوط قيل ما الفرق بين الوكيل بالبيع والشراء والنكاح والخلع والكتابة اذا وكله غيره فيفعل الثاني بحضرة الاول افعل ذلك اجنبي فبلغ الوكيل فاجازه يجوز وبين الوكيل بالطلاق والعتاق فانه لو وكل غيره فطلق او اعتق الثاني لا يقع وان كان بحضرة الوكيل الاول والرواية في التتمة والذخيرة واجيب بان العلم بحقيقة الوكالة في التوكيل بالطلاق والعتاق متعذر لان التوكيل تفويض الرأي الى الوكيل وتفويضه الرأي الى الوكيل انما تحقق فيما يحتاج فيه الى الرأي ولا حاجة فيهما اذ اقتدروا عن ماله الى الرأي فجعلنا الوكالة فيهما مجازا عن الرسالة لانها تتضمن معنى الرسالة والرسول ينقل عبارة المرسل فصار المأمور فيهما مأمورا بنقل عبارة الآمر لا بشيء آخر وتوكيل الآخر والاجارة ليس من النقل في شيء فلم يملك الوكيل وا في البيع والشراء وغيرهما فافترقا والعلم بحقيقة الوكالة ممكن لانها مما يحتاج فيه الى الرأي فاعتبر المأمور وكيلا او المأمور به حضور رأيه وقد حضر بحضوره او باجازته قال اي القدوري في مختصره وان وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل او يشتريه بمال الموكل الى هنا لفظ القدوري قال اي المصنف رضي الله عنه هذه المسئلة على وجوه ان اضاف اي الوكيل العقد الى دراهم الآمر كان للآمر وهذا هو الوجه الاول من وجوه هذه المسئلة وقال المصنف وهو المراد عندي بقوله او يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله يعني ان المراد بقول القدوري او يشتريه بمال الموكل الاضافة عند العقد الى دراهم الموكل دون النقد من مال الموكل بغير اضافة اليه لان فيه اي لان في النقد من مال الموكل تفصيلا وخلافا فانه بعد ان يشتريه يدرأ هم مطلقة ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء للموكل ان نقد من دراهم الوكيل كان الشراء للوكيل خلافا فانه اذا تصادقا على انه لم يحضر النية وقت الشراء فعلى قول محمد رح النقد للوكيل وعلى قول ابي يوسف رح يحكم النقد على ما يجيء وهذا بالاجماع اي لو اضاف العقد الى دراهم الآمر يقع له بالاجماع وهو مطلق اي قوله او يشتريه بمال الموكل مطلق الا تفصيل فيه فيحمل على الاضافة الى مال الموكل كذا قال جمهور الشراح في شرح هذا المقام اقول فيه نظر لانهم حملوا التفصيل المذكور في قول المصنف وان فيه تفصيلا على انه ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان الشراء له وليس بصحيح لان ذلك تفصيل للنقد المطلق لا للنقد من مال الموكل كما لا يخفى وما يصلح لترجيح كون المراد بقول القدوري او يشتريه بمال الموكل الاضافة الى دراهم الموكل دون النقد من ماله انما هو وقوع التفصيل في النقد من مال الموكل لا وقوعه في النقد المطلق اذ لا مساس له بكلام القدوري فان المذكور فيه مال الموكل دون مطلق المال ثم ان صاحب العناية قد سلك المسلك المذكور في شرح هذا المقام وزاد خللا حيث قال بعد ان ذكر وجوه هذه المسئلة واذا علمت هذه الوجوه ظهر لك ان في النقد من مال الموكل تفصيلا اذا اشترى بدراهم مطلقة ولم ينو لنفسه ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان له وان نواه للموكل لا يعتبر بالنقد انتهى فان قوله ولم ينو لنفسه قيد مفسد ههنا لانه اذا لم ينو لنفسه فان نوى للموكل لا يعتبر النقد اصلا كما صرح به فلا يصح التفصيل الذي ذكره بقوله ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان له وان لم ينو للموكل ايضا كان صدق ذلك التفصيل على قول ابي يوسف رحمه الله فقط اذ على قول محمد رح يكون العقد حينئذ للوكيل كما سيجيء وكان ما ذكره هنا سابقا بشرح قول المصنف وخلافا فالشارح قوله تفصيلا حاليا انه بعد ما صح بان التفصيل انما هو في النقد من مال حيث قال ظهر لك ان في النقد من مال الموكل تفصيلا كيف تيسر له بيان ذلك التفصيل

وان اضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة اذا الشراء لنفسه باضافة العقد دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا

في النقد والنسيئة والمطلق بان قال ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان له والحاصل ان الوكالة في تقرير صاحب العناية فيشكل اقول الحق في هذا المقام ان المصنف اراد بالتفصيل في قوله لان فيه تفصيلا وخلافا صورتي التكاذب والتوافق وبالخلاف الخلاف الواقع في صورة التوافق فالمعنى ان في النقد من مال الموكل تفصيلا فانه اذا نقد من ماله واذا اتكاذبا في النية يحكم النقد بالاجماع وان توافقا على انه لم يجزه النية فعند محمد رح هو للعاقد وعند ابي يوسف رح يحكم العقد ايضا وخلافا فانه اذا نقد من ماله وتوافقا على عدم النية لاحدهما فعند محمد رح هو للعاقد وعند ابي يوسف رح يحكم النقد بخلاف الاضافة الى دراهم الامر فانه لا تفصيل ولا خلاف فيها فكان حمل كلام القدوري عليها اولى ثم اقول بقي لنا بحث فيما ذهب اليه المصنف ره ههنا وهو ان فيه اخلالا باصل المسئلة فان صورة ان اضاف العقد الى دراهم مطلقة وتكاذبا في النية لا يكون داخلة حينئذ في شئ من قسمي الاستثناء المذكور في كلام القدوري فيلزم ان يكون العقد في تلك الصورة للوكيل النية بموجب ما بقي في الكلام بعد الاستثناء مع انه يحكم النقد فيها بالاجماع ففيما نقد من مال الموكل يصير العقد له قطعا وان صورة ان ضاف العقد الى دراهم مطلقة وتوافقا على انه لم يجزه النية لا يكون داخلة ايضا في شئ من قسمي الاستثناء المذكور فيلزم ان يكون العقد ههنا ايضا للوكيل بموجب ما بقي بعد الاستثناء مع ان فيها خلافا كما سيأتي فيلزم حمل كلام القدوري على ما فيه الخلاف ولم يقبله المصنف ره بجملته قد هرب المصنف ره في حمل كلام القدوري ههنا عن ورطة ووقع في ورطة اخرى مثل الاولى بل اشد منها فما الفائدة فيه ولعل صاحب الكافي تفطن لذلك حيث زاد الاستثناء في موقع المسئلة فقال ولو وكله بشراء عبد بعينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل او يشتريه بمال الموكل او ينقد من ماله وقال في هذه المسئلة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد بقوله او يشتريه بمال الموكل الى آخره وان اضافه الى دراهم نفسه اي ان اضاف الوكيل العقد الى دراهم نفسه كان اي العقد لنفسه بدا هو الوجه الثاني من وجوه هذه المسئلة حملا لحاله اي حال الوكيل على ما يحل له شرعا تعليل لقوله ان اضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر يعني انه اذا اضاف العقد الى دراهم الآمر ينبغي ان يقع للآمر فكان واقعا للوكيل فلو وقع له كان غاصبا لدراهم الآمر وهو لا يحل شرعا كذا قال صاحب النهاية وعليه عامة الشراح اقول فيه نظر لان الغصب انما يلزم لو نقد من دراهم الآمر واما اذا اضاف دراهم الآمر ولكن لم ينقد من دراهمه بل نقد من دراهم نفسه فلا يلزم الغصب قطعا وجواب مسئلة الاضافة الى دراهم الآمر متحد في الصورتين نص عليه في الذخيرة ونقل عنها في النهاية فلا تيم التقريب او يفعله عادة عطف على قوله يحل له شرعا وتعليل لقوله وان اضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه يعني ان العادة جرت بان الشراء اذا كان مضافا الى دراهم معينة يقع لصاحب الدراهم فلما اضاف العقد ههنا الى دراهم نفسه وقع له حملا لامره على وفق العادة كذا في النهاية وعليه العامة قال تاج الشريعة بعد ان جرى في شرح كلام المصنف ره ههنا على الطريقة المذكورة وهي توزيع التعليل المزبور على المسئلتين ويجوز ان يكون التعليل للمسئلة الاولى والحكم في المسئلة الثانية ثبت بطريق الدلالة لانه كما لا يحل ان يشتري لنفسه وبضيف العقد الى دراهم غيره شرعا فكذا لا يحل له ان يشتري لغيره ويضيفه الى دراهم نفسه واما العادة فجارية على انه لا يشتري لغيره ويضيفه الى دراهم نفسه كذا على العكس انتهى وقال صاحب النهاية بعد ان سلك الطريقة المذكورة ويجوز ان يكون قوله حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة دليلا على الوجه الاول والثاني يعلم بالدلالة فانه كما لا يحل له ان يشتري لنفسه ويضيف العقد الى دراهم غيره شرعا فكذا لا يحل له ان يشتري لغيره ويضيفه الى دراهم نفسه والعادة مشتركة لا محالة ثم قال والاول اولى لان بالاول يصير غاصبا دون الثاني فلا امتناع فيه شرعا انتهى اقول ان قول المصنف ره اذا الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا ينادي بأعلى الصوت على ان التعليل المزبور يتعين للوجه الاول كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة فالاولى ان يجعل مجموع قوله حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة

وان اضافه الى دراهم مطلقة فان نواها للآمر فهو للآمر وان نواها لنفسه فلنفسه كان له ان يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل وان نكاح وان النية
يحكم النقد بالاجماع كما فيه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا وان توافقا على انه لم تحضره النية قال محمد له هو للعاقد كان الاصل ان كل واحد يعمل لنفسه
الا اذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت وعند ابي يوسف رح يحكم النقد فيه كان ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا فمن اي المالين نقد
فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه وكان مع تصادقهما يحتمل النية للآمر وفيما قلناه حمل حاله على الصلاح كما في حالة التكاذب وانما يكون اكلا حراما في الطعام على هذا الوجه

دليلا على الوجه الاول ويكتفي في العلم بالوجه الثاني بدلالة سكته الثاني اعني قوله او يفعله عادة على ذلك والانصاف ان في تحرير المحل ههنا تعقيدا وتخطا
كما ترى ولهذا تحير الشراح في حله الوافي وشرحه الكافي وان اضافه اي العقد الى دراهم مطلقة هذا هو الوجه الثالث من وجوه هذه المسئلة وفي تفصيل اشارة
بقوله فان نواها اي الدراهم المطلقة للآمر فهو اي العقد للآمر وان نواها لنفسه فلنفسه اي فالعقد لنفسه لان له ان يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل اي في
التوكيل بشراء عبد بغير عينه وكانت نيته معتبرة اقول لقائل ان يقول اذا نواها لنفسه ولكن نقد من دراهم الآمر ينبغي ان يكون العقد للآمر لئلا يلزم المحذور الذي
ذكروه فيما اذا اضاف العقد الى دراهم الآمر من كونه غاصبا لدراهم الآمر فان قلت الغصب من صورة الاضافة الى دراهم الآمر في ضمن نفس العقد فيبطل العقد
ببطلانه وانما في الصورة المذكورة ففي النقد من دراهم الآمر وهو خارج عن نفس العقد فلا يلزم من البطلانه بطلان العقد فافترقت الصورتان قلت الغصب ازالة
اليد المحقة باثبات اليد المبطلة ولا شك ان هذا لا يتحقق في نفس الاضافة الى دراهم الآمر بل انما يتحقق في النقد من دراهمه فهو لم يوجد في ضمن نفس العقد في
شيء من الصورتين المذكورتين بل انما وجد في النقد من دراهم الآمر وهو خارج عن نفس العقد في تينك الصورتين معا فلا تيم الفرق تدبر وان تكاذبا اي
الوكيل والموكل في النية فقال الوكيل نويت لنفسي وقال الموكل نويت لي يحكم النقد بالاجماع فمن مال من نقد الثمن كان المبيع له لانه اي النقد دلالة ظاهرة
على ما ذكرناه من جعل حاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة وان توافقا على انه لم تحضره النية ففيه اختلاف بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله قال محمد رح هو
اي العقد للعاقد لان الاصل ان كل احد يعمل لنفسه يعني ان الاصل ان يعمل كل احد لنفسه الا اذا ثبت جعله اي جعل العمل لغيره بالاضافة الى مال او بالنية
ولم يثبت اي والغرض انه لم يثبت وعند ابي يوسف رح يحكم النقد لان ما اوقعه مطلقا اي من غير تعيين نيته يحتمل الوجهين وهما ان يكون العقد للآمر وان
يكون لنفسه فيبقى موقوفا فمن اي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه فتعين به احد المحتملين ولان مع تصادقهما على انه لم تحضره النية يحتمل النية
للآمر بان نوى له ونسيه وفيما قلناه اي في تحكيم النقد حمل حاله اي حال الوكيل على الصلاح وهو ان لا يكون غاصبا على تقدير النقد من مال الآمر بخلاف
حالة التكاذب بقي الكلام في هذه المسئلة وهو ان الاضافة الى اي نقد كانت ينبغي ان لا يفيد شيئا لان النقود لا تتعين بالتعيين واجيب عن ذلك بانا لا نسلم
ان الشراء بتلك الدراهم تعين وانما نقول الوكالة تتقيد بها على ما يجيء من ان النقود تتعين في الوكالات الا يرى انها لو هلكت قبل الشراء بها بطلت الوكالة
واذا تقيدت بها لم يكن الشراء بغيرها من موجبات الوكالة كذا في العناية وعليه جمهور الشراح واخذهم المبسوط اقول في الجواب بحث وهو ان النقود لا تتعين
في الوكالات قبل التسليم بالاجماع وكذا بعده عند عامة المشائخ وانما تتعين بعده عند بعضهم على قول ابي حنيفة رح صرح به في عامة المعتبرات وسيذكر لك
فيما سيجيء عن قريب وجواب مسئلة الاضافة الى دراهم الآمر والى دراهم نفسه نعم يفيد يكون الاضافة بعد التسليم وغير مختص بقول ابي حنيفة رح
بل هو مطلق وبالاجماع كما تقرر فيما مر فكيف تيم ان يجعل مداره ما هو المقيد والمختلف فيه وكان الامام الزيلعي بنى له هذا حيث قال في شرح الكنز في تعليل
مسئلة الاضافة الى ثمن معين لان الثمن وان كان لا تعين لكن فيه شبهة التعيين من حيث سلامة المبيع به وقد تعين قدره ووصفه ولهذا لا يطيب له
الربح اذا اشترى بالدراهم المغصوبة انتهى لكنه لم يات ايضا بما يشفي العليل ههنا كما ترى ثم اقول الاولى في الجواب ان يقال ليس العلة في كون
العقد عن اضافة الى دراهمه تعين النقود بالتعيين بل حمل حاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة كما مر مبينا ومشروحا فلا ضير لعدم تعين النقود بالتعيين
في مسئلتنا هذه وقد اشار اليه صاحب الكافي حيث قال والدراهم وان لم تتعين ولكن ان الظاهر ان المسلم لا يضيف شراء الشيء الى دراهم
الغير لانه منكر شرعا وعرفا انتهى قال المصنف ره والتوكيل في الاسلام بالطعام على هذه الوجوه المذكورة في التوكيل بالشراء وفاقا وخلافا وانما خصهما

قال من امر رجلا بشراء عبد بالف فقال قد فعلت ومات عندي وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر وان كان دفع اليه الالف فالقول قول المامور لكن في الوجه الاول اخبر عما لا يملك استينافه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكره فالقول للمنكر وفي وجهه الثاني هو امين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله ولو كان العبد حيين اختلفا ان كان الثمن منقودا فالقول للمامور لانه امين وان لم يكن منقودا فكذلك عند ابي يوسف ومحمد رح لانه يملك استينانف الشراء فلا يتهم في الاخبار عنه وعند ابي حنيفة رح القول للآمر لانه

بالذكر مع استفادة حكمه من التوكيل بالشراء نفيا لقول بعض مشائخنا فانهم قالوا في مسئلة الشراء اذا تصادقا انه لم يحضره النية فالعقد للوكيل اجماعا ولا حكم للنقد وانما الخلاف بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في مسئلة التوكيل بالاستلام وهم فرقوا بين مسئلة الشراء والسلم على قول ابي يوسف رحمه الله بان النقد اثر في تنفيذ السلم فان المفارقة بلا نقد تبطل السلم فاذا جعل من له العقد يستبد بالنقد وليس الشراء كذلك فكان العقد لعاقد عملا بالقضية الاصل كذا في الشروح وفرق ابو يوسف رح بين هذا وبين المامور بالحج عن الغير اذا اطلق النية عند الاحرام فانه يكون عاقدا لنفسه فان الحج عبادة والعبادات لا تتادى الا بالنية فكان مامورا بان ينوي الحج عن المحجوج عنه ولم يفعل فصار مخالفا فيترك ما هو الشرط وامر المعاملات فالنية ليست بشرط فلا يصير تارك النية عن الآمر مخالفا فيبقى حكم عقده موقوفا على النقد كذا في باب الوكالة بالسلم من مبسوط قال اي محمد رح في الجامع الصغير ومن امر رجلا بشراء عبد بالف فقال اي المامور قد فعلت ومات عندي وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر فان كان اي الآمر دفع اليه اي الى المامور الالف فالقول قول المامور لان في الوجه الاول وهو ما اذا لم يكن الثمن منقودا الى المامور اخبر اي المامور عما لا يملك استينافه اي استيناف سببه وهو الرجوع بالثمن على الآمر فان سبب الرجوع على الآمر هو العقد وهو لا يقدر على استينافه لان العبد بيت اذ الكلام فيه والميت ليس بمحل العقد فكان قول الوكيل فعلت ومات عندي لارادة الرجوع على الآمر وهو اي الآمر ينكر ذلك والقول للمنكر فقول المصرح لا يملك استينافه معناه لا يملك استيناف سببه على طريق المجاز بالحذف والضمير المرفوع في قوله وهو الرجوع بالثمن راجع الى ما في عما لا يملك استيناف وهذا هو الوجه الاحسن في حل عبارة المصنف رح وهذا اليه ذهب صاحب العناية وقال انما قال وهو الرجوع ولم يقل وهو العقد لان مقصود الوكيل من ذكر العقد الرجوع بالثمن على الآمر لا العقد لاجل الآمر فترك الواسطة وهي العقد وصرح بالمقصود وهو الرجوع وكان ذكر المسبب واراده للسبب وجاز هذا لان الرجوع بالثمن على الآمر مختص بالشراء لاجل الآمر والى هذا التوجيه ذهب اكثر الشراح قال في الكفاية بعد ذكر هذا وفي بعض النسخ لا يملك استيناف وهو بهذا يريد الرجوع بالثمن على الآمر وبهذا ظاهر انتهى وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كان الثمن منقودا الى المامور وهو اي المامور امين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله قال صدر الشريعة في شرح الوقاية عمل في الهداية فيما اذا لم يدفع الآمر الثمن بان الوكيل اخبر بامر لا يملك استيناف وفيما اذا دفع بان الوكيل امين يريد الخروج عن عهدة الامانة اقول كل واحد من التعليلين شامل للصورتين فلم يتم به الفرق بل لا بد من انضمام امر آخر وهو ان فيما اذا لم يدفع الثمن يدعي الثمن على الآمر وهو ينكره فالقول للمنكر وفيما اذا دفع الثمن يدعي الآمر الثمن على المامور فالقول للمنكر انتهى هنا كلامه اقول ليس الامر كما زعمه بل كل واحد من التعليلين مخصوص بصورة اما الاول فلان قول المصرح فيه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكر والقول للمنكر لا شمول الصورة الثانية اذ الثمن فيها مقبوض الوكيل فلا يريد الرجوع به على الآمر قطعا وقد ليس ذلك على القائل في تحريره حيث ذكر اول التعليل الاول وترك آخره الفارق بين الصورتين والعجب انه ضم الى ما ذكره ما هو في معنى ما ترك واما الثاني فلان الثمن ليس بمقبوض الوكيل في الصورة الاولى فلا يصح ان يقال فيها انه امين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله كما لا يخفى ولو كان العبد حيا صين اختلفا فقال المامور اشتريته لك وقال الآمر بل اشتريته لنفسك ان كان الثمن منقودا فالقول للمامور لانه امين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله كما مر وان لم يكن اي الثمن منقودا فكذلك اي فالقول للمامور ايضا عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لانه يملك استيناف الشراء للآمر اذا العبد حي والحي محل للشراء فيملك ان يشتريه في الحال للآمر فلا يتهم في الاخبار عنه اي عن الشراء لاجل الآمر فان قيل ان وقع الشراء اولا للوكيل كيف يقع بعد ذلك حتى يملك استيناف الشراء واجيب بان تملك استيناف الشراء وان كان مع التصور فيمكن ان يتقايسخ الوكيل بالشراء مع بائعه ثم يشتريه لاجل الموكل كذا في الشروح وعند ابي حنيفة رح القول قول الآمر لانه اي لان الاخبار عن الشراء لاجل الآمر

موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا راى الصفقة خاسرة الزمها الامر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا كانه امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك
وكالثمن في يده هنا واذا كان امره بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمامور سواء كان الثمن منقودا او غير منقود وهذا بالاجماع لانه
اخبر عما يملك استيناءه ولا تهمة فيه كان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لتغير ذلك الشيء في حال غيبته على الامر بخلاف غير المعين على ما ذكره في مسئلة

موضع تهمة بان اشتراه لنفسه اي بان اشترى الوكيل لعبد لنفسه فاذا راى الصفقة خاسرة الزمها الامر اي اراد ان يلزمها الامر بخلاف ما اذا كان الثمن
منقودا لانه اي الوكيل امين فيه اي في الثمن او في هذا الوجه فيقبل قوله تبعا لذلك اي للخروج عن عهدة الامانة وكم من شيء يثبت تبعا ولا يثبت قصدا والثمن
في يده هنا اي لان الثمن في يد الوكيل فيما اذا كان العبد حيا والثمن غير منقود حتى يكون امينا فيقبل قوله تبعا للخروج عن عهدة الامانة فافترقا وان كان امر
بشراء عبد بعينه يعني ان كان التوكيل بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي اي والحال ان العبد حي فالقول للمامور سواء كان الثمن منقودا او غير منقود وهذا
بالاجماع اي هذا الوجه من وجوه هذه المسئلة بالاجماع بين ائمتنا الثلثة لانه اي المامور اخبر عما يملك استيناءه في الحال ولا تهمة فيه اي في اخباره عن ذلك
لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته اي في حال غيبة الموكل قيد به اذ في حال حضرة الموكل يملك شراءه لنفسه لانه
يملك عزل نفسه حال حضرته على ما مر اشار به الى قوله ولان فيه عزل لنفسه ولا يملكه على ما قبل الا بحضرة من الموكل بخلاف غير المعين اي بخلاف ما اذا كان التوكيل
بشراء عبد بغير عينه فاختلفا على ما ذكرناه لابي حنيفة رح يعني ما ذكره فيما مر آنفا من جانب ابي حنيفة رح وهو قوله لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا راى
الصفقة خاسرة الزمها الامر اقول لقائل ان يقول التهمة متحققة في صورة المتعين ايضا بان اشتراه لنفسه لكن لا على وجه الموافقة للآمر بل على وجه المخالفة
لو كان اشتراه بخلاف جنس الثمن المسمى او بغير النقود او وكل وكيلا بشرائه فاشتراه الثاني بنية الاول ثم لما راى الصفقة خاسرة قال للآمر اشتريته لك بمثل
الثمن المسمى والوكيل بشراء شيء بعينه انما لا يملك شراءه لنفسه على وجه الموافقة للآمر والا على وجه المخالفة له باحد الوجوه الثلثة المذكورة فيملك قطعا على
ما مر في محله فما الدافع لهذا استهمة على قول ابي حنيفة رح ثم اقول في الجواب عنه ان احتمال ان اشتراه لنفسه شبهة وبعد ذلك احتمال ان اشتراه لنفسه على وجه
المخالفة لا على وجه الموافقة شبهة شبهة وقد تقرر عندهم ان الشبهة تعتبر وشبهة الشبهة لا تعتبر والتهمة في صورة غير المعين نفس الشبهة وفي صورة المعين شبهة الشبهة
فاعتبرت في الاولى ولم تعتبر في الثانية قال صاحب النهاية والكفاية فان قيل الولي اذا اقر بتزويج الصغيرة لا يقبل عند ابي حنيفة رحمه الله مع انه يملك استيناف
النكاح في الحال قلنا قوله يملك استيناءه وقع على قوله ولا تهمة فيه ووقع على قول ابي حنيفة رح فكان في هذه المسئلة اتفاق الجواب مع اختلاف التخريج فلما
لم يكن قوله يملك استيناءه على قول ابي حنيفة رح لم يرد الاشكال على قوله او نقول لو كان في تزويج الصغيرة اخبارا عند حضور شاهدين يقبل قوله عنده ايضا فكان
ذلك انشاء النكاح ابتداء فلا يرد الاشكال لما انه انما لا يقبل هناك اقراره بتزويج الصغيرة عند عدم الشاهدين لانه لا يتصور انشاء شرعا لعدم الشهود فكان
لا يملك استيناءه فاظهر الجواب عنده في المسألتين انتهى كلامهما وقال صاحب غاية البيان فان قلت الاصل في الدلائل الاطراد وهذا لا يطرد على اصل ابي حنيفة رح
لان الاب اذا اقر على الصغير والصغيرة بالنكاح لم يصح الاقرار لابنيته دكذا وكيل الزوج او الزوجة ومولى العبد اذا اقر بالنكاح لا يصح الا بينة عند
ابي حنيفة رح خلافا لصاحبيه مع ان المقر يملك استيناف العقد قلت لانم انه يملك استيناف العقد مطلقا بل يملك مقيدا بحال حضرة الشهود ولم يكن شهود النكاح
حضورا وقت الاقرار فلم يكن الانشاء بلا شهود وهذا هو الجواب الثاني وقول بعض الشارحين ان قوله يملك استيناءه وقع على قوله ولا تهمة فيه ووقع
على قول ابي حنيفة رح بعيد عن التحقيق لان المجموع دليل ابي حنيفة رح لا قوله ولا تهمة فيه وحده انتهى كلامه ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال وفي قوله لانم
انه يملك استيناف العقد مطلقا بل يملكه مقيدا بحث فان تملك الاستيناف دائر مع التصور كما ذكروا انتهى اقول هذا ساقط جدا لان مرادهم بالدوران
مع التصور الامكان الشرعي وما لم يحضر الشهود لم يكن انشاء النكاح شرعا وقد افصح عنه صاحب النهاية والكفاية حيث قالا لانه لا يتصور انشاء شرعا لعدم الشهود
وافصح عنه صاحب العناية ايضا حيث قال ولم يكن شهود النكاح حضورا وقت الاقرار فلم يكن الانشاء بلا شهود فكون تملك الاستيناف دائرا مع التصور لا يقدح اصلا

ومن قال لآخر يعني هذا العبد لفلان فباعه ثم انكر ان يكون فلان امره بذلك فان فلانا ياخذه لان قوله السابق اقرار منه بالوكالة فلا ينفعه الانكار اللاحق وان قال فلان لم يامرني ولم يكن ذلك اصلا لان الاقرار ارتد برده قال لان يسلمه للمشتري له فيكون بيعا عليه العبد لانه مباشر بالتعاطي كمن اشترى لغيره بغير امره وسلمه للمشتري له ودلت المسئلة على ان التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي فان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لاستتمام التراضي وهو المعتبر في الباب

في قول صاحب العناية لانه ان يملك بتعيين العقد مقابلا بل يملك بتعيين الحال حضرة الشهود ثم اعلم ان هذه المسئلة على ثمانية اوجه كما صرح به في الكافي وغيره لانه اما ان يكون التوكيل بشراء عبد بعينه او بغير عينه وكل ذلك على وجهين اما ان يكون الثمن منقودا او غير منقود وكل ذلك على وجهين اما ان يكون العبد حاضرا او غائبا فهذه ثمانية اوجه منها في الكتاب مدللا ومفصلا كما عرفت فبقي منها وجهان وهما ان يكون التوكيل بشراء عبد بعينه ويكون العبد غائبا والثمن منقودا او غير منقود وقد ذكرهما مع دليلهما صاحب العناية حيث قال في تقسيم التوكيل بشراء عبد بعينه وان كان العبد غائبا والثمن منقودا فالقول للمامور لانه امين يريد الخروج عن عهدة الامانة وان كان غير منقود فالقول للآمر لانه اخبر عما لا يملك استيناءه ويريد بذلك الرجوع على الآمر وهو منكر فالقول له انتهى اقول ودليل الوجه الآخر منها محل اشكال فان الآمر وان كان منكرا لاشتراء المامور للآمر لكنه معترف باشتراء المامور لنفسه حيث قال للمامور بل اشتريته لنفسك وقد تقرر ان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن بل يقع الشراء للموكل البتة فينبغي ان لا يكون لانكار الآمر شراء المامور للآمر حكم في هذا الوجه ايضا فتامل

ومن قال لآخر يعني هذا العبد لفلان اي لاجل فلان فباعه ثم انكر اي المشتري ان يكون فلان امره ثم جاء فلان وقال انا امرته بذلك فان فلانا ياخذه يعني ان لفلان ولاية اخذه من المشتري وهذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير قال المصنف رحمه في تعليلها لان قوله السابق اي قول المشتري السابق هو قوله لفلان اقراري منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الانكار اللاحق لان الاقرار بالشيء لا يبطل بالانكار اللاحق فان قيل قوله لفلان ليس بنص في الوكالة بل يحتمل ان يكون معناه لشفاعة فلان كما قال محمد رح في كتاب الشفعة لو ان اجنبيا طلب من الشفيع تسليم الشفعة فقال الشفيع سلمها لك لبطلت الشفعة استحسانا كانه قال سلمت هذه الشفعة لاجلك قلنا اللام للتمليك والاحتمال المذكور خلاف الظاهر لا يصار اليه بلا قرينة وسوال التسليم من الاجنبي قرينة في مسئلة الشفعة ولهذا لو قال الشفيع ذلك بغير سبق سوال التسليم لا يصح التسليم وليست القرينة بموجودة فيما نحن فيه كذا في الفوائد الظهيرية وذكر في الشروح فان قال فلان لم آمره بذلك ثم بدا له ان ياخذه لم يكن له اي لم يكن له على العبد سبيل لان الاقرار اي اقرار المشتري ارتد برده اي برد فلان فاذا عاد الى تصديقه بعد ذلك لم ينفعه لانه عاد حين انتفى الاقرار فلم يصح تصديقه الا ان يسلمه المشتري له روي لفظ المشتري برواتين بكسر الراء وفتحها فعلى الكسر يكون المشتري فاعلا وقوله له اي لاجله ويكون المفعول الثاني محذوفا وهو اليه فالمعنى الا ان يسلم الفضولي العبد الذي اشتراه لاجل فلان اليه وعلى الفتح يكون المشتري له مفعولا ثانيا بدون حرف الجر وهو فلان ويكون الفاعل مضمرا يعود الى المشتري فالمعنى الا ان يسلم الفضولي العبد الى المشتري له وهو فلان ثم ان هذه الاستثناء من قوله لم يكن له اي لم يكن لفلان الا في صورة التسليم اليه وانما ذكر صورة التسليم اليه لان فلانا لو قال اخرت بعد قوله لم امره لم يعتبر ذلك بل يكون العبد للمشتري لان الاجازة تلحق للموقوف دون الجائز وهذا عقد جائز نافذ على المشتري كذا ذكره شمس الائمة السرخسي في شرح الجامع الصغير فيكون تسليم العبد بيعا اي فيكون تسليم العبد بيعا مبتدا خبره عليه العهدة اي وعلى فلان عهدة الاخذ بتسليم الثمن كذا فسر شيخ الاسلام البزدوي وفخر الدين قاضيخان ويدل عليه قوله لانه صار مشتريا بالتعاطي كما لا يخفى كمن اشترى لغيره اي كالفضولي الذي اشترى لغيره بغير امره حتى لزمه اي لزم العبد المشتري ثم سلمه المشتري له حيث كان بيعا بالتعاطي قال فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير ثبت بهذا ان بيع التعاطي كما يكون باخذ واعطاء قد ينعقد بالتسليم على جهة البيع والتمليك وانكان اخذا بلا اعطاء لعادة الناس وثبت به ان التفاسيس من الاموال والخسيس في بيع التعاطي سواء واشار المصنف الى ما قاله هؤلاء الشراح بقوله ودلت المسئلة اي دلت هذه المسئلة على ان التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو اي البيع بالتعاطي تحقق في النفيس والخسيس اي في نفيس الاموال وخسيسها لاستتمام التراضي اي لاستتمام التراضي في كل واحد منهما وهو المعتبر في الباب على ما مر

قال ومن امر رجلا بان يشتري له عبدين باعيانهما ولم يسم له ثمنا فاشترى له احدهما جاز لان التوكيل مطلق فيجري على اطلاقه وقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع لانهما لا يتغابن الناس فيه لانه توكيل بالشراء وهذا كله بالاجماع ولو امره بان يشتريهما بالف وقيمتهما سواء فعند ابي حنيفة رح ان اشترى احدهما بخمسمائة او اقل جاز فان اشترى باكثر لم يلزم الآمر لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء فيقسم بينهما نصفين دلالة فكان آمرا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ثم الشراء بها موافقة وبا قل منها مخالفة الى الخير وبالزيادة الى الشر قلت الزيادة او كثرت فلا يجوز الا ان يشتري الباقي بقية الالف قبل ان يختصما استحسانا لان شراء الاول قائم وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بالالف وما ثبت بالانقسام كالمصرح به والصريح يفوقها وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشتري بمثل الباقي جاز لان التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلنا ولكن لا بد ان يبقى من الالف باقية يشتري بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل غرضه بمثلها الباقي

ومن لم يحضر الفصل ثم قال ابن يشتري بها هذا العبد فاشتراه جاز لان في تعيين المبيع تعين البائع ولو عين البائع يجوز على ما ذكره ان شاء الله تعالى وان لم يشتر بها عبدا بعينه فاشتراه فالثمن

هو المعتبر في باب البيع لقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض فلما وجد التراضي في النفيس والخسيس انعقد البيع بالتعاطي فيما خلا فالما يقول الكرخي ان البيع بالتعاطي لا ينعقد الا في الاشياء الخسيسة وقدم ذلك في اول كتاب البيوع قال اي محمد رح في الجامع الصغير ومن امر رجلا ان يشتري له عبدين باعيانهما ولم يسم له ثمنا فاشترى احدهما جاز لان التوكيل مطلق يعني ان التوكيل مطلق عن قيد اشتراهما متفرقين او مجتمعين فيجري على الطلاقه وقد لا يتفق الجمع بينهما اي بين العبدين في البيع فوجب ان ينفذ على الموكل الا فيما لا يتغابن الناس فيه استثناء من قوله جاز اي جاز لشتراء احدهما الا فيما لا يتغابن الناس فيه فانه لا يجوز فيه لانه اي لان الوكيل المذكور توكيل بالشراء وهو لا يحتمل الغبن الفاحش بالاجماع بخلاف التوكيل بالبيع فان ابا حنيفة رح يجوز البيع من الوكيل بالغبن الفاحش وبدا كله بالاجماع اي ما ذكرنا في هذه المسئلة كله بالاجماع وهو احتراز عما ذكرناه من التوكيل بالبيع وعن التوكيل لشتراء العبدين باعيانهما وقد سمى لكل ثمنها وهي المسئلة الثانية ولو امره ان يشتريهما بالف اي لو امر رجلا بان يشتري العبدين بالف وقيمتهما سواء اي واحال ان قيمتهما سواء فعند ابي حنيفة رح ان اشترى احدهما بخمس مائة او اقل جاز اي جاز الشراء ويقع عن الموكل وان يشتري باكثر قلت الزيادة او كثرت لم يلزم الامر بل يقع عن الوكيل لانه اي الامر قابل الالف بهما اي بالعبدين وقيمتهما سواء فيقسم الالف بينهما نصفين دلالة اي من حيث الدلالة ويجعل بهما عند عدم التصريح وكان امر الشراء كل واحد منهما بخمس مائة ثم الشراء بها اي بخمس مائة موافقة لامر الآمر وبا قل منها اي في الشراء بما قل من خمس مائة مخالفة الى خير فيجوز وبالزيادة الى شر اي الشراء بالزيادة مخالفة الى شر قلت الزيادة او كثرت فلا يجوز قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير احتمل ان المسئلة لا اختلاف فيها لان ابا حنيفة رح انما قال لم يجز شراؤه على الآمر اذا زاد زيادة يتغابن الناس في مثلها وابو يوسف ومحمد رحمهما الله قالا الذي يتغابن الناس في مثله انه لا يلزم الآمر فاذا حملت على هذا الوجه لا يكون في المسئلة اختلاف واحتمل ان المسئلة فيها اختلاف في قول ابي حنيفة رح اذا زاد على خمسمائة قليلا او كثيرا لا يجوز على الآمر وفي قولهما يجوز اذا كانت الزيادة قليلا انتهى كلامه وقال شيخ الاسلام ان بعض مشائخنا قالوا ليس في المسئلة اختلاف في الحقيقة فان قول ابي حنيفة رح محمول على ما اذا كانت الزيادة كثيرة بحيث لا يتغابن الناس في مثلها فاما اذا كانت قليلة بحيث يتغابن الناس في مثلها يجوز عندهم جميعا لانه لا تسمية في حق هذا الوجه فهو كالوكالة لشتراء عبد له ولم يسم ثمنا فاشتراه باكثر من قيمته بما يتغابن الناس في مثله جاز كذا ههنا ثم قال والظاهر ان المسئلة على الاختلاف فانه اطلق الجواب على قول ابي حنيفة رح وفصله على قولهما انتهى والمصير اختاره ما ذهب اليه شيخ الاسلام حيث قال وبالزيادة الى شر قلت الزيادة او كثرت فلا يجوز الا ان يشتري الباقي بقية الالف قبل ان يختصما فيجوز حينئذ ويلزم الآمر استحسانا نعيد به لان جواب القياس ان لا يلزم الآمر لثبوت المخالفة وبه اخذ مالك والشافعي رح واحمد رحمه الله وجه الاستحسان ما ذكره بقوله لان شراء الاول قائم يعني ان شراء العبد الاول قائم لم يتغير حاله بالخصومة وقد حصل غرضه المصرح به اي وقد حصل عند شراء الباقي غرض الامر الذي صرح به وهو تحصيل العبدين بالف وما ثبت بالانقسام اي لما ثبت الدلالة والصريح يفوقها اي يفوق الدلائل يعني ان الانقسام بالسوية انما كان ثابتا بطريق الدلالة واذا جاء الصريح امكن العمل به بطلت الدلالة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف مما يتغابن فيه وقد بقي اي والحال انه قد بقي من الالف ما يشتري بمثله الباقي جاز ولزم الامر لان التوكيل مطلق اي غير مقيد بخمسمائة لكنه يتقيد بالمتعارف وهو اي المتعارف فيما قلنا اي فيما يتغابن الناس فيه ولكن لا بد ان يبقى ان الالف باقية يشتري بمثلها الباقي من العبدين ليمكنه اي ليمكن الموكل تحصيل غرض الامر وهو تملك العبدين معا قال اي محمد رح في الجامع الصغير ومن لم يحضر الفصل ثم قال اي الآخر ابتاع بها اي بتلك الالف هذا العبد يعني العبد المعين فاشتراه جاز ولزم الامر فيه اوات قبله عند المأمورلان في تعيين المبيع تعين البائع ولو عين البائع يجوز على ما ذكره ان شاء الله تعالى وان لم يشتر بها عبدا بعينه فاشتراه فالثمن

قبل ان يقبضه الآمر مات من مال المشتري وان قبضه الآمر فهو له وهذا عند ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه وقالا هو لازم للآمر اذا قبضه المأمور وعلى هذا اذا امره ان يسلم ما عليه او يصرف ما عليه لهما ان الدراهم والدنانير لا تتعينان في المعاوضات دينا كانت او عينا الا ترى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد فصار الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر اذا قبضه الوكيل وله ان ابا حنيفة رضي الله تعالى عنه الخ اقول في ع

قبل ان يقبضه الآمر مات من مال المشتري فالتلف عليه وان قبضه الآمر فهو اي العبد له اي للآمر وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هو اي العبد لازم للآمر اذا قبضه المأمور سواء قبضه الآمر اذا مات في يد المأمور قال المصنف رح وعلى هذا اي على هذا التفصيل اذا امره اي اذا امر من عليه الدين ان يسلم ما عليه اي الى الغريم عند السلم او يصرف ما عليه اي او يعقد عقد الصرف فان عين المسلم اليه ومن يعقد به عقد الصرف صح بالاتفاق والا فعلى الاختلاف قال الشراح وانما خصهما بالذكر لدفع ما عسى ان يتوهم ان التوكيل فيهما لا يجوز لاشتراط القبض في المجلس اقول فيه نظر اذ قد سبق في اوائل هذا الفصل مسئلة جواز التوكيل بعقد الصرف والسلم مطلقة ومفصلة مع التعرض باحوال القبض مستوفى فكيف يتوهم بعد ذلك عدم جواز التوكيل فيهما وهل يليق بشان المصنف رح مثل ذلك التوهم حتى عذري ان تخصيصهما بالذكر انما هو لازالة ما يتردد في الذهن من ان التفصيل المذكور هل هو جار بعينه في بابي السلم والصرف ايضا ام لا فاشار على ان لهما شانا مخصوصا في بعض الاحكام فقوله هذا على نهج قوله فيما مر في آخر مسئلة التوكيل بشراء شئ بغير عينه والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه لهما اي لابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان الدراهم والدنانير لا تتعينان في المعاوضات دينا كانت او عينا يعني سواء كانت الدراهم والدنانير دينا ثابتا في الذمة او عينا غير ثابتة في الذمة وتقرر ذلك بقوله الا ترى انه لو تبايعا عينا بعين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد ويجب مثل الدين وكل ما لا تتعين بالتعيين كان الاطلاق والتقييد فيه سواء فصار الاطلاق بان قال بالف ولم يقل نصفه الى ما عليه والتقييد بان اضافه الى ما عليه فيه اي في العقد المزبور سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر اي ويلزم العقد الآمر وصار كما لو قال تصدق بما لي عليك على المساكين فانه يجوز ولابي حنيفة رح انها اي الدراهم والدنانير تتعين في الوكالات قال صاحب النهاية لكن هذا على قول بعض المشائخ بعد التسليم الى الوكيل واما قبل التسليم اليه فلا تتعين في الوكالات ايضا بالاجماع لانه ذكر في الذخيرة وقال قال محمد رح في الزيادات رجل قال لغيره اشتر لي بهذه الالف الدرهم جارية واراه الدراهم فلم يسلمها الى الوكيل حتى سرقت الدراهم ثم اشترى الوكيل جارية بالف درهم لزم الوكيل ثم قال والاصل ان الدراهم والدنانير لا تتعينان في الوكالات قبل التسليم بلا خلاف لان الوكالات وسيلة الى الشراء فيعتبر بنفس الشراء والدراهم والدنانير لا تتعينان في الشراء قبل التسليم فكذا فيما هو وسيلة الى الشراء واما بعد التسليم الى الوكيل هل تتعين اختلف المشائخ فيه بعضهم قالوا تتعين حتى تبطل الوكالة بهلاكها لما ذكرنا ان الوكالة وسيلة الى الشراء والدراهم والدنانير تتعينان في الشراء بعد التسليم فكذا فيما هو وسيلة اليه ولان يد الوكيل يد امانة والدراهم والدنانير تتعينان في الامانات وعامتهم على انها لا تتعين وفائدة التقييد والتسليم على قول عامة المشائخ شيآن احدهما لو قبض الوكيل بتقاضي الدراهم المغصوبة فان العرف الظاهر فيما بين الناس ان الموكل اذا دفع الدراهم الى الوكيل يريد شراء حال قيام الدراهم في يد الوكيل والثاني قطع رجوع الوكيل عن الموكل فيما وجب للوكيل على الموكل وهذا لان شراء الوكيل يوجب دينا بين دينا للبائع على الوكيل ودينا للوكيل على الموكل الى هنا لفظ الشهادة وقال صاحب النهاية بعد نقل ما في النهاية بنوع اجمال والتأمل ان يقول فعلى هذا في كلام المصنف نظر لانه اثبت قول ابي حنيفة رح بقول بعض المشائخ الذين حدثوا بعد ابي حنيفة رح بما تلي ستة والجواب ان المصنف لم يتعرض بان ذلك قول بعض المشائخ فلعل اعتماده ذلك كان على ما نقل عن محمد رح في الزيادات من التقييد بعدم التسليم انتهى اقول ليس بشئ السؤال ولا الجواب اما الاول فلان بعض المشائخ الذين حدثوا بعد ابي حنيفة رح لم يقولوا اذ هو لا اليه من تعين النقود في الوكالات بعد التسليم الوكيل باجتهادهم من عند انفسهم بل بتخريجهم اياه من اصل ابي حنيفة رح كما هو حال اصحاب التخريج في كثير من المسائل فكان ما ذكره المصنف رح ههنا من تعليل اثبات قولنا اثبات قول ابي حنيفة رح باصله على تخريج بعض المشائخ وامثال هذا اكثر من ان تحصى واما الثاني فلان حاصله ان المصنف رح اخذ ما ذكره ههنا من مفهوم قول محمد رح في الزيادات فلم يسلمها الى الوكيل غير وعليه ان محمدا رح لم يذكر الخلاف هناك فان لم يكن ما ذكره على قول لفقه فقط فلا اقل من ان يكون في ذلك مما قال به

الا ترى انه لو قيد الوكالة بالعين منها او بالدين منها ثم استهلك العين او اسقط الدين بطلب الوكالة فاذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير ان يوكله بقبضه وذلك لا يجوز كما اذا اشترى بدين على غير المشترى

ايضا فلو عمم بمفهوم القيد المذكور لزم ان يكون المشترى للوكيل عند محمد رح فيما اذا سلم الموكل الدراهم الى الوكيل وقال له اشتر بها عينا فاشتراه وقبضه فهلك في يده قبل ان يقبضه الآمر مع ان قول محمد رح فيه قول ابى يوسف رح بخلافه كما صرحوا به قاطبة وذكرنى مسئلة الكتاب واورد بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجه آخر حيث قال فيه نظر اذ لا يفصل ما فى الكتاب بين ما قبل القبض وما بعده كما مر انتهى اقول هو مدفوع بحمل اطلاق ما فى الكتاب على ما هو المقيد فى كلام الثقات اذ قد تقرر فى الاصول ان المطلق والمقيد اذا ورد ا واتحد الحكم والحادثة يحمل المطلق على المقيد وهنا كذلك فتدبر الا ترى تنوير لتعين الدراهم والدنانير فى الوكالات انه اى الآمر لو قيد الوكالة بالعين منها اى من الدراهم والدنانير او بالدين منها ثم استهلك اى الآمر او الوكيل العين كذا فى معراج الدراية ويجوز ان يكون استهلك على بناء المفعول او اسقط اى الموكل الدين بان ابراه عن الدين بعد التوكيل كذا فى معراج الدراية ايضا ويجوز فيه ايضا بناء المفعول بطلت الوكالة جواب لو قيد الوكالة ونقل الناطفى فى الاجناس عن الاصل ان الوكيل بالشراء اذا قبض الدنانير من الموكل وقد امره ان يشترى بها طعاما فاشترى بدنانير غيرها ثم نقد دنانير الموكل فالطعام للوكيل وهو ضامن الدنانير الموكل ثم قال هذه المسئلة تدل على ان الدراهم والدنانير تتعينان فى الوكالة قال صاحب النهاية انما قيد بعينى المص وبالاستهلاك دون الهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك دون الهلاك والدليل على هذا ما ذكره الامام قاضيخان فى السلم من بيوع فتاواه فقال رجل دفع الى رجل عشرة دراهم لتشترى بها ثوبا قد سماه فانفق الوكيل على نفسه دراهم الموكل واشترى ثوبا للآمر بدراهم نفسه فان الثوب للمشترى لا للآمر لان الوكالة تقيدت بتلك الدراهم فبطلت الوكالة بهلاكها ولو اشترى ثوبا للآمر ونقد الثمن من مال نفسه وامسك دراهم كان الثوب للآمر ويطيب له دراهم الموكل استحسانا كالوارث او الوصى اذا قضى دين الميت بمال نفسه انتهى كلامه اقول دلالة ما نقله عن الامام قاضيخان على ان بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك ممنوعة غاية الامر انه صور المسئلة فيما انفق الوكيل على نفسه دراهم الموكل ولا يلزم منه ان يكون الحكم كذلك فيما اذا هلكت دراهم الموكل بغير صنع الوكيل الا يرى انه قال فبطلت الوكالة بهلاكها ولم يقل باستهلاكها ولو كان مراده الفرق بين الاستهلاك والهلاك لما قال كذلك وقال صاحب غاية البيان قال بعض الشارحين انما قيد بالاستهلاك دون الهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك دون الهلاك وهذا الذى ذكره مخالف لما ذكره فى شروح الجامع الصغير فى هذا الموضع حيث قالوا لو هلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة فاقول كان المص قيد بالاستهلاك حتى لا يتوهم منه ان الوكالة لا تبطل اذا استهلك الوكيل الدراهم المسئلة النيه لانه يضمن الدراهم كما فى هلاك المبيع قبل التسليم الى هنا كلامه وقال صاحب العناية ثم قال صاحب النهاية انما قيد بالاستهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص به ونقل من كل من الذخيرة وفتاوى قاضيخان مسئلة تدل على ذلك ورد بانه مخالف لما ذكره فى شروح الجامع الصغير فى هذا الموضع حيث قالوا لو هلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة بل انما قيد المص بذلك لئلا يتوهم ان الوكالة لا تبطل اذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة اليه لانه يضمن الدراهم فيقوم مثلها فيصير كان عينها باقية فذكر الاستهلاك لبيان التساوى فيما فى بطلان الوكالة بهما انتهى اقول حاصل ما ذكره صاحب العناية خلا قوله ونقل من كل من الذخيرة وفتاوى قاضيخان مسئلة تدل على ذلك وانه ليس ببديع اذ لم نجد فى نسخ النهاية ههنا مسئلة منقولة عن الذخيرة تدل على ذلك بل المذكور فيها ههنا انما هى مسئلة فتاوى قاضيخان كما نقلناه فيما قبل واذا تعينت اى الدراهم والدنانير وهذا من تتمة الدليل وتقريره ان الدراهم والدنانير تتعين فى الوكالات واذا تعينت كان هذا اى التوكيل المذكور تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير ان يوكله اى ذلك الغير بقبض اى بقبض الدين وذلك اى تمليك الدين على الوجه المزبور لا يجوز لعدم القدرة على التسليم كما اذا اشترى بدين على غير المشترى بان كان لزيد على عمر مثلا دين فاشترى زيد من آخر شيئا بذلك الدين له على عمر وفانه لا يجوز وكان تقديره

او يكون امر البصرف مما لا يملكه الا بالقبض قبله وذلك باطل كما اذا قال اعط مالي عليك من شئت بخلاف ما اذا عين البائع لانه يصير وكيلا عنه في القبض ثم يتملكه وبخلاف ما اذا امره بالتصدق لانه جعل المال لله تعالى وهو معلوم واذا لم يصح

كما اذا اشترى المشترى شيئا بدين على غير نفسه كذا في النهاية وعليه اكثر الشراح وقال تاج الشريعة في شرح هذا المقام اي كما اذا اشترى هذا المامور بدين هو حق الآمر على غير هذا المامور انتهى وواقفه صاحب الغاية حيث قال يعني كما اذا اشترى الوكيل بدين على غيره كما اذا امره زيد مثلا اي ليشتري بدين لزيد على عمرو شيئا من آخر فانه لا يجوز لكونه تمليك الدين من غير من عليه الدين فاندفع ما نحن فيه انتهى وبين المعنيين تغاير لا يخفى او يكون امر البصرفه اي يدفع ما لا يملكه الا بالقبض قبله اي قبل القبض متعلق بالصرف وهذه الجملة عطف على قوله كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين والمعنى او يكون التوكيل المذكور امرا من رب الدين للمديون بان يدفع ما لا يملكه رب الدين الا بالقبض قبل القبض وذلك لان الديون تقضى بامثالها فكان ما ادى المديون الى البائع وانى رب الدين ملك المديون ولا يملكه الدائن قبل القبض وذلك باطل اي امر الانسان بدفع ما لا يملكه باطل كما اذا قال اعط مالي عليك من شئت فانه باطل لانه امر بصرف ما لا يملكه الا بالقبض الى من يختاره المديون بخلاف ما اذا عين البائع يعني بخلاف ما اذا كان الموكل عين البائع فان التوكيل صحيح هناك لانه اي البائع يصير اولا وكيلا عنه اي عن الموكل في القبض لصحة التصرف بقدر الامكان ثم يتملكه اي ثم تملكه البائع فيصير قابضا لرب الدين اولا ثم يصير قابضا لنفسه كما لو وهب وسلمه على غيره وقوله الموهوب له بقبضه وكذا اذا عين المبيع لان في تعيين المبيع تعيين البائع كما مر في صدر المسئلة فصار كما لو عين البائع ومتى ابهم المبيع او البائع يكون البائع مجهولا او المجهول لا يصلح وكيلا قيل لشكل بما لو آجر حماما باجرة معلومة وامر المستاجر بالمرمة من الاجرة فانه يجوز وان كان هذا امرا بتمليك الدين من غير من عليه الدين وهو الاجير من غير ان يوكله بقبضه لان الاجير مجهول وتوكيل المجهول لا يصح واجيب بان ذاك قولهما ولئن كان قول الكل فانما جاز باعتبار الضرورة فان المستاجر لا يجد الآجر في كل وقت فجعلنا الحمام قائما مقام الآجر في القبض كذا في الكفاية وغيرها واعترض بانه لو اشترى شيئا بدين على آخر ينبغي ان يجوز بجعل البائع وكيلا بالقبض اولا لكونه معينا واجيب بان عدم الجواز ههنا لكونه بيعا بالشرط وهو اذا الثمن على الغير كذا في الغاية وبعض الشروح اقول في هذا الجواب بحث اما اولا فلان البائع لو جعل ههنا وكيلا بالقبض لم يكن العقد بيعا بالشرط اذ الثمن على الغير لن يكون اذ الثمن على المشترى بيده وكيله كما فيما اذا كان الموكل عين البائع واما ثانيا فلان النقود لما لم تتعين في المعاوضات لم يلزم الاشتراط المذكور ههنا اصلا واما ثالثا فلانه لو كان عدم الجواز ههنا لكونه بيعا بشرط لكونه تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير ان يوكله بقبضه لما كان لقول المص فيما تقدم آنفا كما اذا اشترى بدين على غير المشترى ارتباط بما قبله ولما كان لقول صاحب الغاية في شرح ذلك فانه لا يجوز لذلك معنى فان امكن تخليص كلام المص وتحمل مراده بقوله كما اذا اشترى بدين على غير المشترى على المعنى الذي ذهب اليه بعض الشراح دون المعنى الذي ذهب اليه اكثرهم كما عرفته فيما قبل لا يمكن تخليص كلام صاحب الغاية فانه ذهب الى ما ذهب اليه الاكثر فتامل واجيب عن الاعتراض المذكور في بعض الشروح بوجه آخر ايضا وهو ان البائع لو صار وكيلا فانما يصير وكيلا في ضمن المبايعة ولا بد من ان يثبت المتضمن ليثبت المتضمن والمبايعة لم تثبت لما فيها من تمليك الدين من غير من عليه الدين فلا يثبت المتضمن بخلاف ما نحن فيه لان التوكيل بالقبض يثبت فيه بامر الآمر وانه يسبق الشراء وبخلاف ما اذا وهب الدين من غير من عليه الدين حيث تصح الهبة ويثبت الامر من الواهب للموهوب له بالقبض في ضمن الهبة لان الملك يتوقف الى زمان القبض فكيف التوكيل بالقبض سابقا على التمليك معنى وبخلاف ما اذا امره بالتصدق جواب عن قياسها وعلى الآمر بالتصدق ولم يذكر في الكتاب قد ذكرناه في سياق دليلهما لانه اي الامر بالتصدق جعل المال لله تعالى ونصب الفقير وكيلا عن الله عز وجل في قبض حقه كذا في الكافي وغيره وهو معلوم اي الله تبارك وتعالى معلوم وكان تعيين البائع في المسئلة الاولى وانما مسئلة التصادق في الشراء بان لا دين له على فلان الدراهم والدنانير لا تتعينان في الشراء عينا او دينا ولكن تتعينان في الوكالات فلما لم تتعينا في الشراء لم يبطل الشراء بيطلان الدين كذا ذكره الامام المرغيناني والمجبوبي وقاضيخان وانما لم يصح

التوكيل لفساد التوكيل على المأمور فهلاك تسليمه الا اذا قبضه لانه من تمام العقد البيع تعاطيا قال ومن دفع الى آخر الفا وامره ان يشتري بها جارية فاشترها
فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المأمور اشتريتها بالف فالقول قول المأمور وهو انكار الزيادة اذا كانت تساوي الفا لان الآمر امين فيه وقد ادعى الخروج
عن عهدة الامانة والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو منكر فان كانت تساوي خمسمائة فالقول قول الآمر لانه مخالف حيث اشترى جارية تساوي
خمسمائة ولا يتناول ما يساوي الفا فيضمن قال ومن لم يكن دفع اليه الا الف فالقول قول الآمر اما اذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة وان كانت قيمتها
الفا فمعناه انهما يتحالفان لان الموكل والوكيل في هذا يتنزلان منزلة البائع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما
فيلزم الجارية المأمور قال ولو امره ان يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المأمور بالف

التوكيل رجوع الى اول البحث يعني لما ثبت بالدليل ان التوكيل بشراء عبد غير معين لم يعلم بائعه غير صحيح نفذ الشراء على المأمور فيهلك من ماله يعني اذا هلك هلك من
مال المأمور لا اذا قبضه الآمر فانه اذا هلك حينئذ هلك من مال الآمر لانعقاد البيع بينهما تعاطيا وكان هلاكا في ملك الآمر قال الامام الزيلعي في الهيتين وذكر
في النهاية ان النقود لا تتعين في الوكالة قبل القبض بالاجماع وكذا بعده عند عامتهم لان الوكالة وسيلة الى الشراء فيعتبر بالشراء وعزاه الى الزيادات والذخيرة
فعلى هذا لا يلزمه ما قاله ابو حنيفة رح والتعليل الصحيح له ان يقال ان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز فكذا التوكيل به وانما جاز في المعين لكونه امرا له
بالقبض ثم بالتمليك لا توكيلا للمدين بالتمليك وان لم يكن معنيا لانه لا يصح الامر المجهول وكان توكيلا للمدين بالتمليك في الاصلام والشراء والصرف ولا يجوز
الى هنا كلامه اقول فيه نظر اذ لا يلزم مما ذكر التعليل الذي ذكره ايضا اذ يجوز ان يقال من قبلهما ان عدم جواز تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يقتضي
عدم صحة التوكيل فيما نحن فيه فانه لما لم تتعين النقود في الوكالات ايضا لم يكن التعيين الآمر الالف التي على المأمور تاثير فيما امره من شراء عبد له بمائة صح شراء
المأمور عبدا له بمائة الف كانت فكان في كرتك الالف في التوكيل بشراء عبد له وعدم ذكرها فيه سواء فصح التوكيل وقد اشار اليه المصنف في اثنا دليلها حيث قال وكان
الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل فلا يدفي تمام التعليل من قبل ابي حنيفة رحمه الله من المصير الى تعين النقود في الوكالات وان كان على قول بعض
المشايخ كما فعله المصنف رح فلم يدوره في تدقيقه وتحقيقه قال محمد رح في الجامع الصغير ومن دفع الى آخر الفا وامره ان يشتري بها جارية فاشترا فقال
الآمر اشتريتها بخمس مائة وقال المأمور اشتريتها بالف فالقول قول المأمور الى هنا لفظ الجامع الصغير قال المصنف وهو مراده اي مراد محمد رح اذا كانت
اي الجارية تساوي الفا يعني ان الحكم المذكور وهو كون القول قول المأمور فيما اذا كانت قيمة الجارية الفا لانه اي المأمور امين فيه اي في الخصوص
المزبور وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو اي المأمور منكر والقول قول المنكر فان كانت
اي الجارية تساوي خمس مائة فالقول للآمر لانه اي الوكيل خالف اي خالف الآمر اي اشتريت جارية تساوي
خمس مائة والآمر يتناول ما يساوي الفا وايضا فيه غبن فاحش فيضمن اي المأمور لانه لا يملك ان يخالف الآمر اي
شرعا ولا ان يشتري بغبن فاحش قال اي محمد رح في الجامع الصغير وان لم يكن دفع اليه الا الف واختلفا فالقول قول
الآمر اما اذا كانت قيمتها اي قيمة الجارية خمس مائة فللمخالفة وتحققوا الغبن الفاحش كما مر آنفا وان كانت قيمتها الفا فمعناه اي فمعنى قول
محمد رح فالقول قول الآمر انهما يتحالفان ويندفع بما قيل في شرح الجامع الصغير ان الجارية اذا كانت تساوي الفا وجب ان تلزم الآمر سواء قال
المأمور اشتريتها بالف او باقل منها لانه اذا اشتراها بالف كان موافقا للآمر وان اشتراها باقل منها كان مخالفا الى خير وكل ذلك ملزم للآمر كذا في العناية
وغيرها اقول بقي ههنا شئ وهو ان المذكور في قول محمد رح فالقول قول الآمر والمخالف مخالف فكيف يكون هذا معنى ذاك والجواب الذي اشار اليه المصنف
في المسألة الآتية بقوله وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع لا تمشي ههنا كما لا يخفى على المتامل قال المصنف لان الموكل والوكيل في هذا اي في هذا الفصل
ينزلان منزلة البائع والمشتري للمبادلة الحكمية بينهما وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ يعني فاذا تحالفا يفسخ العقد الذي جرى بينهما اي بين الموكل
والوكيل وهو العقد الحكمي فتلزم الجارية المأمور قيل ههنا مطالبة وهي ان الوكيل اذا قبض الثمن فوقع الاختلاف اعتبر فيه المخالفة والامانة واذا لم يقبض
اعتبر فيه المخالفة والمبادلة فما الحكم في ذلك واجيب بان في الاول سبقت الامانة المبادلة والسبق من اسباب الترجيح فاعتبرت فيه بخلاف الثاني قال ابو محمد
في الجامع الصغير ولو امره ان يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه ووقع الاختلاف في الثمن فقال الآمر اشتريته بخمس مائة وقال المأمور اشتريت بالف

يصدق البائع للمأمور بيمينه قيل التحالف ههنا لا يرتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر وفي المسئلة الاولى هو غائب فتعتبر اقتضاء

قيل يتحالفان لما ذكرناه وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع والبائع بعد استيفاء الثمن اجنبي عنه وقبله اجنبي عن الموكل اذ لم يجر بينهما بيع

فلا يصدق عليه فبقي الخلاف وهذا قول الامام ابي منصور وهو اظهر والله اعلم بالصواب وفصل في التوكيل بشراء نفس العبد

وصدق البائع اي بائع العبد المأمور فالقول قول المأمور مع يمينه الى هنا لفظ الجامع الصغير قال المصنف لا تحالف ههنا وهو قول الفقيه ابي جعفر الهندواني

لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو اي البائع حاضر فيجعل تصادقهما بمنزلة انشاء العقد ولو انشأ العقد لزم الامر فكذا ههنا وفي المسئلة الاولى هو اي

البائع غائب فاعتبر الاختلاف لعدم ما يرفعه ووجب التحالف وقيل يتحالفان في هذه المسئلة ايضا وهو قول الشيخ ابي منصور الماتريدي كما ذكرناه اي في المسئلة

الاولى من انهما يتحالفان لان منزلة البائع والمشتري وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ولما استشعر ان يقال كيف قيل انهما يتحالفان وقد نص محمد

في الجامع الصغير ان القول قول المأمور مع يمينه والتحالف مخالفه اجاب بقوله وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع يعني ان محمدا رح اكتفى

بذكر معظم اليمين من يميني التحالف وهو يمين البائع اي المأمور لانه بمنزلة البائع في العقد الذي جرى بينه وبين الآمر حكما وانما قال ان يمين البائع الذي

هو المأمور معظم يمين التحالف لانه مدع ههنا واليمين على المدعى الا في صورة التحالف واما المشتري وهو الآمر فمنكر وعلى المنكر اليمين في كل حال فلما كان يمين المأمور هو المختص بالتحالف

كان اعظم اليمينين ثم اذا وجب اليمين على المأمور وهو المدعى فلان تجب على الآمر وهو المنكر اولى كذا في الشروح قال الامام الزيلعي في التبيين بعد ما بين المقام

على هذا النمط هكذا ذكر المشائخ الا ان فيه اشكالا لانه وان كان يدل على ما ذكروا من حيث المعنى لكن لفظه لا يدل على ذلك فان قوله ان القول قول المأمور

مع يمينه يدل على ان المأمور تصدق فيما قاله وفي التحالف لا يصدق واحد منهما فلو كان مراده التحالف لما كان ذلك انتهى كلامه قلت والبائع بعد استيفاء الثمن

اجنبي عنهما فاجاب عن تعليل القول الاول بقوله لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر يعني ان بائع العبد بعد استيفاء الثمن اجنبي عن الموكل والوكيل معا

وقبله اي قبل استيفاء الثمن اجنبي عن الموكل اذ لم يجر بينهما اي بين البائع والموكل بيع فلم يكن كلامه معتبرا فلا يصدق عليه اي على الموكل فبقي الخلاف بين الآمر

والمأمور فلزم الخلاف قال المصنف وهذا اي القول بالتحالف قول الامام ابي منصور رح وهو اظهر وقال صاحب الكافي وهو الصحيح ولكن جعل الامام قاضيخان

في شرح الجامع الصغير قول الفقيه ابي جعفر اصح قال الامام المحبوبي في شرح الجامع الصغير بعد هذا اذا تصادقا في الثمن عند التوكيل وان اختلفا فقال

الوكيل اشتريت بالف وقال الوكيل لا بل بخمسمائة فالقول قول الآمر مع يمينه ويلزم العبد الوكيل لان الآمر استفاد من جهته وكان القول قوله

فلو اقاما البينة فبينة الوكيل اولى لما فيها من زيادة الاثبات كذا في النهاية ومعراج الدراية اقول يرد على ظاهره ان وضع هذه المسئلة فيما اذا لم يسلم عند التوكيل الثمن

للعبد فكيف يصح ان يقول الامام المحبوبي بعد ذلك هذا اذا تصادقا على الثمن ويمكن الجواب بان التصادق في الثمن خلاف التحالف فيتصور

بان يتصادقا على تسمية الثمن المعين بان تهاترا وقاعلى عدم تسمية الثمن اصلا وبالجملة يجوز ان يكون التصادق على الثمن من حيث تسميته الثمن ومن حيث عدم تسميته والثاني وهو المراد

في قول الامام المحبوبي

فصل في التوكيل بشراء نفس العبد لما كان شراء العبد نفسه من مولاه اعتاقا على مال لم يكن من مسائل فصل التوكيل بالشراء لكنه شراء صورة فناسب ان يذكر

في فصل على حدة كذا في العناية وكثير من الشروح واستشكله بعض الفضلاء بان الكلام لا يتناول الا المسئلة الاولى ان اريد الشراء وكالة والا فالثانية ايضا

فيحتاج الى ان يكون تقدير الكلام في قوله لم يكن التوكيل به من مسائل الخ انتهى اقول ليس هذا بشئ اذ المراد بالشراء ما هو عام للشراء وكالة وللشراء اصالة

فتناول الكلام المسئلتين معا واما الاحتياج الى ان يكون تقدير الكلام لم يكن التوكيل به من مسائل فصل التوكيل بالشراء فامر ضروري على كل حال لان المحذور

ان لا يكون التوكيل به من مسائل فصل التوكيل بالشراء الا ان يكون نفس شراء العبد نفسه من مسائل ذلك الفصل شراء مطلقا ليس من مسائل التوكيل بالشراء

قطعا ثم اقول في استشكال ما في الشروح التوجيه الذي ذكروه لا يتناول المسئلة الثانية بل انما يمشي في المسئلة الاولى لان شراء العبد نفسه من مولاه انما يصح

قال اذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من مولاي بالف ودفعها اليه فان قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه فباعه على هذا فهو حر والولاء للمولى لان بيع نفس العبد منه اعتاق وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل المأمور سفير عنه اذ لا يرجع عليه الحقوق فصار كأنه اشترى نفسه واذا كان اعتاقا اعقب الولاء وان لم يبين للمولى فهو عبد للمشتري لان اللفظ حقيقة للمعاوضة وامكن العمل بها اذا لم يبين فيحافظ عليها بخلاف شراء العبد نفسه لان المجاز فيه متعين

اعتاقا على مال ان لو كانت شراؤه نفسه من مولاه لنفسه واما اذا كان لغيره فلا والتوكيل في المسئلة الثانية انما هو شراء العبد نفسه من مولاه للموكل فان وافق العبد امر الآمر فشراؤه ليس باعتاق على مال لا صورة ولا معنى بل هو شراء محض وان خالف امره فكون شرائه اعتاقا على مال لا يأتي كون التوكيل في هذا من مسائل فصل التوكيل بالشراء اذ المسئلة لا تتغير عن وضعها بمخالفة المأمور لامر الآمر كما في كثير من مسائل هذا الفصل وغيره واما التوكيل في المسئلة الاولى فانما هو بشراء رجل نفس العبد الموكل من مولاه لذلك العبد فاذا وافق وكيله امره فاشترى نفسه من مولاه لم يصر ذلك الشراء اعتاقا على مال معنى وان كان شراء صورة فجرى التوجيه المذكور في هذه المسئلة دون الاخرى فكان قاصرا قال في النهاية ومعراج الدراية ثم ان الالف واللام في قول المصنف ره في التوكيل بشراء نفس العبد بدل الاضافة وتلك الاضافة اضافة المصدر الى الفاعل والفاعل هو العبد بالنظر الى المسئلة الاولى اي توكيل العبد الاجنبي بشراء نفسه الا ان ينظر بالنظر الى المسئلة الثانية اي توكيل الاجنبي العبد بشراء نفسه انتهى وقال في العناية والتوكيل بشراء نفس العبد من مولاه على وجهين ان يوكل العبد رجلا ليشتريه من مولاه وهو المسئلة الاولى وان يوكل العبد رجلا ليشتري نفسه من مولاه فالعبد في الاول موكل وفي الثاني وكيل وكلام المصنف ره ينادي عليهما لان الالف واللام بدلا من المضاف اليه وجعل المصدر مضافا الى الفاعل او المفعول وذكر احدهما متروك مثل ان يقول في توكيل العبد رجلا او في توكيل العبد رجل انتهى اقول تناول قول المصنف ره فصل في التوكيل بشراء نفس العبد المسئلتين على كلا التقديرين انما يكون على سبيل البدل وفي ذلك تعسف لا يخفى فالاوجه ان يقدر كل واحد من المضاف اليه والمتروك اعراعا مثل ان يقول فصل في توكيل احد آخر بشراء نفس العبد ليتناول عنوان هذا الفصل كل واحد من المسئلتين المذكورتين فيه على سبيل الشمول لا على سبيل البدل قال اي محمد رح في الجامع الصغير اذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من المولى اي من مولاي بالف ودفعها اي دفع العبد الالف اليه اي الى الرجل الذي وكله فان قال الرجل اي الوكيل للمولى اشتريته اي العبد لنفسه اي لنفس العبد فباعه على هذا اي فباع المولى ذلك العبد على هذا الوجه فهو حر اي فذلك العبد حر يعني صار حرا والولاء للمولى اي وولاء ذلك العبد للمولى لان بيع نفس العبد منه اي من العبد اعتاق اي اعتاق على مال والاعتاق على المال يتوقف على وجود القبول من المعتق وقد وجد ذلك كما اشار اليه بقوله وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل والمأمور سفير عنه اي عن العبد حيث اضاف العقد اليه اذ لا يرجع عليه الحقوق اي لا يرجع الى المأمور حقوق العقد بل العبد لانه متى اضاف العقد الى العبد فقد جعل نفسه رسولا ولا عهدة على الرسول واذا كان كذلك فصار كأنه اي العبد اشترى نفسه بنفسه اي بلا واسطة واذا كان اعتاقا اي واذا كان بيع نفس العبد اعتاقا لذلك العبد اعقب الولاء اي اعقب الولاء للمعتق فثبت ان العبد في هذه الصورة صار حرا وكان ولاؤه لمولاه وان لم يبين للمولى اي ان لم يقل الوكيل اشتريت العبد لنفس العبد فهو عبد للمشتري يعني صار ملكا له لان اللفظ اي لان قوله اشتريت عبدك بكذا حقيقة للمعاوضة اي موضوع للمعاوضة دون الاعتاق وامكن العمل بها يعني ان الحقيقة يجب العمل بها ممكن وقد امكن العمل بها اذا لم يبين اي اذا لم يبين فلم يقل اشتريت عبدك لاجل نفسه فيحافظ عليها اي فيحافظ اللفظ على الحقيقة فان قيل لا نسلم ان العمل بالحقيقة ممكن ههنا لانه توكيل بشراء شيء بعينه فليس للوكيل ان يشتريه لنفسه قلنا قد تلى الوكيل ههنا بجنس تصرف آخر لان ما وكل به كان من جنس الاعتاق على مال ما تلى به انما هو من جنس الشراء المحض فكان مخالفا للآمر فينفذ عليه ويجيء الاشارة من المصنف ره الى نظير هذا في المسئلة الثانية بخلاف شراء العبد نفسه حيث فعل الاعتاق لتعذر العمل بالحقيقة لان المجاز هو كون الشيء مستعارا للاعتاق فيه اي في شراء العبد لنفسه متعين لان العبد ليس باهل ان يملك ما لا فصار شراؤه نفسه مجازا عن الاعتاق اولان نفس العبد ليست بمال في حقه حتى يملك نفسه ثم يعتق لانه آدمي في حق نفسه حتى وجب الحد والقصاص عليه باقراره والمال غير الآدمي خلق لمصالح الآدمي فلم يكن العمل بالمعاوضة

واذا كان معاوضة يثبت الملك له وكالف للمولى لانه كسب عبده وعلى المشترى الف قضاه ثمنا للعبد فانه في ذمته حيث لم يصح كذا
بخلاف الوكيل بشرى العبد من غير حيث لا يشترط بيانه لان العقدين هناك على نمط واحد وفي الحالين المطالبة يتوجه نحو العاقد
اما هنا فاحدهما اعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضاه ويرغب في المعاوضة المحضة فلا بد
من البيان ومن قال لعبد اشترى نفسك من مولاك فقال لمولاه بعني نفسي لفلان بكذا ففعل فهو لامر لان العبد يصير وكيلا
عن غيره في شراء نفسه لانه اجنبي عن ماليته والبيع يرد عليه من حيث انه مال كان ماليته في يده حتى لا يملك البائع الحبس لاجل البيع لا متناعه

فجعل مجازا عن الاعتاق والمجوز معنى ازالة الملك فان البيع يزيل الملك بعوض الى آخره والاعتاق يزيله لا الى آخر واذا كان معاوضة يعني اذا كان العقد معاوضة
فيما اذا لعين للمولى يثبت الملك له اى للمشترى والالف للمولى اى والالف التي دفعها العبد للمولى الى المشترى حين ان وكله يكون للمولى لانه كسب عبده وعلى
المشترى الف مثله اى مثل ذلك الالف ثمنا للعبد قوله ثمنا نصب على التمييز اى من جهة انه ثمن للعبد فانه اى الثمن في ذمته اى في ذمة المشترى حيث لم يصح
الاداء كان المشترى ادى تلك الالف الى المولى من كسب عبده وكسب ملك المولى فلا يقع ثمنا قال في النهاية وهذا ظاهر فيما اذا وقع الشراء للمشترى واما اذا
وقع الشراء للعبد نفسه حتى عتق هل يجب على العبد الف اخرى قال الامام قاضيخان في الجامع الصغير وفيما اذا بين الوكيل للمولى انه يشتريه للعبد هل يجب على
العبد اخرى لم يذكر في الكتاب وينبغي ان يجب لان الاول مال المولى فلا يصلح بدلا عن ملكه انتهى وقال في العناية بعد نقل ذلك عن النهاية قلت وفي كلام
المصنف ما يشير اليه فانه جعل شراء نفسه قبوله الاعتاق ببدل فلو لم يجب عليه الف اخرى كان اعتاقا قابلا ببدل انتهى فتامل بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره
اى من غير العبد بان يوكل اجنبيا بشراء العبد من مولاه حيث لا يشترط بيانه اى بيان الشراء يعني لا يشترط على الوكيل ان يقول وقت الشراء اشتريته لموكلي
في وقوع الشراء للموكل لان العقدين يعني الذي يقع له والذي يقع للموكل هناك اى في تلك الصورة على نمط واحد اى على نوع واحد وهو المبايعة لنمط
النوع والطريقة ايضا وفي الحالين اى حال الاضافة الى نفسه وحال الاضافة الى موكله المطالبة يتوجه نحو العاقد فلا يحتاج الى البيان واما هنا
اى فيما نحن فيه فاحدهما اى احد العقدين اعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل اى لا مطالبة في الاعتاق على الوكيل لانه سفير والمولى عساه
اى لعله لا يرضاه اى لا يرضى الاعتاق لانه يعقب الولاء وموجب الجناية عليه حينئذ فربما يتقرر به ويرغب في المعاوضة المحضة اى والمولى عساه يرغب
في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان اعلم ان قول المصنف ولا مطالبة على الوكيل على رواية كتاب الوكالة في باب الوكالة بالعتق فان محمدا رح ذكر فيه ان
العبد يعتق والمال على العبد دون الوكيل وذكر في باب وكالة الماذون والمكاتب من كتاب الوكالة ان العبد يعتق والمال على الوكيل وهكذا في وكالة
الجامع الكبير وجه رواية الجامع ان توكله بشراء العبد للعبد لتوكله بشرائه لغيره وهناك يصير هو المطالب بتسليم الثمن فكذا ههنا وعن عيسى بن ابان قال
الصحيح ان الثمن على الثمن لان الوكيل من جانب العبد في العتق سفير ومعبر فانه لا يستغني عن اضافة العقد الى الآمر وليس الآمر من قبض المعقود عليه شيء
فلا يتوجه عليه المطالبة بتسليم البدل الا يرى ان المولى لو كان هو الذي امر الرجل ليبيع نفس العبد من العبد بالف درهم الى العطار فباعه للوكيل بهذه الصفة
يجوز البيع والالف عليه الى ذلك الاجل والذي يلي قبض الالف هو المولى دون الوكيل فكذا ههنا كذا ذكره الامام المجبوبي قال اى محمد رح في الجامع الصغير
ومن قال لعبد اشتر في نفسك من مولاك هذه هي المسئلة الثانية من المسئلتين اللتين يشتبهما هذا الفصل فمن وكل عبدا بشراء نفسه من مولاه فلا يخلو اما ان يضيف
العبد العقد الى موكله او الى نفسه او اطلق فان اضافة الى موكله فقال لمولاه يعني نفسه لفلان بكذا افعل اى ففعل المولى ذلك فهو اى العقد او العبد للامر
لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه اى العبد اجنبي عن ماليته لانها المولاه حتى لو اقر بها لغيره لم يصح والبيع يرد عليه اى على العبد من حيث انه
مال لا من حيث انه آدمي فكان توكيله ببيع نفسه كتوكيله ببيع غيره من اموال المولى او الوكيل اجنبي ببيع نفسه قال شمس الائمة اما صحة هذا التوكيل فلان العبد
مخاطب له عبارة فلان كالحر وانما يصلح الحر ان يكون وكيلا لغيره بالشراء باعتبار ان له عبارة صحيحة فكذلك العبد الا ان ماليته في يده استثنا من قوله لانه
اجنبي عن ماليته يعني ان ماليته العبد في يد نفسه حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع فانه لو اراد البائع ان يحبسه بعد البيع لاستيفاء الثمن لم يكن له ذلك لان ماليته
في يده لكونه ماذونا له فصار كالمودع اذا اشترى الوديعة وهي بحضرته لم يكن للبائع حبسها لاستيفاء الثمن لكونها سالمة اليه قال تاج الشريعة فان قلت الحر

فاذا اضافه الى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر

عن هذا غير ممكن فلا يصير تسليما فيسقط حق الحبس كما قلنا ان قبض الوكيل ليس لقبض الموكل حتى يثبت للوكيل حق الحبس عندنا لعدم الاحتراز قلت الشرع لا يرد بالمحال و كون المالية ههنا في يد البائع امرحسي لامر دله وكون قبض الوكيل قبض الموكل امر اعتباري فجاز ان لا تعتبر انتهى اقول كل واحد من سواله وجوابه منظور فيه اما السوال فلان قوله كما قلنا ان قبض الوكيل ليس لقبض الموكل في اثنا وهذا السوال مخل بالمقصود لان حاصل هذا السوال ان التسليم الكائن فيما نحن فيه لا يسقط حق الحبس لانه تسليم ضروري لا يمكن الاحتراز عنه وما هو كذلك فهو عفو لا يسقط حق الحبس كما مر في حبس الوكيل المبيع لاستيفاء الثمن وعلى تقدير ان لا يكون قبض الوكيل قبض الموكل لا يتحقق التسليم الى الموكل هناك فلا يكون نظير المانحن فيه فالوجه ان يقال بدل ذلك كما قلنا في قبض الوكيل وتوضيح المقام ان الناقولين في قبض الوكيل على ما مر احدهما ان قبض الوكيل قبض الموكل وتسليم اليه لكنه تسليم ضروري لا يمكن التحرز عنه فلا يسقط حق الحبس وثانيهما ان قبض الوكيل ليس لقبض الموكل في الابتدا بل هو موقوف فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه ان حبسه وصحة التنظير على القول الاول دون الثاني واما الجواب فلان الفرق بين كون مالية العبد في يده وبين كون قبض الوكيل قبض الموكل بان الاول امرحسي لامر دله والثاني امر اعتباري فجاز ان لا يعتبر الثاني دون الاول مما لا يخدى قليلا في قطع مادة السوال المذكور لان خلاصته منع كون التسليم مما نحن فيه مسقطا لحق الحبس بناء على كونه تسليما ضروريا لا يمكن الاحتراز عنه لامنع تحقق التسليم فيما نحن فيه وكون مالية العبد مما لا مر قد انما يدفع منع تحقق التسليم فيه لا منع كون التسليم فيه مسقطا لحق الحبس كما لا يخفى وانما تاثير الفرق المزبور بالنظر الى ما ادرجه في اثناء السوال المذكور من المقدمة المستدركة المخلة بالمقصود كما عرفته لا بالنظر الى ما هو المقصود وقال صاحب النهاية بعد ان ذكر ذلك السوال والجواب وفيه نظر فان مالية العبد امر اعتباري وكونها بيده كذلك وقبض الوكيل امرحسي لامر دله فكان الامر بالعكس والصواب ان يقال القبض امرحسي اذا قام بمكان لا يحل في غيره الا بالاعتبار وجاز ترك الاعتبار اذا اقتضاه ضرورة واما مالية العبد فانها لا تنفك عن نفسه فاذا خرج نفسه عن ملك البائع ومالية لا تنفك تسلمت اليه ولا حبس بعد التسليم الى ههنا كلامه اقول في كل واحد من نظره وجوابه الذي يستصوبه بحث اما في الاول فلان الامر دله انما هو قبض الوكيل قبض الموكل واين هذا من ذاك فلم يكن الامر بالعكس كما لا يخفى واما في الثاني فلانه ان اراد بعدم انفكاك مالية العبد عن نفسه عدم انفكاكها عنها في نفس الامر فهو مع كونه ممنوعا في نفسه مناف لما قاله هو ايضا في النظر من ان مالية العبد امر اعتباري وكونها بيده كذلك وان اراد بذلك عدم انفكاكها عنها في اعتبار اهل الشرع فللسائل ان يقول لم لا يجوز ان يترك اهل الشرع هذا الاعتبار عند اقتضاء الضرورة كما في قبض الوكيل على ان حاصل هذا الجواب ايضا الفرق بين قبض الوكيل وبين مالية العبد بان الانفكاك جائز في الاول دون الثانية فتعين التسليم ههنا دون الاول وهذا انما يدفع منع تحقق التسليم ههنا وقد عرفت ان خلاصة السوال المذكور منع كون التسليم ههنا مسقطا لحق الحبس لامنع تحقق التسليم ههنا فلا يتم ما ذكره جوابا عنه اللهم الا ان يكون مراده الصواب في الفرق بين الصورتين ان يقال كما ذكره لا ان الصواب في الجواب عن اصل السوال ان يقال كذا لكنه بعيد عن ايفاء الحق المقام والاشبه في تقرير ذلك السوال وتعيين الجواب عنه ما ذكره صاحب الكفاية حيث قال فان قيل وقوع المالية في يد العبد ضروري لا يمكن الاحتراز عنه للمولى وكان كالوكيل له ولاية الحبس المبيع عن الموكل وان كان يده كيد الموكل حكما لانه لا يمكن الاحتراز عنه قلنا لا يمكن التحرز للوكيل عن هذا في جنس الوكالات ولكن يمكن للبائع التحرز عنه في جنس الوكالة بان باع عبده لوكيل لا يشتري نفسه انتهى فاذا اضافه اى فاذا اضاف العبد العقد الى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر فهذا نتيجة الدليل تقريره ان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه مال وكل من صلح وكيلا عن غيره في شراء مال اذا اضاف العقد الى الآمر صلح فعله امتثالا فالعبد اذا اضافه الى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر ثم اعلم ان قوله في الكتاب فصل فهو للآمر يشير الى ان العقد تم بقول المولى لعبد

ان يقيد لفظه فهو حر لانه اعتاق وقد رضي به المولى دون المعاوضة والعبد وان كان وكيلا بشراء معين ولكنه اتى بجنس تصرف آخر وفي مثله ينفذ على الوكيل وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه

وهو ينجالف ما ذكر في الجامع من ان اضافة العقد الى الموكل انما تقيده الملك اذا وجد الايجاب من المولى والقبول من العبد حتى لو قال العبد بعني نفسي من فلان فقال بعت لا يتم حتى يقول العبد قبلت وهذا بناء على ان الواحد لا يتولى طرفي البيع بخلاف ما اذا اشتري لنفسه كما سياتي فانه اعتاق على مال مقدر والواحد يتولى طرفي الاعتاق اذا كان المال مقدرا فيتم بقول المولى بعت مسبوقا بقول العبد بعني نفسي فان قيل اذا اضاف العبد العقد الى الآمر فمن المطالب بالثمن قلنا العبد لانه العاقد فيجب الثمن عليه الا انه يرجع به على الآمر فان قلت العبد قد يكون محجورا عليه ومثله لا يرجع اليه الحقوق قلت زال الحجر ههنا بالعقد الذي باشره مع مولاه فان المباشرة تستدعي تصور صحة المباشرة وهو اذن وان عقد لنفسه اي ان اضافة العقد الى نفسه قال بعني نفسي مني فقال المولى بعت فهو حر لانه اعتاق لما تقدم وقد رضي به المولى لانه علم ان بيع العبد منه اعتاق دون المعاوضة اي لم يرض بها فلا يقع العقد للآمر وان استشعر ان يقال العبد وكيل بشراء شيء بعينه فكيف استجاز له ان يشتري لنفسه اجاب بقوله والعبد وان كان وكيلا بشراء شيء معين ولكنه اتى بجنس تصرف آخر وهو الاعتاق على مال فكان مخالفا وفي مثله ينفذ على الوكيل فان الوكيل بشراء شيء بعينه اذا خالف فاتى بجنس تصرف آخر نفذ العقد على الوكيل دون الموكل كما تقرر فيما مر وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان اي وكذا لو اطلق العبد العقد فقال بعني نفسي ولم يزد على ذلك فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين يعني الامثال وغيره فلا يقع امتثالا اي فلا يحمل امتثالا بالشك فبقي التصرف واقعا لنفسه لان الاصل في التصرف ان يقع عمن باشره قال صاحب العناية وعورض بان اللفظ حقيقة للمعاوضة كما يقدم واذا تردد اللفظ بين ان يحمل على حقيقته وعلى مجازه حمل على الحقيقة البتة واجيب بان اللفظ للحقيقة اذا لم يكن ثمة قرينة للمجاز وقد وجدت فيما نحن فيه وهي اضافة العبد العقد الى نفسه فان حقيقته بالنسبة اليه غير متصورة ورضي المولى بذلك والبه اشار بقوله وقد رضي به المولى دون المعاوضة انتهى اقول هذا الجواب مما لا يكاد يصح ههنا لان الكلام الآن انما هو في مسئلة الاطلاق عن الاضافة الى نفسه والى الموكل والقرينة المذكورة انما وجدت في مسئلة الاضافة الى نفسه وقول المصنف وقد رضي به المولى دون المعاوضة انما وقع وقد يقدم ذكرها وليس ذلك بمورد للاعتراض فلا مساس لهذا الجواب بما نحن فيه اصلا لا يقال ليس المراد بالاضافة الى نفسه التي عدت قرينة ههنا الاضافة المارة في المسئلة المتقدمة الحاصلة من قوله بعني بل الاضافة الحاصلة من قوله نفسي في قوله بعني نفسي وهذه الاضافة موجودة في مسئلة الاطلاق ايضا لانا نقول هذه الاضافة لا تصلح ان يكون قرينة للمجاز اذ لا شك ان مجرد قوله بعني نفسي لا ينافي المعاوضة بل يحتمل ان يراد به بيع نفسه من نفسه وهو الاعتاق على مال وبيع نفسه لغيره وهو المعاوضة بل الثاني هو الظاهر نظرا الى الحقيقة وقال صاحب العناية لا يقال فعلى هذا لا يكون قوله لان المطلق يحتمل الوجهين صحيحا لانا نقول الاحتمال انما هو من حيث اطلاق اللفظ وذلك لا يحتمل الانكار والترجيح من حيث الاضافة الى نفسه وهي خارجة عن مفهوم اللفظ انتهى اقول هذا ايضا ليس بصحيح اذ لا اضافة الى نفسه فيما نحن فيه لان وضعه فيما اطلق ولم يضف الى احد فكيف يتصور الترجيح فيه من حيث الاضافة الى نفسه وايضا ان اراد بقوله وهي خارجة عن مفهوم اللفظ انها خارجة عن مفهوم مجموع اللفظ الصادر عن العبد في هذه الصورة وهو قوله بعني نفسي واين توجد الاضافة الى نفسه حتى تكون قرينة للمجاز وان اراد بذلك انها خارجة عن مفهوم بعض اللفظ الصادر عنه فيها وهو قوله بعني فقط فلا يجدي شيئا لان وضع المسئلة في اطلاق مجموع ما صدر عن العبد اذ به تتمايز هذه الصورة عن صورة الاضافة فلا بد من خروج قيد الاضافة عن مجموع ذلك حتى يوجد الاطلاق المفروض ويصح الاحتمال المذكور وبالجملة لا حاصل لهذا الجواب ولا مطابقة فيه لما في الكتاب كما لا يخفى على ذوي الالباب والجواب الصحيح عن اصل المعارضة ما ذكره صاحب النهاية

فصل في البيع قال والوكيل بالبيع الشراء لا يجوز له ان يتصرف مع ابيه وجده ومن لا تقبل شهادته له عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة

والكفاية حيث قالا الامر فيه ينبغي ان يقع الشراء للموكل عند الاطلاق لان اللفظ حقيقة في الاصل فلما تردد بين الحقيقة والمجاز ينبغي ان يحمل على الحقيقة كما هو الاصل وفيما نحن فيه لو وقع الشراء للموكله كان الشراء معمولا على حقيقته وهي المعاوضة ولو وقع للعبد كان معمولا بالمجاز ولانه غير موضوع للاضافة بل هو موضوع للمعاوضة فلما عارضت جهة اضافة الحقيقة جهة اضافة اخرى وهي ان الاصل في تصرف الانسان ان يقع لنفسه ثم رجحنا هذه الجهة بحسب مقصود البائع ظاهرا وهو ان لا يفوت ولا يعد منه فانه على تقدير وقوع الشراء للموكل يفوت هذا الغرض او يقول لما وقع التعارض بين الاصلين رجحنا جانب الاعتاق لانه تصرف مندوب اليه والمعاوضة مباحة محضة انتهى

فصل في البيع لما فرغ من بيان احكام التوكيل بالشراء شرع في بيان احكام التوكيل بالبيع وانما قدم الشراء ثم هنا وجه فصل البيع ههنا كذا في الشروح اقول لقائل ان يقول قد ذكر في هذا الفصل كثيرا من احكام التوكيل بالشراء ولم يذكر ذلك في الفصل المتقدم منها قوله والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز ان يعقد مع ابيه وجده الخ فان الحكم فيه حكم مشترك بين التوكيل بالبيع والتوكيل بالشراء ومنها قوله والتوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله فان الحكم فيه حكم التوكيل بالشراء ومنها قوله وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف الخ فان الحكم فيه ايضا حكم التوكيل بالشراء فقولهم لما فرغ من بيان احكام التوكيل بالشراء شرع في بيان احكام التوكيل بالبيع محل مناقشة ويمكن الجواب بشرع عناية فتامل قال ابو الحسين القدوري في مختصره والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز ان يعقد مع ابيه وجده ومن لا تقبل شهادته له اي وسائر من لا تقبل شهادته له كوكيله وولده ولده وزوجته وعبيده ومكاتبه صرح القدوري في مختصره بهذه الاشياء الا ان المصنف رح قصد الاجمال فقال بعدها ومن لا تقبل شهادته له قال الشارح العيني في تمثيل قوله ومن لا تقبل شهادته له مثل ابيه واخيه اقول في تمثيله الثاني خبط ظاهر فانه تقبل شهادة الاخ لاخيه بلا خلاف كما مر في كتاب الشهادة عند ابي حنيفة رحمه الله والمراد بعدم البيع والشراء مع هؤلاء عند ابي حنيفة رحمه الله عدم جواز ذلك عنده في مطلق الوكالة واما اذا قيد الوكالة بعموم المشية بان قال بع ممن شئت فيجوز بيعه وشراؤه مع هؤلاء بلا خلاف بخلاف البيع من نفسه او من ابن صغيره حيث لا يجوز وان قال ذلك كذا صرح به في المبسوط ونقل عنه في النهاية ومعراج الدراية وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة قال بعضهم تخصيص البيع بالذكر من تجهيل الاكتفاء بذكره من الشراء والا فقيه خلاف ايضا وقال صاحب النهاية خص محمد لهما في الكتاب في حق جواز البيع منهم مثل القيمة وكذلك في شرح الطحاوي وكان فيه اشارة الى انه لا يجوز عندهما ايضا في الغبن اليسير والا لم يكن لتخصيص مثل القيمة فائدة ولكن ذكر في الذخيرة ان البيع منهم بالغبن اليسير يجوز عندهما فكان الغبن اليسير ملحقا بمثل القيمة على ذلك التقدير فقال فيها الوكيل بالبيع اذا باع ممن لا تقبل شهادته له ان كان باكثر من القيمة يجوز بلا خلاف وان كان باقل من القيمة بغبن فاحش لا يجوز بالاجماع وان كان الغبن يسيرا لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز والمكان بمثل القيمة فعن ابي حنيفة رح روايتان في رواية الوكالة البيع لا يجوز عند ابي حنيفة رح وبيعه باكثر من القيمة وشراؤه منه باقل من القيمة يجوز بلا خلاف وبمثل القيمة يجوز عندهما وكذلك عند ابي حنيفة رح باتفاق الروايات وابو حنيفة رح فرق على رواية الوكالة والبيوع بين الوكالة والبيوع بين المضارب وبين الوكيل انتهى كلامه فان قيل ما وجه الفرق لابي حنيفة رح على هذه الرواية بين المضارب والوكيل حيث جوز بيع المضارب من هؤلاء بمثل القيمة ظهور الربح اذا لم يظهر مع ان له قبل ظهور الربح حكم الوكيل اجيب بان وجهه ان المضارب اعم تصرفا من الوكيل فقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال منعه وقد يكون نائبا محضا في بعض الاحوال فاشبه بالمستبد بالتصرف جاز تصرفه مع هؤلاء بمثل القيمة واشبه بالنائب لم يجز تصرفه مع هؤلاء في حق الموكل

كالمن عبده بمكاتبة لان التوكيل مطلق والمنافع منقطعة بحارف العبد كما به بيع من نفسه لان ملك المولى بالعبد الموكل وكذا المولى حق في كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز وله ان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة وكان المنافع بينهم متصلة فنهايعا من نفسه من وجه والاجارة والصرف على هذا الخلاف

وان كان بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه فانه لا يجوز عندهما ايضا قيد في المبسوط بقوله الا من عبده الذي لا دين عليه لان كسبه ملك مولاه فبيعه منه كبيعه من نفسه فكان فيه اشارة الى انه لو كان عليه دين يجوز بيعه منه عند تعميم المشتبه كذا في النهاية ومعراج الدراية قال بعض الفضلاء فيه تامل فان العبد الذي عليه دين محيط باني يده ملك لمولاه عند ابي يوسف ومحمد رح فلا يظهر للتقييد فائدة انتهى اقول نعم ان العبد الذي عليه دين يحيط بماله ورقبته يملك مولاه ما في يده عندهما الا انه يتعلق به حق الغرماء حتى لو اعتق مولاه من كسبه جاز العتق عندهما ولكن يضمن قيمته للغرماء واما عند ابي حنيفة رح فلا يملك مولاه ما في يده ولو اعتق من كسبه جاز العتق فائدة التقييد ليظهر بناء على تعلق حق الغرماء بما في يده عندهما ايضا حتى يصير مولاه ممنوعا عن ان ينتزعه من يده ولهذا جاز بيع العبد المأذون الذي عليه دين من مولاه شيئا من اكسابه وبيع مولاه عنه شيئا من امواله عندهم جميعا ولم يجز بيع العبد المأذون الغير المديون شيئا من مولاه ولا بيع مولاه شيئا منه عندهم اصلا وسيتكشف ذلك كله في كتاب المأذون فقوله في المبسوط لان كسبه ملك مولاه فبيعه منه كبيعه من نفسه معناه ان كسبه ملك خالص لمولاه لم يتعلق به حق الغير فبيعه منه كبيعه من نفسه بخلاف العبد المديون قال المصنف رح في تعليل ما ذكر في الكتاب من جانبهما لان التوكيل مطلق عن التقييد بشخص دون آخر والمطلق يعمل باطلاقه وكان المقتضى موجودا والمانع منتف لان المانع هو التهمة ولا تهمة هنا لانها اما ان تكون من حيث ايثار العين او من حيث ايثار المالية وليس شئ منها بموجود اما الاول فلما ذكره بقوله اذ الاملاك متباينة الا يرى انه يحل للابن وطئ جارية نفسه ولا يحل له وطئ جارية ابيه ولو لم يكن ملكه متبائنا عن ملك ابيه لكانت جارية جارية مشتركة ولما حل له وطئها كما لا يحل له وطئ جارية ابيه والمنافع منقطعة لان تباين الاملاك يوجب انقطاع المنافع وان كان الامر كذلك فلا نفع له من حيث ايثار العين فلا تهمة واما الثاني فلان التقدير بمثل القيمة بنفسها فاذا وجد المقتضى وانتفى المانع وجب القول بالجواز كما في البيع من الاجنبي بخلاف العبد يعني الذي لا دين عليه لما عرفت لانه بيع من نفسه اي لان بيع الوكيل من مثل ذلك العبد بيع من نفسه لان ما في يد العبد اي ما في يد مثل ذلك العبد للمولى اي ملك خالص للمولى لا حق فيه للغير فصار البيع منه بيعا من نفسه والبيع من نفسه غير جائز لان الواحد اذا تولى طرفي البيع كان مستوفيا او مستوفصا قابضا ومسلما مخاصما في العيب وفيه من التضاد ما لا يخفى وكذا للمولى حق في كسب المكاتب حتى لا تصح بسراعاته ولا تزويج عبده وينقلب حقيقة بالعجز يعني وقد ينقلب حق المولى في كسب المكاتب الى حقيقة الملك بعجز المكاتب عن اداء بدل الكتابة فصار كالعبد وله اي ولابي حنيفة رح ان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات يعني سلمنا ان التوكيل مطلق لكن مواضع التهمة مستثناة من الوكالات لانها شرعت للاعانة فكانت مواضع اعانة وهذا اي ما نحن فيه موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة اي فيما بينهم ولان المنافع بينهم متصلة لان كل واحد منهم ينفع بمال عادة فصار مال كل واحد منهم كمال صاحبه من وجه فصار اي بيع الوكيل من هؤلاء بيعا من نفسه من وجه فكان فيه تهمة ايثار العين قال صاحب العناية في شرح دليل ابي حنيفة رح ههنا ولابي حنيفة رح القول بالموجب اقول ليس الامر كذلك لان القول بالموجب على ما تقرر في كتب الاصول التزام ما يلزمه المعلل مع قيام الخلاف وههنا ليس كذلك لان حاصل التعليل المذكور من قبلهما ان التوكيل مطلقا والتهمة منتفية لتباين الاملاك وانقطاع المنافع وحاصل ما ذكر من قبله ان التهمة متحققة والمنافع متصلة والظاهر ان مال هذا منع لما علل به من قبلهما لا تسليم التزام لم يكن له من القول بالموجب في شئ نعم فيه تسليم لمقدمة واحدة من التعليل المذكور وهي ان التعليل مطلق لكن لا يتم بها وحدها مطلوبهما فلا يكون تسليمها تسليما للتعليل المذكور من قبلهما كما لا يخفى قال المصنف رح والاجارة والصرف على هذا الخلاف يعني ان الوكالة بالاجارة والصرف على هذا الخلاف المذكور وانما خصهما بالذكر لان الاجارة شرعت على خلاف القياس لان المعقود عليه وهو المنافع معدومة والصرف شرط فيه

قال والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز بيعه بمنقصان يتغابن الناس فيه وهو لا يعلم الدناءة لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف كالتصرفات لدفع الحاجات فيتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء اللحم وفي بعض النسخ بشراء الفحم بزمان الحاجة وكان البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه وكذا المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه فلا يتناولانه مطلق اسم البيع ولهذا لا يملكه الاب والوصي وله ان التوكيل بالبيع مطلق فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة والبيع بالغبن او بالغبن متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتبرم من العين والمسائل ممنوعة على قول ابي حنيفة رح على ما هو المروي عنه

عنهما غير وكانا ما لمين عدم جوازه منع هو لا دليل الاجماع فبين ان الحكم فيها كالحكم فيما سواها كذا في الشروح اقول المسلم انما شرع على خلاف القياس وله شروط منافية للغير فكان الاحسن ان يذكره المصنف ردهما كما قال في المختلف حيث قال فيه بعد بيان الخلاف المذكور والمسلم والصرف والاجارة على هذا الخلاف قال اي القدوري في مختصره والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند ابي حنيفة رح ويجوز بيعه باجل غير متعارف ايضا عنده صرح به في الذخيرة وغيرها ولتسبب هذه المسئلة الوكيل بالبيع مطلقا يملك البيع بما عز وهان وباي من كان والى اي اجل كان متعارفا وغير متعارف كذا قالوا وقالا اي ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز بيعه بمنقصان لا يتغابن الناس فيه اي لا يجوز بيعه بغبن فاحش ويجوز بغبن يسير ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير اي لا يجوز الا بالنقود وكذا لا يجوز بيعه عندهما الا باجل متعارف قال في الذخيرة واذا باع باجل متعارف فيما بين التجار في تلك السلعة جاز عند علمائنا الثلاثة رح وان باع باجل غير متعارف فيما بين التجار في تلك السلعة بان باع مثلا الى خمسين سنة او ما اشبه ذلك فعلى قول ابي حنيفة رح يجوز وعلى قول ابي يوسف رح ومحمد رح لا يجوز وقال انما يجوز البيع بالنسيئة اذا لم يكن في لفظه ما يدل على البيع بالنقد فاما اذا كان في لفظه ما يدل على البيع بالنقد لا يجوز البيع بالنسيئة نحو ان يقول بع هذا العبد فاقبض دبني او قال بع فان العز ما يلزمونني او قال بع فاني احتاج الى نفقة عيالي ففي هذه الصور ليس له ان يبيع بالنسيئة انتهى قال المصنف رح في تعليل ما ذكر في الكتاب من جانبهما ان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف اي بما هو متعارف بين الناس لان التصرفات لدفع الحاجات فيتقيد بمواقعها اي فيتقيد التصرفات بمواقع الحاجات والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا اي ولاجل تقييد التصرفات بمواقعها يتقيد التوكيل بشراء اللحم وفي بعض النسخ اللحم مكان الفحم لكن الفحم ابلق لقران قوله بزمان الحاجة اذ كل الازمان زمان الحاجة الى اللحم كذا في النهاية ومعراج الدراية والجمد بسكون الميم الغير هو ما جمد من الماء فكان فيه تسمية للاسم بالمصدر كذا في الصحاح والديوان والاضحية بزمان الحاجة متعلق بتقييد التوكيل بشراء هذه الامور بزمان الحاجة فتقييد التوكيل بشراء الفحم بايام البرد وبشراء الجمد بايام الصيف وبشراء الاضحية بايام النحر او قبلها كل ذلك من تلك السنة حتى لو اشترى ذلك في السنة الثانية لم يلزم الامر ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهو ظاهر وهبة من وجه ولهذا الوصي من المريض كان معتبرا من الثلث والاب والوصي لا يملكانه وهو وكيل بالبيع دون الهبة وكذا المقايضة اي البيع بالعرض بيع من وجه وشراء من وجه لانه من حيث ان فيه اخراج السلعة من الملك بيع ومن حيث ان فيه تحصيل السلعة في الملك شراء فلا يتناوله اي فلا يتناول البيع بغبن فاحش وبيع المقايضة مطلق اسم البيع المطلق ينصرف الى الكامل وللابي حنيفة رح ان الوكيل بالبيع مطلق اي غير مقيد شيئ فيجري اي يجري المطلق على اطلاقه في غير موضع التهمة فيتناول كل ما يطلق عليه البيع قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وللابي حنيفة رح القول بالموجب اي سلمنا ان التوكيل بالبيع مطلق لكن المطلق يجري على اطلاقه في غير موضع التهمة اقول بداية الفقه ما قاله في المسئلة الاولى اذ لم يقل الخصم ههنا قط ان التوكيل بالبيع مطلق بل قال ان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف يعني ان ما هو في صورة الاطلاق من الامر فهو مقيد في الحقيقة بالتعارف فلم يقع منه الحكم بان التوكيل بالبيع مطلق حتى يصير محلا للمنع او التسليم فلا يتصور ان يكون ما ذكر من قبل ابي حنيفة رح ههنا قولا بالموجب تسليم ان التوكيل بالبيع مطلق والحق ان حاصل معنى الكلام المذكور منع لكون مطلق الامر ههنا مقيدا بالمتعارف بناء على قاعدة لزوم اجراء المطلق على اطلاقه في غير موضع التهمة وان حاصل معنى قوله والبيع بالغبن الفاحش او بالغبن اليسير متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتبرم اي السآمة من العين نزل في الجواب عن المنع المذكور يعني سلمنا ان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف لكن البيع بالغبن او العين متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن لتجارة رائجة او لغيرها وعند التبرم من العين وفي بداية الاخلاق لقلة الثمن وكثرته وفقدته وعرضيته وكان العرف مشتركا فلم يصلح حجة لاحد الخصمين على الآخر والمسائل ممنوعة على قول ابي حنيفة رح اي المسائل المستشهد بها من قبل الخصم

وانه بيع من كل وجه حتى لا يبيع بحيث به غير ان الاب والوصي كما يملكانه مع انه بيع من كل وجه ولا يتهمان فيه ولا نظر فيه

وهي مسائل شراء اللحم والجمد والاضحية ليست بمسلمة على قول ابي حنيفة رح بل هي مروية على قول ابي يوسف رح على ذلك الوجه واما عند ابي حنيفة رح فهي على اطلاقها لا تقييد بزمان الحاجة قال في غاية البيان ولئن سلمنا انها تقيد على قول ابي حنيفة رح ايضا فقول انما تقيد بدلالة الغرض لا بدلالة العادة لان الغرض من شراء اللحم دفع ضرر البرد وذلك يختص بالصيف حتى لو انعدمت هذه الدلالة بان وجد التوكيل ممن يعتاد تربيص اللحم كالجمادين او تربيص الجمد كالفقاعيين لا يتقيد التوكيل كذا قال الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وكذا التوكيل بالاضحية يتقيد بايام النحر بالغرض لا بالعادة لان غرض الموكل خروجه عن عهدة الوجوب الذي يلحقه في ايام تلك المنية انتهى وقال في الكافي ولانه مطلق في حق الوقت لاعدام فلم يتناول الا واحدا وقد صار المتعارف مرادا فلم يبق غيره مرادا فاما هذا فعدام انتهى وبهذا ذكر في الكفاية ايضا واما البيع بالغبن بيع من كل وجه جواب عن قولها ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه يعني لانهم انه كذلك بل هو بيع من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحنث به اي بالبيع بغبن فاحش فلما جعل هذا بيعا مطلقا في اليمين جعل في الوكالة كذلك واعترض عليه بانه لا يلزم من جريان العادة في اليمين في نوع جريانه في البيع في ذلك النوع الا يرى انه لو حلف لا يأكل لحما فاكل لحما قديدا حنث وفي التوكيل بشراء اللحم لو اشترى الوكيل لحما قديدا وقع على المشتري لا على الآمر واجيب بان التوكيل بشراء اللحم انما يقع على لحم يباع في الاسواق والقديد لا يباع فيها عادة فلا يقع التوكيل عليه فيعلم بهذا ان العرف قد اختلف في حقهما فاختلف الجواب لذلك واما البيع بالغبن فلا يخرج عن كونه بيعا حقيقة وعرفا اما حقيقة فظاهر واما عرفا فيقال بيع رابح وبيع فاسد كذا في العناية اخذا من النهاية اقول في الجواب بحث لان حاصله الاعتراف باختلاف العرف في حق اليمين والبيع والتشبث بادعاء ان البيع بغبن فاحش لا يخرج عن كونه بيعا لا حقيقة ولا عرفا فيرد عليه انه ان اريد انه لا يخرج عن كونه بيعا من وجه فهو مسلم لكن لا يحصل به الجواب عما قالاه والكلام فيه وان اريد انه لا يخرج عن كونه بيعا من كل وجه فهو ممنوع اذ هو اول المسئلة حيث لا يقول به الخصم بل يدعي انه بيع من وجه وهبة من وجه ونحن نصدر الجواب عنه بمسئلة اليمين فاذا ورد الاعتراض عليه باختلاف العرف والحكم في حق اليمين والبيع فكيف يصح الجواب عنه بالمصير الى الاصل المتنازع فيه غير ان الاب والوصي لا يملكانه جواب عن سؤال مقدر تقريره لو كان البيع بغبن فاحش بيعا من كل وجه كما يملك الاب والوصي يعني ان الاب والوصي انما لا يملكان البيع بغبن فاحش مع انه بيع اي من كل وجه لان ولايتهما اي ولاية الاب والوصي على الصغير نظرية اي بشرط النظر في امر الصغير بالشفقة ايصال النفع اليه ولا نظر فيه اي في البيع بغبن فاحش والمقايضة بشراء من كل وجه وبيع من كل وجه جواب عن قولها وكذا المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه يعني لانهم المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه بل هي بيع من كل وجه وشراء من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما قال صاحب العناية وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب كما تقدم في اول البيوع وقال وكل ما صدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه اقول فيه خلل اما اولا فلانه لا يخفى على احد ان المراد بالبيع في قوله والمقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل وجه هو البيع المقابل للشراء وهو وصف البائع وان المراد بالشراء في قوله المزبور هو الشراء المقابل للبيع وهو وصف للمشتري والحد المذكور اعني مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب انما هو حد البيع الذي هو عقد شرعي وهو المجموع المركب من الايجاب والقبول مع الارتباط الشرعي الحاصل بينهما فذلك المعنى عن قوله لوجود حد كل واحد منهما واما ثانيا فلان قوله وكل ما صدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه بعد ان جعل هذا الحد حد كل واحد من البيع والشراء يقتضي ان يكون كل البياعات الغير الاضطرارية بيعا من كل وجه وشراء من كل وجه اذ لا يخلو شيء منها عن صدق هذا الحد عليه كما تقدم في اول البيوع ولم يقل به احد فظهر اعتراض بعض الفضلاء بوجه آخر على قوله وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب حيث قال فيه نظر فان الباغ في قوله تعالى

والمقايضة شراء من كل وجه بيع من كل وجه حتى كل واحد منهما

بالمقابلة والعوض فلا يتناول الحد الشراء انتهى أقول بذا ساقط لان بالمقابلة والعوض لا ينافي تناول الحد المذكور الشراء فان المقابلة والمعاوضة تتحققان في كل واحد من البدلين بلا تفاوت وانما بقي حديث دخول الباء على الثمن ويجيء الكلام فيه قال صاحب العناية ويجوز ان يقال البيع في الحقيقة عبارة عن اخراج ملكه متوسلا به الى تحصيل ملك غيره والشراء عبارة عن تحصيل ملك غيره متوصلا اليه باخراج ملكه وكلاهما صادق على المقايضة انتهى أقول بذا ابو العواب وان كان مقتضى تحريره ان يكون ضعيفا عنده الا ان المراد بقوله وكلاهما صادق على المقايضة انهما صادقان على مدى المقايضة معا فانتقض بسائر المباعات فان صدق البيع بالمعنى المزبور في سائر المختص بالسلعة وصدق الشراء فيما المختص بالثمن فيسقط ما قاله بعض الفضلاء على قوله وكلاهما صادق على المقايضة بل على جميع المباعات فتفي تقريره قصور انتهى فتدبر ثم قال صاحب العناية فالبيع والشراء يطلقان على عقد شرعي يرد على مجموع المالين باعتبارين يتعين كل منهما باطلاق لفظ محققة عليه وبذلك تميز البائع عن المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء انتهى أقول وفيه خلل لان حاصله ان معنى البيع ومعنى الشراء متحدان بالذات ومتغايران بالاعتبار يتعين كل منهما باطلاق لفظ محققة عليه وهو لفظ البيع في البيع ولفظ الشراء في الشراء فيمتاز به البائع عن المشتري لكنه ليس بصحيح اما اولا فلانه قد تقرر في كتب اللغة ان لفظ البيع ولفظ الشراء من الاضداد ويطلق كل منهما على كل من معنيي البيع والشراء وصرحوا به في اول كتاب البيوع حتى صرح نفسه ايضا هناك بان لفظ البيع من الاضداد لغة واصطلاحا وقال يقال باع الشيء اذا شراه واشتراه واذا كان كذلك فكيف تيسر اختصاص احد اللفظين المذكورين باحد المعنيين المزبورين وكيف يتصور تعيين احد هذين المعنيين باطلاق احد ذينك اللفظين عليه ولا شك ان ما هو من الاضداد يصح اطلاقه على كل من معنييه على ان اتحاد معنى البيع والشراء بالذات مما لم يقل به احد من الثقات ولا يرى له وجه سديد واما ثانيا فلان البيع كما ينعقد بالايجاب والقبول ينعقد ايضا بالتعاطي كما تقرر في البيوع وفي صورة التعاطي لا يلزم اطلاق لفظ على شيء منهما فكيف يتم قوله تتعين كل منهما باطلاق لفظ محققة عليه وبذلك تميز البائع على المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء واما ثالثا فلانه لو تعين كل منهما بلفظ محققة وامتاز به البائع عن المشتري لكان الصادر من احد المتعاقدين بيعا ومن الآخر شراء البتة فلم يصح القول بان المقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل وجه بل هي حينئذ اما بيع واما شراء لا غير اللهم الا ان يحمل المراد بكونهما بيعا وشراء من كل وجه على انهما صالحة لكل واحد منهما قبل صدور العقد واما بعد صدوره فيتعين واحد منهما لكنه تعسف ثم انه فرع على ما ذكره سقوط بعض ما قبل هنا ولما لم يصح الاصل كما عرفته لم يصح الفرع ايضا لان صحة الفرع فرع صحة الاصل كما لا يخفى واعلم ان هنا امرا واجبا ينبغي بسطا تحقيق المقام فنقول ان قيل من المحال ان يوصف الشيء الواحد بصفة وبضدها في حالة واحدة ولو قلنا بان بيع المقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل وجه في ذلك الوقت لزم هذا المحال قلنا انما يلزم المحال لو كان ذلك بجهة واحدة وليس كذلك فانه بيع من كل وجه بالنسبة الى عرض نفسه وشراء من كل وجه بالنسبة الى عرض صاحبه وانما قلنا بكذا لان البيع لا بد له من مبيع وثمن وليس كل واحد منهما بادلى من الآخر في ان يجعل هو مبيعا او ثمنا فنجعل كل واحد منهما مبيعا بمقابلة الآخر وثمنا بمقابلة الآخر فان قيل لا نسلم عدم الاولوية في احدهما لانه لا بد من ادخال الباء في واحد منهما لتحقيق الصاق البدل بالمبدل وادخل عليه الباء تعين للثمنية لما عرف ان الباء تصحب الاثمان فيتعين الآخر لكونه مبيعا بحالة قلنا قد ذكر في اوائل كتاب البيوع ان الباء انما تعين ما دخلت عليه للثمنية اذا كان ذلك الشيء من المكيلات والموزونات من غير الدراهم والدنانير فان الدراهم والدنانير متعينة للثمنية سواء دخلت عليهما الباء او لم تدخل والعرض المعين متعين للمبيعية سواء دخلت عليهما الباء او لم يدخل اما المكيلات والموزونات اذا كانت غير معينة وهي موصوفة بصفة فان دخلت عليها الباء تعين للثمنية كما اذا قال اشتريت هذا العبد بكذا حنطة بعينها واما اذا لم يدخل عليها الباء فلا تتعين لها ايضا ثم كلامنا هنا في بيع المقايضة وهي مبنية عن المساواة يقال هذا

قال والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله لان التهمة فيه متحققة فصار كما اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه الحقه بغير عقد على ما مر

فيضان اى مساويان وكان كلا البدلين متعينا فلا تعين واحد منهما للمبيعية ولا للثمنية فلذلك جعل كل واحد منهما مبيعا وثمنا وان خلت الباقي احدهما فان قيل اذا كان بيع المقايضة شراء من كل وجه وبيعا من كل وجه فمن اى وجه رجح ابو حنيفة رح جانب البيع فيه نفذ البيع على الآمر عنده اذا باع الوكيل بالبيع بعرض مع الغبن الفاحش قلنا رجح هو من جانب البيع استدلالا بما ذكر في المبسوط في باب الوكالة بالسلم من كتاب البيوع من ان جانب البيع يترجح على جانب الشراء في البيع بعرض الا يرى ان احد المضاربين لو اشترى بغير اذن صاحبه كان مشتريا لنفسه ولو باع بغير اذن صاحبه شيئا من مال المضاربة توقف على اجازة صاحبه فان باعه بعرض يتوقف ايضا حتى لو كان صاحبه كان تصرفه على المضاربة فصرفته ان جانب البيع يترجح فيه كذا في النهاية ومعراج الدراية فان قلت كما ان كل واحد من عاقدي عقد المقايضة بائع بالنسبة الى عرض نفسه مشتر بالنسبة الى عرض الآخر كذلك كل واحد من عاقدي عقد الصرف بائع ومشتر لما ان عقد الصرف بيع والبيع لا بد له من مبيع وثمن وليس احد البدلين اولى من الآخر في جعله مبيعا او ثمنا فجعل كل واحد منهما مبيعا وثمنا ثم الغبن الفاحش يتحمل في بيع المقايضة على قول ابي حنيفة رح في ظاهر الرواية خلافا لرواية الحسن كما ذكر في الذخيرة والمبسوط ولا يتحمل في بيع الصرف على قول الكل باتفاق الروايات كما ذكر في باب الوكالة في الصرف من صرف المبسوط فما وجه الفرق بينهما مع اتحاد بما في العلة قلت الفرق بينهما انما نشأ من حيث ورود علة عدم جواز بيع الوكيل بالشراء بالغبن الفاحش ههنا ايضا وذلك لان تصرف الوكيل بالشراء بالغبن الفاحش انما لا ينفذ على الموكل للتهمة فان من الجائز انه عقد لنفسه فلما علم بالغبن اراد ان يلزمه ذلك الوكيل وهذا المعنى موجود ههنا فان الوكيل يملك عقد الصرف لنفسه كما صرح به في المبسوط وانما في بيع المقايضة فليس للوكيل ان يبيع من نفسه ولا ان يشتري لنفسه عرض الآخر بمقابلة عرض الموكل فلم يرد التهمة التي وردت في حق الوكيل بالشراء فلم يمنع الجواز لذلك في ظاهر الرواية على قول ابي حنيفة رح وذكر في الذخيرة ان الوكيل بالصرف اذا اشترى بما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز بلا خلاف لان الغبن على قول ابي حنيفة رح ان كان يجوز باعتبار انه بيع من وجه لا يجوز باعتبار انه شرى من وجه الا ان الشرى اصل في هذا العقد لان الثمنية في الدراهم والدنانير اصل والعبرة للاصل فكان شريا من كل وجه والغبن الفاحش لا يتحمل الشرى بالاتفاق كذا في النهاية قال صاحب العناية ولا يلزم الوكيل بالصرف فانه لا يجوز فيه ان يبيع بالاقل اصلا لان موكله لا يملك ذلك بالنص فكذا وكيله انتهى اقول فيه نظر لان موكله انما لا يملك البيع بالاقل فيما اذا اتحد البدلان في الجنس واما اذا اختلفا فيه فيملك قطعا كما تقرر في كتاب الصرف ولا يخفى ان عدم جواز بيع الوكيل بالصرف بغبن على قول الكل باتفاق الروايات غير منحصر في صورة اتحاد الجنس بل نعم صورتي اتحاد الجنس واختلافه بل المسئلة مصورة في صرف المبسوط بصورة اختلاف الجنس حيث قال فيه وان وكله بالف درهم ليصرفها له فباعها بدنانير وحط عنه ما لا يتغابن الناس في مثله لم يجز على الآمر انتهى فتلزم هذه الصورة قطعا ويكفي في ورود السوال على ما ذكر في الكتاب ولعمري ان صاحب العناية قد خرج في شرح هذه المسئلة عن سنن الصواب وغبن في تفرعاته غبنا فاحشا ومع ذلك قال في آخر كلامه فعليك بهذا التطبيقه على ما في الكتب ملاحظا بعين البصيرة محمد المقتدي للتلفيقه ان شاء الله تعالى قال اي القدوري في مختصره والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها وهي الغبن اليسير ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله وهو الغبن الفاحش وقال في شرح الاقطع وعن ابي حنيفة رح رواية اخرى انه يجوز بالقليل والكثير لعموم الامر كذا في غاية البيان عمل المصنف ما في الكتاب لقوله لان التهمة فيه اي في الشراء متحققة فلعله اي فلعل الوكيل اشتراه اي اشترى الشئ الذي وكل به لنفسه اي لاجل نفسه فاذا لم يوافقه الحقه بغيره وهو الموكل على امر اشارة الى ما ذكره في فصل الشراء بقوله لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا راى الصفقة خاسرة الزمها الامر انتهى والتهمة في باب الوكالة معتبرة والا ان الوكيل بالشراء اذا وجب الثمن في ذمته نفسه ولو جب لنفسه مثله في ذمة الآخر

حق لم يكن وكيلا بشراء شئ بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانه لا يملك شراءه لنفسه وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوجه امرأة باكثر من مهر مثلها جاز عندنا لانه لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد فلا تمكن هذه التهمة وكذلك الوكيل بالشراء لانه يبطل العقد قال والذي لا يتغابن الناس فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقيل في العروض درهم ونيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقارات ده دوازده

والانسان متهم في حق نفسه فلا يملك ان يلزم الآمر الثمن ما لم يدخل في ملكه بازائه ما يعدله ولهذا قالوا لو اشتريت وقبضت هلك في يدي فمات الثمن يسقط قوله بخلاف الوكيل بالبيع فانه لو قال بعت وقبضت الثمن وهلك عندي كان القول قوله ولان امره بالشراء يلاقي ملك الغير وليس للانسان ولاية مطلقة في ملك الغير فلا يعتبر الاطلاق امره فيه بخلاف البيع فان امره يلاقي ملك نفسه وله في ملك نفسه ولاية مطلقة ولان اعتبار العموم والاطلاق في التوكيل بالشراء غير ممكن لانه لو اعتبر ذلك لاشترى ذلك المتاع بجميع ما يملكه الموكل وبما لا يملكه من المال ونحن نعلم انه لا يقصد ذلك فحملناه على اخص الخصوص وهو الشراء بالنقد بغبن يسير في جانب البيع اعتبارا العموم والاطلاق ممكن لانه لا يتسلط به على شئ من البيع الذي رضي بزوال ملكه عنه ونهره فروق اربعة بين الوكيل بالبيع وبين الوكيل بالشراء في الغبن الفاحش ذكرت في كتاب البيوع من المبسوط حتى لو كان وكيلا بشراء شئ بعينه قالوا اي المشائخ ينفذ على الآمر اي ينفذ العقد على الآمر وان كان مع الغبن الفاحش لانتفاء التهمة لانه اي الوكيل لا يملك شراءه اي شراء ذلك الشئ المعين لنفسه واراد بقوله قالوا عامة المشائخ فان بعضهم قال تحمل فيه الغبن اليسير لا الفاحش وقال بعضهم لا تحمل فيه اليسير ايضا كما في الذخيرة وغيرها وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوجه اي زوج موكلا امرأة باكثر من مهر مثلها جاز عنده اي عند ابي حنيفة رح ذكره محمد رح في الاصل في اول باب الوكالة في النكاح حيث قال واذا وكل رجل رجلا ان يزوجه امرأة بعينها فزوجها اياه فهو جائز فان زاد على مهر مثلها فهو جائز في قول ابي حنيفة رح وفي قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله اذا زوجها بما يتغابن الناس في مثله فهو جائز وان زاد اكثر من ذلك لم يلزم الزوج النكاح الا ان يرضا واذا وكل رجل رجلا ان يزوج امرأة بعينها فتزوجها الوكيل فهو جائز وهي امرأته لا يشبه هذا الشراء لو امره ان يشتري عبد بعينه فاشتراه الوكيل لنفسه كان العبد للآمر الى هنا لفظ الاصل قال المصنف في تعليل ما في الكتاب لانه اي الوكيل بالنكاح لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد اي في النكاح فلا يتمكن هذه التهمة اي تهمة ان يعقده لا لنفسه ثم يلحقه بغيره ولا كذلك الوكيل بالشراء لانه يطلق العقد اي لا يضيفه الى الموكل حيث يقول اشتريت ولا يقول اشتريت لفلان يعني يجوز له الاطلاق ولا يجب عليه الاضافة الى الموكل فيتمكن تلك التهمة قال شيخ الاسلام خواهرزاده جواز عقد الوكيل بالشراء بزيادة يتغابن الناس في مثلها فيما ليس له قيمة معلومة عند اهل البلد كالعبيد والدواب وغير ذلك واما ما له قيمة معلومة عندهم كالخبز واللحم وغيرهما فاذا زاد الوكيل بالشراء على ذلك لا يلزم الآمر وان قلت الزيادة كالفلس مثلا قال في بيوع التهمة وبه يفتى والذي لا يتغابن فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين هذا لفظ القدوري في مختصره ويفهم منه ان مقابله مما يتغابن فيه قال في الذخيرة تكلموا في الحد الفاصل بين الغبن اليسير والغبن الفاحش والصحيح ما روى عن محمد رح في النوادر ان كل غبن يدخل تحت تقويم المقومين فهو يسير وما لا يدخل تحت تقويم المقومين فهو فاحش وقال والبه اشار في الجامع في تعليل مسئلة الزكوة قال المصنف وقيل في العروض درهم ونيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقارات ده دوازده اعلم ان ظاهر سوق الكلام ههنا يشعر بان يكون مراده بذكر هذا القول تفسير الغبن الفاحش لان صريح ما ذكره سابقا كان تفسيرا للغبن الفاحش فاذا قال بعده وقيل في العروض الخ كان المتبادر منه ان يكون هذا ايضا تفسيرا للغبن الفاحش واما الذي يقتضيه التطبيق لما هو المعين في سائر المعتبرات ان يكون مراده بذلك تفسير الغبن اليسير وعن هذا كان الشراح ههنا فريقين فمنهم من تبع ذلك في تعيين مراده وجعل كلامه محتملا للامرين ولكن ذكر كل احد منهما يقبل لا من عند نفسه ومنهم من جزم بالثاني فقال في بيان الغبن اليسير ولم يذكر الاحتمال الآخر وقال الشارح الاكمل من هذه الفرقة وكان قوله قيل معطوفا على قوله ما لا يدخل تحت تقويم المقومين فانه اذا كان الغبن الفاحش ما لا يدخل تحت تقويمهم كان ما يدخل تحت تقويمهم غبنا يسيرا او الحق عندنا ان يكون ذلك تفسيرا للغبن اليسير لانه هو الموافق لما ذكره جمهور الفقهاء وعامة المشائخ في كتبهم المعتبرة منهم الامام البارع علاء الدين الاسبيجابي فانه قال في شرح الطحاوي وروى عن نصير بن يحيى انه قال قدر ما يتغابن الناس في العروض درهم ونيم وفي الحيوان ده يازده وفي العقار ده دوازده انتهى ومنهم الشيخ ابو المعين النسفي

نافع

لان التصرف يكثر وجوده في الاول ويقل في الاخير ويتوسط في الاوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف قال رواقا وكله بليم عبد له فباع نصفه جاز عندابي حنيفة رح لان اللفظ مطلق من قيد الافتراق والاجتماع الا ترى انه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده فاذا باع النصف به اولى وقالا لا يجوز لانه غير متعارف ولما فيه من ضرر الشركة لان بيع النصف كثيرا ما يتضمن بيع النصف قريبا وسيلة الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى ان يفرق فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول تبين انه وقع وسيلة واذا لم يبع ظهر انه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان وكذا اذا وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف فان اشترى باقيه لزم الموكل لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان موروثا بين جماعة فيحتاج الى شرائه شقصا شقصا واذا اشترى الباقي قبل رد الاول تبين انه وقع وسيلة فينفذ على الآمر وهذا بالاتفاق واللفظ في الشرح

فانه قال في شرح الجامع الكبير اختلف المشائخ في الحد الفاصل بالقليل والكثير منهم من قال ما يتغابن الناس فيه قليل وما لا يتغابن الناس فيه كثير ومنهم من قال ما يدخل تحت تقويم المقومين فهو قليل وما لا يدخل فهو كثير ومنهم من قال ذلك مفوض الى رأي القاضي ومحمد رح قدر في هذا الكتاب يعني في الجامع الكبير بده نيم ومشائخ بلخ فصلوا ذلك على ما قال الفقيه ابو القاسم بن شعيب حكى عنهم انهم قدروا اليسير في العقار بده دوازده وفي الحيوان بده يازده وفي العروض بده نيم انتهى كلامه الى غير ذلك من ائمة الكبار المتقين على جعل ذلك تفسير الغبن اليسير ابدا وانما كان التقدير في الاقسام المذكورة على الوجه المذكور لان التصرف يكثر وجوده في الاول وهو العروض ويقل في الاخير وهو العقارات ويتوسط في الاوسط وهو الحيوان وكثرة الغبن لقلة التصرف لان الغبن يزيد لقلة التجربة وينقص بكثرتها وقلتها وكثرتها لقلة التصرف وكثرته ثم ان عشرة دراهم نصاب يقطع به يد محترمة فجعلت اصلا والدرهم مال يحبس لاجله فقد لا يسامح به في المماكسة فلم يعتبر فيما كثر وقوعه يسيرا والنصف من العشرة وكان يسيرا وضوعف بعد ذلك بحسب الوقوع فما كان اقل وقوعا منه اعتبر فيه ضعفه وما كان اقل من الاقل اعتبر فيه ضعف ضعفه قال اي محمد رح في الجامع الصغير واذا وكله ايضا وكل رجلا ببيع عبد اي ببيع عبده وفي بعض النسخ ببيع عبده فباع نصفه جاز عند ابي حنيفة رح انما وضع المسئلة في العبد ليترتب عليه الاختلاف المذكور لانه اذا باع نصف ما وكل ببيعه وليس في تفريقه ضرر كالحنطة والشعير يجوز بالاتفاق ذكره في الايضاح قال لم يصفه رح لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع فيجري على اطلاقه ونوضح ذلك بقوله الا يرى انه لو باع الكل اي كل العبد بثمن النصف يجوز عنده اي عند ابي حنيفة رح فاذا باع النصف به اي بذلك الثمن اولى اي فهو اولى لان امساك البعض مع بيع البعض بمقدار الثمن انفع للآمر من بيع الكل بذلك الثمن وانما قيد بقوله عنده لانه لا يجوز عندهما لكونه غبنا فاحشا فان قيل انما جاز بيع الكل بثمن النصف لانه لم يتضمن عيب الشركة واما بيع النصف فيتضمن ذلك فكان هذا مخالفة من الوكيل الى شر فينبغي ان لا ينفذ على الموكل قلنا ضرر الشركة اقل واهون من ضرر بيع الكل بثمن النصف فاذا جاز بدا على قوله فلان يجوز ذاك وهو اهون اولى وقالا لا يجوز اي لا يجوز بيع نصف ذلك العبد لانه غير متعارف يعني ان التوكيل ببيع العبد ينصرف الى المتعارف وبيع النصف غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة لانها عيب الا ان بيع النصف الآخر قبل ان يتخصم اي الموكل والوكيل لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى ان يفرق فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول تبين انه اي البيع الاول وقع وسيلة الى الامتثال واذا لم يبع الباقي ظهر انه اي البيع الاول لم يقع وسيلة الى الامتثال فلا يجوز وهذا اي كون البيع موقوفا الى ان يبيع النصف الآخر قبل الخصومة استحسان عندهما واذا القياس ان لا يتوقف لثبوت المخالفة ببيع النصف كذا في معراج الدراية وقال الامام الزيلعي في التبيين في قولهما استحسان والقياس ما قاله ابو حنيفة والمعنى الاول انسب بعبارة الهداية كما لا يخفى على الفطن وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف فان اشترى باقيه لزم الموكل لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان موروثا بين جماعة فيحتاج الى شرائه شقصا شقصا لشقص الحر ومن الشيء والنصيب كذا في المغرب فاذا اشترى الباقي قبل رد الاول تبين انه اي شراء البعض وسيلة الى الامتثال فينفذ على الآمر لانه بصير كانه اشتراه جملة قال المصنف رح وهذا اي جواب هذه المسئلة وهو كون الشراء موقوفا بالاتفاق بين ائمتنا الثلثة ثم اختلف ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في التوكيل بشراء عبد اذا اشترى نصفه فقال ابو يوسف رح ان اعتقه الآمر جاز وان اعتقه الوكيل لم يجز وقال محمد رح ان اعتقه الوكيل جاز وان اعتقه الموكل لم يجز فابو يوسف رحمه الله يقول خالف العقد موقوف على اجازة الموكل الا يرى انه لو اجاز صريحا نفذ عليه والاعتاق اجازة منه فينفذ عليه ولا ينفذ اعتاق الوكيل لان الوكالة تناولت محلا بعينه فلم يملك الوكيل شراء نفسه ولم يتوجه على اجازته فلم ينفذ اعتاقه ومحمد رح يقول انه قد خالف فيما امره به وانما التوقف على اجازته عليه من حيث ان الخلاف يتوهم رفعه بان يشتري الباقي فيرتفع الخلاف وقبل ان يشتريه بقي مخالفا فاذا اعتقه الآمر لم يجز كذا في النهاية والكفاية نقلا عن الايضاح والفرق لابي حنيفة رح اي بين البيع والشراء ان في الشراء

يتحقق التهمة على ما مر اشارة الى قوله لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه الخ يعني ان التهمة متحققة في الشراء دون البيع فافترقا من هذه الحيثية وآخر ای وفرق آخر لابی حنيفة رح بين البيع والشراء ان الامر بالبيع في صورة التوكيل بالبيع يصادف ملكه ای ملك الامر فيصح ای الامر بالبيع لولاية الامر على ملكه فيعتبر فيه اطلاقه ای اطلاق الامر اذ الامر بالشراء في صورة التوكيل بالشراء صادف ملك الغير وهو مال البائع فلم يصح ای الامر بالشراء فلم يعتبر فيه التقييد والاطلاق ای التقييد الامر واطلاقه فيعتبر فيه المتعارف والمتعارف فيه ان يشتري العبد جملة كذا في العناية وهو الذي يساعده ظاهر لفظ المصنف رح قال صاحب العناية بعد ما انتهى بهذا القدر من الشرح ولقائل ان يقول هذا التعليل يقتضي ان لا يصح التوكيل بالشراء لان التوكيل بالشراء امر بالشراء وقد قال الامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح والجواب ان القياس يقتضي ذلك ولكنه صح لحديث حكيم بن حزام فان النبي صلى الله عليه وسلم وكله بشراء الاضحية واذا صح فلا بد له من محل فجعلناه الثمن الذي في ذمة الموكل لكونه ملكه وصرفناه الى المتعارف عملا بالدلائل بقدر الامكان ولو عملنا بالجهالة كان ذلك ابطالا للقياس والعرف من كل وجه والاعمال ولو بوجه اولى هنا كلامه اقول في الجواب سيما وهو ان حاصله اعمال العمل بالاطلاق في صورة التوكيل بالشراء لكنا ابطلنا العمل بالعرف مع كونه من الدلائل فيتجه عليه ان مقتضى هذا ان لا يعمل بالاطلاق في صورة التوكيل بالبيع ايضا لكنا ابطلنا العمل بالعرف كذلك فان قلت لم يعمل بالقياس في صورة الشراء ولم يعمل بالعرف ايضا لزم ابطال الدليلين ايضا بخلاف صورة البيع حيث عمل فيها بالقياس بناء على ان الامر فيها صادف ملك الامر قلت لا تاثير لهذا الفرق ههنا لانا انما تركنا القياس في صورة الشراء بالنص وهو اقوى من القياس فبقي الكلام في العرف فلو جاز تقييد الاطلاق به في صورة الشراء بناء على وجوب العمل بالدلائل بقدر الامكان لجاز تقييده في صورة البيع ايضا بناء على ذلك وقال صاحب غاية البيان في شرح الفرق الثاني ان الامر في صورة التوكيل بالبيع صادف ملك الامر فصح امره لولاية على ملكه فاعتبر اطلاق الامر فجاز بيع النصف لان الامر وقع مطلقا عن الجمع والتفريق واما الامر في صورة التوكيل بالشراء فصادف ملك الغير وهو مال البائع فلم يصح الامر مقصورا لانه لا ملك للآمر في مال الغير وانما صح ضرورة الحاجة اليه ولا عموم لما ثبت ضرورة فلم يعتبر اطلاقه فلم يجز شراء البعض لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وذلك يتادى بالمتعارف وهو شراء الكل لا البعض لان الغرض المطلوب من الكل لا يحصل بشراء البعض الا اذا اشترى الباقي قبل ان يختصما فيجوز على الاخر لانه حصل مقصوده انتهى اقول هذا القدر من البيان وان كان غير مفهوم من ظاهر لفظ المصنف رح الا انه حينئذ لا يتوجه السوال الذي ذكره صاحب العناية ولا يحتاج الى ما ارتكبه في جوابه كما لا يخفى على المتامل قال ای محمد رح في بيوع الجامع الصغير ومن امر رجلا ان يبيع عبده فباعه وسلمه وقبض الثمن او لم يقبض فرده المشتري عليه ای على البائع بعيب لا يحدث مثله ای لا يحدث مثله اصلا كالاصبع الزائدة والسن الثابتة ولا يحدث مثله في مثل هذه المدة بقضاء القاضي متعلق برده ای رده بقضاء القاضي وهو احتراز عما اذا كان الرد بغير قضاء كما سياتي ببينة متعلق بقضاء القاضي في قوله وبينة المشتري او بايمان ای او قضايا بالبائع عن اليمين عند توجهها اليه او باقراره ای في قضائه باقرار البائع فانه ای البائع وهو المامور يرده ای يرد العبد الذي رد عليه على الامر بلا حاجة الى خصومة اذ الرد على الوكيل في هذه الصورة رد على الموكل فان قيل اذا اقر الوكيل بالعيب فلا حاجة حينئذ الى قضاء القاضي لانه يقبله لاحالة فما معنى ذكر قضاء القاضي مع الاقرار قلنا يمكن ان يقر الوكيل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول فيقضي القاضي كان اجبر عليه على القبول كذا في النهاية وكثير من الشروح واجاب صاحب العناية عن السوال المذكور بوجه آخر حيث قال فان قلت ان كان الوكيل مقرا بالعيب يرد عليه فلا حاجة الى قضاء القاضي فما فائدة ذكره قلت الكلام وقع في الرد على الموكل فاذا كان الرد على الوكيل باقراره بلا قضاء لا يرد

لان القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع فلم يكن قضاءه مستندا الى هذه الحجج وتاويل اشتراطها في الكتاب
ان القاضي يعلم انه لا يحدث مثله في مدة شهر مثلا لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج الى هذه الحجج لظهور
التاريخ او كان عيبا لا يعرفه الا النساء او الاطباء وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في البينة فيفتقر اليها في الرد

على الموكل وان كان عيبا لا يحدث مثله في عامة روايات المبسوط فظهرت الفائدة اذن فافهمه واغتنمه انتهى كلامه اقول هذا الجواب ليس بشاف اذ هو
لا يحسم عرق السوال لان باتيك الفائدة مترتبة على وقوع القضاء اى حاصلة بعد حصوله وكلام السائل في سبب وقوع القضاء ابتداء يعني ان القضاء
انما شرع لفصل الخصومات ودفع المنازعات ولا شك ان فصل الخصومة ودفع المنازعة فرع تحقق الخصومة والمنازعة فيما اذا اقر الوكيل بالعيب لا خصومة ولا منازعة
فلا حاجة الى القضاء راسا فاى سبب يقع القضاء حتى يترتب عليه تلك الفائدة فالجواب الثاني هو الاول لان امتناع المقر بالعيب عن قبول العيب يقتضي الاحتياج
الى وقوع القضاء عليه بالحجر على القبول قال المصنف في تعليل المسئلة المذكورة لان القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع اذ الكلام في عيب لا يحدث مثله
فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج يعني البينة والنكول والاقرار قال جماعة من الشراح هذا جواب عن سوال سائل وهو ان يقال لما كان العيب لا يحدث مثله
كالاصبع الزائدة لم تتوقف قضاء القاضي على وجود هذه الحجج بل ينبغي ان يقضي القاضي بدونها لعلمه قطعا بوجود هذا العيب عند البائع فاجاب بان قال لم يكن
قضاؤه مستندا الى هذه الحجج الخ اقول لا يذهب على من له ذوق صحيح ان معنى هذا الكلام وان كان صالحا لان يكون جوابا عن ذلك السوال الا ان تفريع قوله فلم يكن
قضاؤه مستندا الى هذه الحجج على ما قبله بادخال الفاء عليه ياباى ذلك جدا لان منشأ السوال ما قبل هذا القول فكيف يتم تفريع الجواب عليه وكان صاحب النهاية ادرك
هذه البشاعة حيث قال في شرح قوله فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج هذا الذي ذكره دفع لسوال سائل فقرر السوال بالوجه المذكور ثم لما جاء الى تقرير الجواب
قال فاجاب عنه بقوله وتاويل اشتراطها في الكتاب ان القاضي يعلم الخ فجعل الجواب قوله وتاويل اشتراطها في الكتاب الخ دون قوله فلم يكن قضاؤه مستندا الى
هذه الحجج لكن لا يجدي ذلك طائلا اما اولا فلانه قد اعترف ابتداء في شرح قوله فلم يكن قضاؤه الى آخره بان هذا دفع لذلك السوال واما ثانيا فلانه لا محال لاخراج
قوله فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج عن جواب ذلك السوال وادخاله في التعليل السابق لان التعليل المذكور قد تم بدون القول المذبور والجواب عن ذلك
السوال لا يتم بدون هذا كما لا يخفى واما صاحب معراج الدراية وغيره لما راوا معنى الكلام بمقتضى المقام غير قابل للصرف الى غير ذلك صرحوا بان قوله فلم يكن قضاؤه
مستندا الخ جواب عن ذلك السوال ولكن لم تتعرض احد منهم لبيان كاكة الفاج فتلخص مما ذكرنا انه لو قال المصنف ولم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج
بتبديل الفاء بالواو لكان كلامه اسلم واوفى تاويل اشتراطها اى اشتراط هذه الحجج في الكتاب يعني الجامع الصغير ان القاضي يعلم انه اى العيب المذكور لا يحدث
مثله في مدة شهر مثلا لكنه اشتبه عليه اى على القاضي تاريخ البيع فيحتاج الى هذه الحجج اى واحدة منها لظهور التاريخ اى لاجل ظهور التاريخ عنده حتى يتبين له ان
هذا العيب كان في يد البائع فيرد المبيع عليه او كان عيبا اشارة الى تاويل آخر اى او كان العيب الذي يريد المشتري الرد به عيبا لا يعرفه الا النساء كالقرن في
الفرج ونحوه او الاطباء اى او عيبا لا يعرفه الا الاطباء كالدق والسعال القديم وقولهن اى قول النساء وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة للمشتري
لا في الرد اى ليس بحجة في الرد على البائع فيفتقر اى القاضي اليها اى الى الحجج المذكورة في الرد على البائع اقول في الرد على البائع نظر اذ على هذا التاويل
المصنف فيما مر انفا فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج والاحتياج الى التاويل انما كان لاجل تتميم ذلك بل على هذا الاتيم جواب اصل المسئلة ايضا اذ ينبغي
حينئذ ان يكون الجواب في الرد على المامور بعيب لا يحدث مثله مثل الجواب في الرد على عيب يحدث مثله في صورة ان كان ذلك باقرار لانه تام
قول النساء ولا قول الاطباء حجة في حق الرد بل كان القاضي فيه مفتقرا الى احدى الحجج المذكورة فيما لا يحدث مثله ايضا كان قضاؤه على المامور باقراره
قضاء بحجة قاصرة لم يضطر المامور اليها فينبغي ان لا يتعدى الى الامر بعين ما ذكروا فيما يحدث مثله فتامل ثم ان صاحب الكافي زاد ههنا تاويلا ثالثا وقدمه على
التاويلين اللذين ذكرهما المصنف حيث قال ومعنى شرط البينة والنكول والاقرار ان يشتبه على القاضي ان هذا العيب قديم ام لا او علم انه لا يحدث في مدة شهر مثلا

حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج الى شئ منها وهو رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة
قال ولذلك ان رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة او باباء عين لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر في النكول لبعد
العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسة المبيع فلزم الآمر قال فان كان ذلك باقرار لزم المامور لان الاقرار حجة
قاصرة وهو غير مضطر اليه لامكانه السكوت والنكول الا ان له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او بنكوله بخلاف ما اذا
كان الرد بغير قضاء باقرار العيب يحدث مثله حيث لا يكون له ان يخاصم بائعه لانه بيع جديد فهو ثالثهما والبائع ثالثهما

ولكن لا يعلم تاريخ البيع فاحتاج الى هذه الحجج لتظهر التاريخ او كان عيبا لا يعرفه الا النساء والاطباء كالقرن في الفرج ونحوه وقولهن في قول الطبيب حجة في توجه
الخصومة ولكن لا يثبت الرد بقولهن فيفتقر الى هذه الحجج للرد انتهى وذكره صاحب غاية البيان ايضا اقول ذلك التاويل مما لا يرى له وجه صحة ههنا لان الكلام
في الرد بعيب لا يحدث مثله والعيب الذي يشتبه على القاضي انه قديم ام لا مما يحدث مثله لا شك ان المراد بما يحدث مثله ما يجوز ان يحدث مثله عند المشتري
لا ما يتعين حدوثه عنده والا لما صح رده على البائع ولو بحجة وان المراد بما لا يحدث مثله ما لا يجوز ان يحدث مثله عند المشتري فالذي يشتبه انه قديم ام لا مما يجوز ان
يحدث مثله والا لما اشتبه حاله فان ما لا يجوز ان يحدث مثله قديم البتة حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج اى القاضي الى شئ منها اى
من تلك الحجج وهو اى الرد على الوكيل رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة مع الموكل لان الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي والفسخ بالحجة
الكاملة على الوكيل فسخ على الموكل وكذلك اذا رده اى وكذلك الحكم اذا رد المشتري العبد عليه اى على الوكيل بعيب اى بسبب عيب يحدث مثله ببينة متعلق
برده اى رده عليه ببينة او باباء يمين او بالنكول عن اليمين لان البينة حجة مطلقة اى كاملة فيتعدى كذا في العناية وهو الظاهر وقيل اى مثبتة عند الناس
كافة فثبت بها قيام العيب عند الموكل فينفذ الرد على الموكل كذا في معراج الدراية اخذا من الكافي والوكيل مضطر في النكول هذا جواب عن خلاف زفر في
اباء يمين فانه قال لو رد على الوكيل بنكوله لم يكن له ان يرده على الموكل كمن اشترى شيئا وباعه من غيره ثم ان المشتري الثاني وجد عيبا فرده على المشتري الاول
بنكوله لم يكن له ان يرده على بائعه فجعل هذا والرد عليه باقراره سواء في حق البائع فكذا في حق الوكيل ولكنا نقول الوكيل مضطر في هذا النكول لبعد العيب
عن علمه اى عن علم العيب باعتبار عدم ممارسته المبيع فانه لم يمارس احوال المبيع وهو العبد فلا يعرب بعيب ملك الغير فيخاف ان يحلف كاذبا فينكل و
الموكل هو الذي اوقعه في هذه الورطة فكان الخلاص عليه غير جميع عليه بما يمنعه عن العهدة فيلزم الآمر اى فيلزم العبد الايراد فيلزم حكم النكول الآمر بخلاف
ما اذا اقر فانه غير مضطر الى الاقرار لانه يمكنه ان يسكت حتى يعرض عليه اليمين ويقضي عليه بالنكول فيكون هو في الاقرار مختارا لا مضطرا وبخلاف المشتري
الاول فانه مضطر الى النكول ولكن في عمل باشره لنفسه فلا يرجع بعهدته عملا على غيره كذا في المبسوط والفوائد الظهيرية قال اى محمد رح في الجامع الصغير
فان كان ذلك اى الرد على الوكيل باقرار اى باقراره لزم المامور اى لزم العبد المامور وهو الوكيل لان الاقرار حجة قاصرة فيظهر في حق المقر دون غيره
وهو اى المامور غير مضطر اليه اى الى الاقرار لامكانه السكوت والنكول يرفع السكوت والنكول يعني يمكنه السكوت والنكول حتى يعرض عليه اليمين ويقضي عليه بالسكوت
والنكول الا ان له ان يخاصم الموكل يعني لكن للوكيل ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينته او بنكوله او بنكول الموكل قال بعض الفضلاء لم يذكر الاقرار اذ لا فائدة في
الخصومة ههنا اذا كان مقرا بخلاف الوكيل انتهى اقول ليس هذا بتام اذ يجوز ان يقر الموكل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول ففائدة الخصومة ان يخبره
القاضي على القبول كذا قالوا في اقرار الوكيل على انه يجوز ان يظهر اقرار الموكل بعد مخاصمة الوكيل لا قبلها فلا معنى لقوله اذ لا فائدة في الخصومة ههنا اذا
كان مقرا فتدبر بخلاف ما اذا كان الرد اى الرد باقرار الوكيل بغير قضاء يعني ان ما سبق من ان للوكيل ان يخاصم الموكل فيما اذا كان الرد على الوكيل
بقضاء القاضي باقراره واما اذا كان ذلك بغير قضاء والعيب يحدث مثله فبخلافه حيث لا يكون له ان يخاصم بائعه يعني الموكل لانه اى الرد بالاقرار و
الرضا من غير قضاء بيع جديد في حق ثالث وانكان فسخا في حق المتعاقدين والبائع يعني الموكل ثالثهما اى ثالث المتعاقدين وهما الوكيل والمشتري
قال صاحب غاية البيان وكان ينبغي ان يقول ان يخاصم موكله او يقول لامره كان ينبغي ايضا ان يقول مكان قوله والبائع ثالثهما والموكل ثالثهما او الآمر ثالثهما
لان الكلام في مخاصمة الوكيل مع الموكل وهو ليس ببائع انتهى واعتذر عنه صاحب العناية بان قال عبر عنه بالبائع لان المبيع لما انتقل

والردّ بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة قاصرة وهي الاقرار من حيث الفسخ كان له ان يخاصمه ومن حيث القصور في الحجة لا يلزم الموكل الا بحجة ولو كان العيب لا يحدث مثله والردّ بغير قضاء باقراره يلزم الموكل من غير خصومة في رواية لان الردّ متعين وفي عامة الروايات ليس له ان يخاصمه لما ذكرنا والحق في وصف السلامة ثم ينتقل الى الردّ ثم الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين

الى الوكيل ويقرر عليه بامر حصل من جهته وكانه باعه اياه انتهى والردّ بالقضاء فسخ هذا جواب سوال وهو ان يقال ينبغي ان لا يكون للموكيل حق الخصومة مع الموكل اصلا فيما اذا حصل الردّ باقرار الوكيل لكونه بيعا جديدا في حق الموكل فقال الردّ بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي يعني ان الردّ بالقضاء لا يحتمل ان يكون عقدا مبتدأ لفقد شرطه وهو التراضي لان القاضي يرده على كره منه فيجعل فسخا لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة قاصرة وهي الاقرار يعني لكن الفسخ استند الى الحجة قاصرة وهي الاقرار فعلمنا بالحجتين فمن حيث الفسخ اي من حيث ان الردّ بالقضاء فسخ كان له اي للوكيل ان يخاصمه اي مع الموكل ومن حيث القصور اي من حيث ان الاقرار حجة قاصرة لا يلزم الموكل الا بحجة اي الا باقامة الوكيل الحجة على الموكل قال صاحب العناية وفيه فائدة الحاجة الى القضاء مع الاقرار فيسقط ما قال في النهاية اذا اقر الوكيل بالعيب لا حاجة حينئذ الى قضاء لانه يقبله لا محالة انتهى اقول فيه بحث اذ قد عرفت فيما ذكرناه من قبل ان فيه الفائدة فائدة مترتبة على تحقق القضاء حاصلة بعد حصوله وما قال في النهاية انما هو في اصل تحقق القضاء وحصوله ابتداء فانه اذا اقر الوكيل بالبيع لم يبق هناك حاجة الى قضاء من يرى تحقق القضاء حتى يترتب عليه الفائدة المذكورة وهذا كلام جيد لا يسقط بما توهمه صاحب العناية فان للسائل ان يقول ثبت العرش ثم النقش ثم ان صاحب العناية لم يثبت على ذلك القول بل ذكره بطريق السوال واجاب عنه بان يقول يمكن ان يقر الوكيل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول فقضاء القاضي كان جبرا عليه على القبول انتهى وقد ذكرنا السوال والجواب في اول المسئلة ولا يخفى ان ذلك الجواب جواب حسن من وجه وفيه فان فيه لمندوحة عن التوجيه الذي تحمل المصنف في باب خيار العيب في مسئلة رد المشتري الثاني على المشتري الاول لعيب بقضاء القاضي باقراره او ببينته او بابائه حيث قال هناك ومعنى القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار فاثبت بالبينة انتهى فتفكر فان قيل اذا كان الردّ باقرار الوكيل بغير قضاء ينبغي ان يكون له ولاية الردّ على الموكل كما في الوكيل بالاجارة فانه اذا آجر وسلم ثم طعن المستاجر فيه بعيب فقبل الوكيل بغير قضاء فانه يلزم الموكل ولم يعتبر اجارة جديدة في حق الموكل فكذا هذا قلنا من اصحابنا من قال لا فرق بينهما في الحقيقة لان المعقود عليه في اجارة الدار ليس مقبوضا لقبض الدار ولهذا لو تلف بانهدام الدار كان في ضمان المؤجر فيكون هذا من البيع بمنزلة ما لو قبله الوكيل بالعيب قبل القبض بغير قضاء وهناك يلزم الامر فكذا في الاجارة وقال شمس الائمة السرخسي وفي الكتاب دليل للفرق بين الفصلين وقال ان فسخ الاجارة يصير باجارة في حق احد لان على احد الطريقين الاجارة عقود متفرقة بتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنافع فبعد الردّ بالعيب يمتنع الانعقاد الا ان يجعل ذلك عقدا مبتدأ وعلى الطريقة الاخرى العقد منعقد باعتبار اقامة الدار مقام المعقود عليه وهو المنفعة وهذا حكم قد ثبت بالضرورة فلا يعدوها وموضعها ولا ضرورة الى ان يجعل الردّ بالعيب عقدا مبتدأ لقيام الدار مقام المنفعة كذا في النهاية ومعراج الدراية ولو كان العيب لا يحدث مثله والردّ بغير قضاء اي كان الردّ بغير قضاء باقراره اي باقرار الوكيل يلزم الموكل من غير خصومة في رواية اي في رواية كتاب البيوع من الاصل لان الردّ مستحق وذلك لانهما فعلا غير ما يفعله القاضي لو رفع الامر اليه فانهما لو رفعا الامر اليه في عيب لا يحدث مثله ردّه على الوكيل ولا يكلفه اقامة الحجة على ذلك وكان ذلك ردا على الموكل قال في الكافي فاذا تعين الردّ صار تسليم الخصم وتسليم القاضي سواء كتسليم الشفعة وقضاء الدين والرجوع في الهبة وفي عامة الروايات اي عامة روايات المبسوط ليس له اي للوكيل ان يخاصمه يعني لا يلزم الموكل وليس للوكيل ان يخاصم لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه بيع جديد في حق الثالث والحق الى حق المشتري في وصف السلامة هذا جواب عن قوله سقط رواية كتاب البيوع لان الردّ مستحق يعني لانهم ان الردّ متعين لان حق المشتري يتثبت اولا في الجزء الفائت وهو وصف السلامة ثم ينتقل ضرورة العجز عن ذلك الى الردّ ثم ينتقل بامتناع الردّ بحدوث عيب او بحدوث زيادة في المبيع الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الردّ فيما ذكر من المسائل الحق متعين لا يحتمل التحول الى غيره فلا يتم القياس لعدم الجامع قال المصنف رح

وقد بيناه في الكفاية باطول من هذا قال ومن قال لآخر امرتك ببيع عبدي نقد فبعته بنسيئة وقال المأمور امرني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الآمر لان الامر يستفاد من جهته ولا دلالة على الاطلاق قال وان اختلفا في المضاربة فالقول قول المضارب لان الاصل في المضاربة العموم الا ترى انه يملك التصرف بذكر لفظة المضاربة فقامت دلالة الاطلاق بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه يسقط الاطلاق فيه بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضة ثم مطلق الامر بالبيع ينتظم نقدا ونسيئة الى اي اجل كان عند ابي حنيفة رح وعندهما يتقيد باجل متعارف والوجه قد تقدم قال ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع في يده او اخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان

وقد بيناه في الكفاية باطول من هذا يريد بالكفاية كفاية المنتهي وهي شرح للبداية الفها المصنف رح قبل الهداية كما ذكره في الديباجة ولم اقف عليها الآن ولم اسمع ان احدا رآها قال الامام الزيلعي في التبيين بعد بيان المقام على الوجه المذكور وبهذا ظهر ان ذكر الروايتين في شروح الجامع الصغير وغيره وبين الروايتين تناقض كثير لان فيه نزولا من اللزوم الى ان لا يتحاصما بالكلية وكان الاقرب ان يقال لا يلزمه وكان له ان يخاصم انتهى اقول ولعمري ان رتبة لا تحمل الاقدام على مثل هذا الكلام لان ما هذه اقرب قول ثالث لا رواية فيه عن المجتهدين فكيف يصح الجرأة عليه من عند نفسه فيما بعد الاطلاع على الادلة المذكورة فانها تقتضي احدى الروايتين البتة لا غير كما لا يخفى على المتامل قال اي قال محمد رح في الجامع الصغير ومن قال لآخر امرتك ببيع عبدي نقد فبعته بنسيئة وقال المأمور امرني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الآمر يعني اذا اختلفا الآمر والمأمور في اطلاق التصرف وتقييده فقال الآمر امرتك ببيع عبدي نقد فبعته بنسيئة وقال المأمور بل امرني ببيعه ولم تقل شيئا زائدا عليه فالقول قول الآمر لان الآمر يستفاد من جهته اي من جهة الآمر ومن يستفاد الامر من جهته فهو اعلم بما قاله فكان هو المستبد الا اذا كان في العقد ما يخالف مدعاه وليس بموجود وقد اشار اليه بقوله ولا دلالة على الاطلاق اذ الامر بالبيع قد يكون مقيدا وقد يكون مطلقا والدليل على احد الوجهين على ان الاصل في عقد الوكالة التقييد لان بناءه على التقييد حيث لا يثبت بدون ذلك فانه لو لم يقل وكلتك ببيع هذا الشيء لا يكون وكيلا ببيعه الا ترى انه لو قال لغيره وكلتك بمالي او في مالي لا يملك الا الحفظ وكان مدعيا لما هو الاصل فيه فكان القول قوله قال اي محمد رح في الجامع الصغير وان اختلفا في ذلك قال اي في الاطلاق والتقييد المضارب ورب المال فقال رب المال امرتك بالنقد وقال المضارب بل دفعت مضاربة ولم تعين شيئا فالقول قول المضارب قال صاحب العناية في تصوير الاختلاف ههنا فقال رب المال امرتك ان تعمل في البر وقال المضارب دفعت الي المال مضاربة ولم تقل شيئا اقول هذا التصوير لا يطابق المشروح وهو مسئلة الجامع الصغير فان صورتها هكذا ذكر محمد رح عن يعقوب عن ابي حنيفة رح في رجل دفع الى رجل مالا مضاربة فاختلفا فقال رب المال امرتك ان تبيع بالنقد دون ما سواه وقال المضارب امرتني المال مضاربة ولم تقل شيئا قال القول قول المضارب لان الذي اخذ المال انتهى لفظ محمد رح قال المصنف في تعليل هذه المسئلة لان الاصل في المضاربة العموم يعني ان الامر وان كان مستفادا من جهة رب المال الا ان في العقد ما يخالف دعواه بناء على ان الاصل في المضاربة العموم والاطلاق الا ترى انه اي المضارب يملك التصرف بذكر لفظة المضاربة يعني ان المضاربة تصح عند الاطلاق وتثبت الاذن عاما فقامت دلالة الاطلاق اي فقامت دلالة الاطلاق فمن ادعى الاطلاق في المضاربة كان مدعيا لما هو الاصل فيها فكان القول قوله بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع اي في نوع مسمى والمضارب في نوع آخر اي ادعى المضارب المضاربة في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه يسقط الاطلاق فيه بتصادقهما فنزل اي عقد المضاربة الى الوكالة المحضة وفيها القول للامر كما مر آنفا ثم مطلق الامر بالبيع في صورة الوكالة ينتظم اي ينتظم البيع نقدا ونسيئة الى اي اجل كان متعارف عند التجار في تلك المسافة او غير متعارف فيها عند ابي حنيفة رح وعندهما يتقيد باجل متعارف حتى لو باع باجل غير متعارف عند التجار بان باع الى خمسين سنة جاز عنده خلافا لهما والوجه قد تقدم من الجانبين قد تقدم في مسئلة الوكيل بالبيع فان ابا حنيفة رح عمل بالاطلاق وهما بالمتعارف قال صاحب العناية وكان الانسب ان يذكر مسئلة النسيئة في اوائل الفصل عند قوله والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير كما اشار الى ذلك الموضع بقوله والوجه قد تقدم قال اي محمد رح في الجامع الصغير ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع اي الرهن في يده او اخذ بها اي بالثمن كفيلا فتوى المال عليه اي على الكفيل فلا ضمان عليه اي على المأمور قال الكاكي في معراج الدراية فلا ضمان عليه اي على الآمر وتبعه اي الشارح العيني اقول لا وجه له اصلا اذ الضمان على الكفيل امر مستقر ليس محل الشك فضلا عن الحكم بخلافه وانما الكلام في عدم الضمان على الوكيل او وجوبه

لان الوكيل اصيل فى الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان توثيقة بجانب الاستيفاء فيما لهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يفعل باذن انابه فى قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض اصالة ولهذا لا يملك الحجر عليه تصل واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما ان ينفرد فيما وكلا به دون الآخر وهذا فى تصرف يحتاج فيه الى الرأى كالبيع والخلع وغير ذلك

محل الشبهة هو موضوع البيان اى يرجع الى قول المصنف فى تعليل المسئلة لان الوكيل اصيل فى استحقاق اى فى حقوق العقد وقبض الثمن منها اى من الحقوق والكفالة توثق به اى بالثمن والارتهان توثيقة بجانب الاستيفاء اى بجانب استيفاء الثمن فقد انابه واذن بالكفالة والرهن معنى الوثيقة وكانا موكلين بحق استيفاء الثمن فيملكهما اى فيملكهما الوكيل فاذا ضاع الرهن فى يده لم يضمن لان استيفاء الرهن كاستيفاء الثمن من حيث انه بدل المقوم مقامه ولو هلك الثمن فى يده هلك امانة فكذلك الرهن قيل المراد بالكفالة ههنا الحوالة لان التوى لا تحقق فى الكفالة لان الاصيل ملىء وقيل بل هى على حقيقتها والتوى فيها بان يموت الكفيل والاصيل مفلسين وقيل التوى فيها بان يرفع الامر الى حاكم يرى براءة الاصيل فيحكم على ملىء ويموت الكفيل مفلسا كذا فى الشروح واعلم ان القول الثالث هو الذى ذهب اليه صاحب الكتاب فى حيثيات قوله التوى المال على الكفيل بان مضى الامر الى قاض يرى براءة الاصيل بقبل الكفالة كما هو مذهبه لانه يحكم ببراءة الاصيل فيتوى المال على الكفيل انتهى وان الامام الزيلعى قد اختار ذلك وزيف القولين الاولين حيث قال فى التبيين فى النهاية المراد بالكفالة ههنا الحوالة لان التوى لا تحقق فى الكفالة لوصول الكفالة على حقيقتها وان التوى تحقق فيها بان مات الكفيل والمكفول عنه مفلسين هذا كلامه لين شئ لان المراد ههنا لتوى مضاف الى اخذه الكفيل بحيث انه لو اخذ كفيلا ايضا لتوى به كما فى الرهن والتوى الذى ذكره ههنا غير مضاف الى اخذه الكفيل بدليل انه لو لم يأخذ كفيلا ايضا لتوى بموت من عليه الدين مفلسا وحمله على الحوالة فاسد لان الدين لا يتوى فيها بموت المحال عليه مفلسا بل يرجع به على المحيل وانما يتوى بموتهما مفلسين فصار كالكفالة والاوجه ان يقال المراد بالتوى التوى مضاف الى اخذه الكفيل وذلك يحصل بالمرافعة الى حاكم يرى براءة الاصيل عن الدين بالكفالة ولا يرى الرجوع على الاصيل بموته مفلسا مثل ان يكون القاضى مالكيا ويحكم بهذا بموت الكفيل مفلسا الى هنا كلامه فتامل بخلاف الوكيل بقبض الدين اذا اخذ بالدين رهنا او كفيلا فانه لا يجوز لانه اى الوكيل بقبض الدين يفعل بنيابته اى يتصرف بنيابته عن الموكل حتى اذا نهاه الموكل عن القبض صح نهيه وقد نابه فى قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن فيقتصر على قدر المأمور به دون غيره والوكيل بالبيع يقبض اى قبض الثمن اصالة لا بنيابته ولهذا لا يملك الموكل صحة عزله عن قبض الثمن فينزل الوكيل فى ذلك منزلة المالك والمالك لو اخذ بالثمن رهنا او اخذ به كفيلا جاز فكذلك الوكيل بالبيع

فصل لما ذكر حكم وكالة الواحد ذكر فى هذا الفصل حكم وكالة الاثنين لما ان الاثنين بعد الواحد فكذلك حكمها كذا فى الشروح قال فى غاية البيان لم يذكر هذا الوجه ولكن مع هذا لم يكن لذكر الفصل كثير حاجة الا ان يقال ليفهم ههنا شئ آخر غير الوكالة بالبيع وهو الوكالة بالخلع والطلاق والتدوير والكتابة والاعتاق والاجارة وهذا احسن انتهى واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيها وكلا به دون الآخر هذا لفظ القدورى فى مختصره اعلم ان هذا الحكم فيما اذا وكلهما بكلام واحد بان قال وكلتهما ببيع عبدى او بخلع امرأتى واما اذا وكلتهما بكلامين كان لكل واحد منهما ان ينفرد بالتصرف كما صرح به فى المبسوط حيث قال فى باب الوكالة بالبيع والشراء واذا وكل رجلا ببيع عبده ووكل آخر به ايضا فايهما باع جاز لانه رضى برأى كل واحد منهما على الانفراد حين وكله ببيعه وجده بخلاف الوصيين اذا اوصى الى كل واحد منهما فى عقد على حدة حيث لا ينفرد واحد منهما بالتصرف فى اصح القولين لان وجوب الوصية بالموت وعند الموت صارا وصيين جملة واحدة وههنا حكم الوكالة يثبت بنفس التوكيل فاذا انفرد كل واحد منهما بالعقد استند به كل واحد منهما بالتصرف انتهى قال المصنفرحمه الله وهذا اى الحكم المذكور فى مختصر القدورى وهو عدم جواز تصرف احد الوكيلين دون الآخر فى تصرف يحتاج فيه الى الرأى كالبيع والخلع وغير ذلك اقول فيه شئ وهو انه لو كان هذا الذى ذكره القدورى فى مختصره مبتدأ تصرف يحتاج فيه الى الرأى لما احتاج الى استثناء امور اربعة من الامور الخمسة التى استثنى التوكيل بها من الحكم المذكور وهى ماسوى الخصومة لانها اما لا يحتاج فيه الى الرأى كما سيأتى التصريح به من المصنفرحمه الله ومع ذلك لما تم الجمع بين تلك الامور الخمسة فى الاستثناء بكلمة واحدة

لان الوكيل رضي برأيهما لا برأي احدهما والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري قال لا ان يوكلهما بالخصومة لان الاجتماع فيهما متعذر للاحتياج الى الشغب في مجلس القضاء والرأي يحتاج اليه سابقا للتقويم للخصومة قال او بطلاق زوجته بغير عوض او بعتق عبده بغير عوض او وهبه عنده

لان الاستثناء حينئذ متصلا بالنظر الى التوكيل بالخصومة ومنقطعا بالنظر الى التوكيل بما سواها وقد تقرر في كتب الاصول ان صيغة الاستثناء حقيقة في المتصل مجاز في المنقطع فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز فالاظهر ان كلام القدوري ههنا مطلق وبعد الاستثناء الآتي يخرج منه ما لا يحتاج فيه الى الرأي ويحتاج فيه الى الرأي ولكن يتعذر الاجتماع عليه كالخصومة ويصير الاستثناء متصلا بالنظر الى الكل فينتظم المقام ويندفع المرام فان قلت ليس مراد المصنف ان كلام القدوري ههنا مقيد بما ذكره المصنف قبل دخول الاستثناء عليه حتى يرد عليه ما ذكر بل مراده بيان حاصل المعنى بملاحظة دخول الاستثناء الآتي عليه قلت حاصل المعنى ههنا بملاحظة الاستثناء الآتي ان يكون التوكيل في تصرف يحتاج فيه الى الرأي ولا يتعذر الاجتماع عليه وهذا اخص مما ذكره المصنف فبان المعنى ههنا بما ذكر لا يطابق الحاصل من كلام القدوري لا قبل الاستثناء ولا بعده فافهم كثيرا طائلا كما لا يخفى وقال المصنف في تعليل اصل المسألة لان الموكل رضي برأيهما لا برأي احدهما اذ لا ينال برأي احدهما ما نال برأيهما حتى ان رجلا لو وكل رجلين ببيع او بشراء فباع احدهما او اشترى دون الآخر حاضر لم يجز الا ان يجيز الآخر وفي المنتقى وكل رجلين ببيع عبد فباعه احدهما والآخر حاضر فاجازه جاز وان كان غائبا عنه فاجازه لم يجز في قول ابي حنيفة رحمه الله وذكر في الذخيرة وذكر في المبسوط لو وكل رجلين ببيع شيء واحد هما معه مجورا وصبي لم يجز للآخران ينفرد ببيعه لانه رضي ببيعه وحده حين ضم اليه رأي الآخر ولو كان حيين فباع احدهما دون الآخر حاضر فاجازه كان جائزا لان تمام العقد برأيهما ولو مات احدهما او ذهب عقله لم يكن للآخران ينفرد ببيعه لانه لم يرض ببيانه وحده ولو ابدل وان كان مقدرا ذا جواب شبهة وهي انه اذا قدر الموكل البدل في البيع ونحوه لا يحتاج الى الرأي فينبغي ان ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في ذلك كما في التوكيل بالاعتاق فاجاب عنها بان البدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري اي ان التقدير بالبدل انما يمنع الفصال الزيادة وربما يزداد الثمن عند اجتماعهما لذكاء احدهما وفطانته دون الآخر فيحتاج الى الرأي ليحصل له هذه الفائدة وكذا يحتاج احدهما المشتري الى الرأي ايضا في الثمن دون الآخر فيحتاج الى ذلك بمن هذه الحيثية ايضا قال اي القدوري في مختصره الا ان يوكلهما بالخصومة هذا استثناء متصل لانه لو لم يقل الا احدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر يعني ان احد الوكيلين لا يتصرف بانفراده الا في الخصومة فانه لو خاصم احدهما بدون الآخر جاز وذكر في الفوائد الظهيرية فاذا انفرد احدهما بالخصومة هل يشترط حضرة صاحبه في خصومة بعض مشائخنا قالوا يشترط وبعض مشائخنا على انه لا يشترط واطلاق محمد رحمه الله يدل على هذا قال المصنف في تعليل ما في الكتاب لان الاجتماع فيها اي في الخصومة متعذر لانه يفضي الى الشغب بالتسكين تهيج الشر والقتال شغب بالتحريك كذا في الصحاح في مجلس القضاء ولا بد من صيانة مجلس القضاء عن الشغب لان المقصود فيه اظهار الحق وبالشغب لا يحصل ولان فيه ذهاب مهابة مجلس القضاء فلما وكلهما بالخصومة مع علمه بتعذر اجتماعهما صار راضيا بخصومة احدهما والرأي يحتاج اليه سابقا لتقويم الخصومة اشارة الى ما قبل زفر رحمه الله قال لي لاحدهما ان يخاصم دون صاحبه فان الخصومة يحتاج فيها الى الرأي والموكل انما رضي برأيهما وجه الدفع ان المعقود وهو اجتماع الرأيين لتحصيل تقويم الخصومة سابقا عليها فيكتفي بذلك قال اي القدوري في مختصره او بطلاق زوجته بغير عوض او بعتق عبده بغير عوض هذا وما بعده معطوف على المستثنى وهو قوله بالخصومة اي وان يوكلهما بطلاق زوجته بغير عوض فان لاحدهما ان يطلقها بانفراده او يعتق عبده بغير عوض اي وان يوكلهما بعتق عبده بغير عوض فان لاحدهما ان يعتقه وحده او يزوجه وحده عنه اي وان يوكلهما بزوجه فان لاحدهما ان يزوجها منفردا وقيد بزوجها اذ لو وكلهما بقبض وديعة لم يكن لواحد منهما ان ينفرد بالقبض صرح به في الذخيرة فقال قال محمد رحمه الله في الاصل اذا وكل رجلين بقبض وديعة فقبض احدهما بغير اذن صاحبه كان ضامنا لانه شرط اجتماعهما على القبض واجتماعهما عليه ممكن والموكل فيه فائدة لان حفظ اثنين انفع فاذا قبض احدهما صار قابضا بغير اذن المالك فيصير ضامنا ثم قال فان قيل ينبغي

او قضاء دين عليه لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الراى بل هو تعبير محض وعبارة المثنى والواحد سواء وهذا بخلاف
قال لهما طلقا ما شئتما او قال امرهما بايديكما حيث لا يجوز انفراد احدهما لان كلا منه تفويض الى راى المجلس ولانه على الطلاق وتفعلها فاعتبر بدخولهما

ان يصير ضامنا للنصف لان كل واحد منهما مامور بقبض النصف قلنا كل واحد منهما مامور بقبض النصف اذا قبض مع صاحبه واما في حالة الانفراد فغير مامور
بقبض شيء منه انتهى وذكر صاحب العناية مضمون ما في الذخيرة ههنا ولكن ما غاره الى الذخيرة وقال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك عن العناية وفيه كلام وهو ان
هذا انما يتم فيما يقسم عند ابي حنيفة رح على ما يجيء في الوديعة انتهى اقول ليس كما ذكره بشيء او منشأ وهو العقول عن قيد الاذن فان الذي يجيء في الوديعة هو انه
ان اودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز ان يدفعه احدهما الى الآخر ولكنهما يتسلمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظه احدهما باذن
الآخر وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لاحدهما ان يحفظه باذن الآخر في الوجهين انتهى ولا يخفى ان المفهوم عنه ان لا يجوز حفظ احدهما
للكل بلا اذن صاحبه في الوجهين معا بلا خلاف فان لا يجوز ذلك باذن الآخر ايضا فيما يقسم عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وما ذكر في الذخيرة
وفي العناية انما هو فيما اذا قبض احدهما الكل بغير اذن صاحبه فهو تام في الوجهين معا بالاتفاق او قضاء دين عليه اي او ان يوكلهما بقضاء دين على الموكل فان
لاحدهما الانفراد فيه ايضا لان هذه الاشياء يعني الطلاق بغير عوض والعتاق بغير عوض والوديعة وقضاء الدين لا يحتاج فيها الى الراى بل هو اداء
الوكالة فيها تعبير محض اي تعبير محض لكلام الموكل وعبارة المثنى والواحد سواء لعدم الاختلاف في المعنى وهذا اي جواز انفراد احدهما بخلاف ما اذا قال
لهما طلقا ما ان شئتما او قال امرهما بايديكما حيث لا يجوز انفراد احدهما في هاتين الصورتين لانه اي لان ما قاله لهما فيها تفويض الى راايهما فلا بد من اجتماعهما
ونور ذلك لقوله الا ترى انه تمليك مقتصر على المجلس كما مر في باب تفويض الطلاق واذا كان تمليكا صار التطليق مملوكا لهما فلا يقدر احدهما على التصرف في
ملك الآخر قيل ينبغي ان يقيد احدهما على ايقاع نصف تطليقة واجيب بانه فيه ابطال حق الآمر اذ بايقاع النصف تقع تطليقة كاملة فان قيل الابطال ههنا ضمني فلا يعتبر اجيب بانه
لا حاجة الى ذلك الابطال مع قدرتهما الى الاجتماع وقال البعض الفضلاء قوله الا ترى الخ تمليك مقتصر على المجلس منقوض بقوله طلقا ما فانه تمليك ايضا كما سبق في باب الاختلاف في الشهادة
لا تدخل للاقتصار على المجلس في كونه تمليكا انتهى اقول جميع مقدمات دليله على النقيض سقيم اما قوله فانه تمليك ايضا فانه خلاف المقرر لان قوله طلقا ما بدون
التعليق بالمشية توكيل لا تمليك وقد صرح به المصنف في باب تفويض الطلاق حيث قال وان قال الرجل طلق امراتي فله ان يطلقها في المجلس وبعده
ولا يدان يرجع لانه توكيل وانه استعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس بخلاف قوله لامراته طلقي نفسك لانها عامة لنفسها فصار تمليكا لا توكيلا انتهى واما قوله
كما سبق في باب الاختلاف في الشهادة فلانه خلاف الواقع كما يظهر بمراجعة محله واما قوله ولا مدخل للاقتصار على المجلس في كونه تمليكا فلانه
خلاف المصرح به الايرى الى قول المصرح في اول فصل الاختيار من باب تفويض الطلاق ولانه تمليك الفصل منها والتمليكات تقتضي جوابا في المجلس
كما في البيع انتهى والى قوله في اواسط فصل الامر باليد من ذلك الباب والتمليك يقتصر على المجلس وقد مر بيانه انتهى ولانه اي الامر علق الطلاق بفعلها
اي بفعل المامورين فاعتبره صيغة امر من الاعتبار بدخولهما اي فاعتبر تعليق الطلاق بفعل الرجلين بتعليق الطلاق بدخول الرجلين اي بدخولهما
الدار مثلا يعني يشترط ثمة لوقوع الطلاق بدخول الرجلين اي بدخولهما جميعا حتى لو قال ان دخلتما الدار فهي طالق لا يطلق ما لم يوجد الدخول منهما جميعا
فكذلك ههنا لا يقع المطلق ما لم يوجد فعل التطليق منهما جميعا قال صاحب النهاية قوله ولانه علق الطلاق بفعلهما راجع الى قوله طلقا ما ان شئتما وقوله لانه تفويض الى
راايهما راجع اليهما او الى قوله امرهما بايديكما وقد تبعه في جعل قوله ولانه علق الطلاق بفعلهما راجعا الى قوله طلقا ما ان شئتما كثير من الشراح منهم من صرح به كصاحب النهاية
حيث قال قوله ولانه علق الطلاق متعلق بقوله طلقا ما ان شئتما ومنهم من اظهر في اثناء التحرير وهو صاحب غاية البيان وغيره حيث قالوا بصدد بيان قول
المصنف فاعتبره بدخولهما حتى لو قال ان دخلتما الدار فهي طالق لا يطلق ما لم يوجد الدخول منهما جميعا فكذا ههنا في قوله طلقا ما ان شئتما لا يقع الطلاق ما لم يوجد فعل التطليق منهما جميعا

قال وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به لانه فوض اليه التصرف دون التوكيل به وهذا لانه رضي برائه والناس متفاوتون في الآراء قال الا ان يأذن له الموكل لوجود الرضاء او يقول له اعمل برأيك لاطلاق التفويض الى رأيه واذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الاول وقد مر نظيره في ادب القاضي

اقول وانا الارى باسا في التمسك بكلام المصنف ههنا على ظاهر حاله وهو ان يكون كل واحد من تعليليه عاما للصورتين معا بناء على ان التعليق كما يوجد في صورة ان قال لها طلقا ما ان شئتما يوجد ايضا في صورة ان قال لها امرك بيدك يا بديكما او قد صرح المصنف في فصل الامر باليد من باب تفويض الطلاق بان جعل الامر باليد فيه بمعنى التعليق وقال الشارح في بيانه وهذا لان معنى امرك بيدك ان اردت طلاقك فانت طالق انتهى ولذلك لم اخصص قوله ولانه علق الطلاق بفعلها الخ بصورة ان قال لها طلقا ما ان شئتما بل شرعت به ليعم الصورتين معا كما راته قال اى القدوري في مختصره وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به لانه اى الموكل فوض اليه اى الى الوكيل التصرف اى التصرف الذي فيما وكل به دون التوكيل اى لم يفوض اليه التفويض بذلك التصرف فلا يملكه هذا اى عدم جواز التوكيل للوكيل فيما وكل به لانه اى لان الموكل رضي برأيه اى رأى الوكيل والناس متفاوتون في الآراء فلا يكون الرضى برأيه رضاء بغيره فيكون الوكيل في توكيل الغير مباشرا غير ما امره الموكل فلا تجوز قال صاحب العناية وفيه تشكيك وهو ان تفاوت الآراء مدرك بينين والا لما جاز التعليل به فيجاز ان يكون الوكيل الثاني اقوى من الاول وايضا الرضى برأى الوكيل اورد توكيله تناقض لان الوكيل الثاني لو لم يكن اقوى رأيا او قوته في رأى الاول لما وكله فرد توكيله مع الرضى برأيه مما لا يجتمعان ويمكن ان يجاب عنه بان العبرة في القوة في الرأى لما يكون بحسب ظن الموكل وصحة اختياره للتوكيل من بين من يغيره بالرأى والتصرف في الامور ولم يأذن له بالتوكيل كان الظاهر من حاله انه ظن ان لا شيء من يغيره فيه في هذا التصرف فقبول توكيله حينئذ مناقض لظنه فلا يجوز انتهى اقول الجواب الذي ذكره انما يدفع الوجه الاول من التشكيك المذكور دون الوجه الثاني منه لان قبول توكيل الاول وان كان مناقضا لظن الموكل الا ان رد توكيله ايضا مناقض لرضى الموكل برأى الوكيل كما ذكره في الوجه الثاني منه فما الرجحان في اثبات هذا التناقض على ذلك التناقض ثم اقول في الجواب من الوجه الثاني منه ان الموكل انما رضي برأى الوكيل في تصرف خاص وهو ما وكل به من البيع او الشراء او الاجارة او نحو ذلك والتوكيل ليس بداخل في ذلك التصرف فلا تناقض في رد توكيله وانما يصير ذلك تناقضا لو كان رضا الموكل برأى الوكيل في التوكيل او برأيه مطلقا ولهذا اذا اذن له الموكل في التوكيل او قال له اعمل برأيك يجوز توكيله كما سياتي واعترض بعض الفضلاء على قول المصنف لانه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء بان الدليل خاص بما يحتاج الى الرأى والمدعى عام لغيره ايضا اقول اصل الدليل انه رضي بفعله دون فعل غيره والناس متفاوتون في الافعال فعمم ما يعم المدعى الا انه اخرج الكلام مخرج الغالب فقال لانه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء او قال اى القدوري في مختصره الا ان ياذن له الموكل استثناء من قوله وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به فانه اذا اذن له في ذلك يجوز ان يوكل غيره لوجود الرضى اى لوجود الرضى حينئذ برأى غيره ايضا او يقول له عطف على ياذن له الموكل اى او الا ان يقول للوكيل اعمل برأيك فيجوز ايضا ان يوكل غيره لاطلاق التفويض الى رأيه اى الى رأى الوكيل فيدخل توكيله الغير تحت الاجازة قال المصنف واذا جاز في هذا الوجه اى اذا جاز توكيل الوكيل غيره في هذا الوجه الذي يجوز التوكيل فيه وذلك بان ياذن له الموكل او يقول له اعمل برأيك فوكل غيره يكون الثاني اى الوكيل الثاني وهو وكيل الوكيل وكيلا عن الموكل لا عن الوكيل الاول حتى لا يملك الاول اى الوكيل الاول عزله اى عزل الوكيل الثاني ولا ينعزل اى الوكيل الثاني بموته اى بموت الوكيل الاول وينعزلان اى الوكيل الاول والوكيل الثاني بموت الاول اى بموت الموكل الاول وقد مر نظيره في ادب القاضي وهو ما ذكره في فصل آخر قبيل باب التحكيم بقوله وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك الى ان قال واذا فوض اليه يملكه فيصير الثاني نائبا عن الاصل حتى لا يملك الاول عزله اقول والعجب من الشراح ههنا سيما من فحولهم كصاحب النهاية وصاحب غاية البيان وصاحب معراج الدراية انهم قالوا في بيان ما مر نظيره في ادب القاضي وهو ما ذكره هناك بقوله وليس القاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك الى ان قال واذا قضى الثاني بحضرة من الاول او قضى الثاني فاجازه الاول جاز كما في الوكالة فختموا الكلام في قوله كما في الوكالة مع

قال فان وكل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لان المقصود حضور رأي الاول وقد حضر

ان نظير ما ذكره المصنف ههنا انما هو ما تركوه وهو قوله هناك بعد ذكر ما ذكروه واذا فوض اليه يملك فيصير الثاني نائبا عن الاصل حتى لا يملك الاول عزله كما تقدم انما اعتبروا بما في قوله كما في الوكالة من التشبيه بالوكالة لكن مراده بذلك انما هو التشبيه بما سيأتي من انه ان وكل وبغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لا التشبيه بما نحن فيه كما لا يخفى بقي ههنا بحث وهو ان قول المصنف وحتى لا يملك الاول عزله ظاهر في صورة ان يأذن له الموكل في التوكيل لان الاذن له في ذلك لا يقتضي الاذن له في العزل ايضا واما في صورة ان يقول له اعمل برأيك فهو مشكل لانهم صرحوا بان قوله اعمل برأيك بوكيل عام فيدخل في عمومه توكيل الوكيل غيره واما اثبات صفة المالكية للوكيل فيملك توكيل غيره كالمالك فحينئذ ينبغي ان يملك الوكيل الاول عزل الوكيل الثاني ايضا بعموم وكالته عن الموكل الاول ويكونه كالمالك باثبات صفة المالكية له كما ان للقاضي ان يستخلف على القضا ولان يعزل عنه اذا فوض اليه النصب والعزل عن قبل الخليفة على ما عرف في محله ويؤيد هذا ما ذكره الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال رجل وكل رجلا بالخصومة وقال له ما صنعت من شئ فهو جائز فوكل الوكيل بذلك غيره جاز توكيله ويكون الوكيل الثاني وكيل الموكل الاول لا وكيل الوكيل حتى لو مات الوكيل الاول او عزل او جن او ارتد او لحق بدار الحرب لا ينعزل الوكيل الثاني ولو مات الموكل الاول او جن او ارتد او لحق بدار الحرب ينعزل الوكيلان ولو عزل الوكيل الاول الوكيل الثاني جاز عزله لان الموكل الاول رضي تصنيع الاول وعزل الاول الثاني من صنيع الاول الى ههنا كلامه وهو لا يخفى ان الموكل الاول فيما نحن فيه ايضا رضي بعمل الوكيل الاول برأيه وان عزل الوكيل الاول الثاني من عمله برأيه فينبغي ان يجوز عزله اياه والفرق بينهما مشكل وفي خزانة الفتاوى قال اي القدوري في مختصره فان وكل اي الوكيل بغير اذن موكله فعقد وكيله اي وكيل الوكيل بحضرته اي بحضرة الوكيل الاول جاز اي جاز العقد لان المقصود اي مقصود الموكل الاول حضور رأي الاول اي حضور رأي الوكيل الاول وقد حضر رأيه في الصورة المذكورة فحصل مقصوده فجاز العقد قال صاحب النهاية فان قلت ما الفرق بين هذا وبين احد الوكيلين بالبيع اذا باع بغير اذن صاحبه فانه لم يكتف ههنا بحضرة صاحبه بل لا بد من الاجازة صريحا كما ذكر في الذخيرة والمبسوط قلت ما ذكر في الجامع الصغير من ان عقد وكيل الوكيل جائز عند حضرة الوكيل الاول محمول على ما اذا اجاز الوكيل الاول عقد الوكيل الثاني لاطلاق الخبر هكذا ذكر في الذخيرة وقال ثم ان محمدا رحمه الله قال في الجامع الصغير اذا باع الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول جاز ولم يشترط للجواز اجازة الوكيل الاول وهكذا ذكر في وكالة الاصل في موضع وذكر في موضع آخر من وكالة الاصل وشرط اجازته فقال اذا باع الوكيل الثاني والوكيل الاول حاضر او غائب فاجازه الوكيل جاز حكى عن الكرخي انه كان يقول ليس في المسئلة روايتان ولكن ما ذكر مطلقا في بعض المواضع انه يجوز اذا باع بحضرة الاول محمول على ما اذا اجاز وكان يحمل المطلق على المقيد والى هذا ذهب عامة المشايخ وهذا لان توكيل الوكيل الاول لما لم يصح لانه لم يوجد لبث في ذلك صار وجود هذا التوكيل وعدمه بمنزلة ولو عدم التوكيل من الاول حتى باعه هذا الرجل والوكيل غائب او حاضر وانه لا يجوز عقد هذا الفضولي الا باجازته لان الاجازة للبيع الفضولي لا يثبت بالسكوت لكون السكوت محتملا كذا ههنا ومتى اجاز فانما يجوز لان الوكيل يملك مباشرته بنفسه فيملك اجازته بالطريق الاولى ومنهم من يجعل في المسئلتين روايتين وجه رواية الجواز من غير اجازة الاول ان بيع الثاني حال غيبة الاول انما لا يصح لتعري العقد عن راي الاول ومتى باع بحضرته فقد حضر هذا العقد راي الاول على ما ذا احد وكيلي البيع والاجازة اذا امر صاحبه بالبيع او الاجارة فباع بحضرته في رواية لا يجوز الا باجازته وفي رواية يجوز من غير اجازته انتهى واقتفى اثره صاحب معراج الدراية كما هو دابه في اكثر المواضع قال صاحب العناية بعد نقل السؤال والجواب وفيه نظر اما فيما نقل عن محمد رح فانه قال والوكيل الاول حاضر غائب فاجاز الوكيل وليس ذلك نصا في اشتراط الاجازة للحاضر بجواز ان يكون قوله فاجاز متعلقا بقوله او غائب فقط واما في تعليلهم فلانه معارض بان المقصود هو الراي وقد حضر كما ذكرنا انتهى واجاب بعض الفضلاء عن نظيره فيما نقل عن محمد رح حيث قال انت خبير بان قوله فاجاز الوكيل عطف على قوله اذا باع الوكيل

وتكلموا في حقوقه وان عقد في حال غيبته لم يجز لانه فات رأيه الا ان يبلغه فيجيزه وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فاجاز لانه حضر رأيه ولو قدر الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز لان الراي يحتاج اليه فيه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل وعلى العكس بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رأيهما فلا زيادة ولا اختيار للمشتري على ما بيناه اما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رأيه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن

الثاني الخ فيكون متعلقا بكل منهما لو كان العبارة واجازا بالواو فيجوز كونهما حالية لاحتمل ما ذكره انتهى اقول وفيه نظر لانه يجوز ان يكون الثاني في قوله فاجاز الوكيل للسببية لا للعطف كما في قولك زيد فاضل فاكرمه ونحوه الذي ليطير فيغصب زيد الذباب على ما ذكروا في موضعه ولئن سلم كونهما للعطف وكون قوله فاجاز الوكيل عطفا على قوله اذا باع الوكيل الثاني الخ فلا نسلم كون قوله فاجاز الوكيل متعلقا بكل من قيدي المعطوف عليه اعني قوله والوكيل الاول حاضر او غائب اذ قد تقرر في محله ان العطف على مقيد لا يفيد انما يوجب تقييد المعطوف بذلك القيد اذا كان القيد متقدما على المعطوف عليه كما في قولنا يوم الجمعة حضرت فيد زيدا وقولنا ان جاءني اعطك واكسك اما فيما لا يتقدم عليه فلا يوجب تقييده بذلك في شيء ونحن فيه من هذا القبيل كما لا يخفى فلم يجب فيه ان تقييد المعطوف بقيدي المعطوف عليه بل جاز ان يتعلق بواحد منهما فقط ثم قال صاحب العناية ولعل الصواب ان الاجازة ليست بشرط لصحة عقد وكيل الوكيل عند حضوره وشرط لصحة عقد احد الوكيلين والفرق بينهما ان وكيل الوكيل لما كان يتصرف بتوكيله ورضاه بالتصرف كان سكوته رضا لا محالة واما احد الوكيلين فلكل منهما ان يستبد بالتصرف فلم يكن سكوته رضا بجواز ان يكون غيظا منه على استبداده بالتصرف من غير اذن من صاحبه انتهى قال المصنف وتكلموا في حقوقه اي في حقوق عقد الثاني بحضرة الاول يعني اذا باع بحضرة الاول حتى جاز فالعهدة على من تكون لم يذكره محمد رح في الجامع الصغير وتكلم المشائخ فيه قال الامام المحبوبي منهم من قال العهدة على الاول لان الموكل انما رضي بلزوم العهدة على الاول دون الثاني ومنهم من قال العهدة على الثاني اذ انسب به هو العقد وجد من الثاني دون الاول والثاني كالوكيل للموكل الاول حتى لو مات الموكل الاول ينعزل الوكيل الثاني بموته ولا ينعزل بموت الموكل الثاني وهو الوكيل الاول كذا في المحيط وقال في الذخيرة ثم اذا باع او اشترى بحضرة الاول حتى جاز فالعهدة على من لم يذكر محمد رح هذا الفصل في الجامع الصغير وذكر البقالي في فتاواه ان الحقوق ترجع على الاول وفي حيل الاصل والعيون ان الحقوق ترجع الى الثاني انتهى وقال في فتاوى قاضيخان فان وكل غيره فباع الوكيل الثاني بحضرة الاول جاز وحقوق العقد ترجع الى الوكيل الاول عند البعض وذكر في الاصل ان الحقوق ترجع الى الوكيل الثاني وهو الصحيح انتهى وان عقد اي الوكيل الثاني في حال غيبته اي في حال غيبة الوكيل الاول لم يجز اي لم يجز العقد لانه فات رأيه اي اي لوكيل الاول فلم يحصل مقصود الموكل وهو حضور رأيه الا ان يبلغه الا ان يبلغ خبر عقد الوكيل الثاني الوكيل الاول فيجيزه اي فيجيز الوكيل الاول ذلك العقد فحينئذ يجوز لتحقق رأيه وكذا لو باع غير الوكيل اي وكذا يجوز لو باع الاجنبي فبلغه اي فبلغ خبر البيع الوكيل فاجازه اي فاجاز البيع بعد بلوغ الخبر لانه حضر رأيه باجازته ولو قدر الاول اي الوكيل الاول الثمن اي ثمن ما امر ببيعه للثاني اي للوكيل الثاني الذي وكله بان قال له بعه بكذا فعقد بغيبته اي فعقد الثاني في ذلك الثمن المقدر بغيبة الاول يجوز اي العقد لان الراي يحتاج اليه لتقدير الثمن ظاهرا انما قال ظاهرا احترازا عما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن كما سيأتي بيانه وقد حصل اي وقد حصل تقدير الثمن الذي هو المقصود بالراي واعلم ان هذه رواية كتاب الرهن اختارها المصنف وعلى رواية كتاب الوكالة لا يجوز لان تقدير الثمن انما يمنع النقصان لا الزيادة فلو باشر الاول ربما باع بالزيادة على المقدار لهذين لكاته وهدايته قال المصنف وهذا بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن فانه لا يجوز بيع احدهما بذلك المقدار لانه لما فوض اليهما اي لان الموكل لما فوض الراي الى الوكيلين مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري الذي لا يحاط في تسليم الثمن على ما بينا اشارة الى قوله فيما مر والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الراي في الزيادة واختيار المشتري اما اذا لم يقدر اي الموكل الثمن وفوض الى الاول اي وفوض الراي الى الوكيل الاول كان غرضه اي غرض الموكل رأيه اي راي الوكيل الاول في معظم الامر اي معظم امر عقد البيع وهو التقدير في الثمن وذلك لان المقصود من البياعات الاسترباح والعادة جرت في الوكالة ان يوكل الاهدى في تحصيل الارباح وذلك

قال واذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة او باع او اشترى لها لم يجز معناه التصرف فيها لان الرق والكفر يقطعان الولاية لا يبقى ان الموقوف لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه ولان هذه ولاية نظرية فلا بد من التفويض الى القادر الشفيق ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفويض اليهما وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله المرتد اذا اقتل على ردته والحربي كذلك لان الحربي ابعد من الذمي فاولى بسلب الولاية واما المرتد فتصرفه في ماله ان كان نافذا عندهما كذلك موقوف على ولده ومال ولده بالاجماع لانها ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة وهي متردده ثم تستقر جهة الانقطاع اذا قتل على الردة فيبطل وبالاسلام يتحول كانه لم يزل كان مسلما فيصح

انما يكون في التوكيل بعد تقدير ثمن صالح للزيادة والربح وقد حصل ذلك بتقدير الوكيل الاول فبعد ذلك لا يبالي بنيابة الآخر عنه في مجرد العبارة كذا في الشروح اقول تعالى ان يقول اختيار المشتري الذي لا يماطل في تسليم الثمن من مهمات البياعات ومعظمات امورها ايضا كما اشار اليه المصنف فيما مر قبوله والمبدل وان كان ان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري فكيف تهيم ان يقال ههنا فبعد ذلك لا يبالي بنيابة الآخر عنه في مجرد العبارة قال اي محمد رحمه في الجامع الصغير واذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة او باع اي او باع واحد منهم او اشترى لها اي للصغيرة الموصوفة المذكورة لم يجز اي لم يجز شيء من تصرفاتهم المذكورة قال المصنف رحمه معناه اي معنى قول محمد رح او باع او اشترى لها التصرف في مالها اي في مال الصغيرة المذكورة بالبيع او الشراء وانما احتاج الى هذا التاويل لان قوله واشترى لها يحتمل معنيين احدهما ان يشتري لها شيئا من مال نفسه والآخر ان يشتري لها بمالها ولما كان الاول جائزا لا صحة كان المراد ههنا هو الثاني وقال في تعليل المسئلة لان الرق والكفر يقطعان الولاية يعني ان التصرفات المذكورة من باب الولاية والرق في العبد والمكاتب والكفر في الذمي يقطعان الولاية الا يرى ان المرقوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره يعني اذا لم يكن له ولاية على نفسه لم تكن له ولاية على غيره بالطريق الاولى لان الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا حتى لا تقبل شهادته اي شهادة الكافر عليه اي على المسلم ولان هذه اي هذه الولاية ولاية نظرية اي ولاية ثابتة نظرا للضعفاء والصغائر لعجزهم فلا بد من التفويض اي من تفويض هذه الولاية الى القادر الشفيق ليتحقق معنى النظر بالقدرة والشفقة والرق يزيل القدرة قال الله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء والكفر يقطع الشفقة على المسلم كما لا يخفى فلا تفويض اليهما اي فلا تفويض هذه الولاية النظرية الى العبد والكافر قال الشارح العيني وفي بعض النسخ الى العاقد الشفيق مكان القادر الشفيق وجعل الشارح ذلك هذه النسخة اصلا وقال وفي بعض النسخ الى القادر مكان العاقد اقول وان لم ار النسخة الى العاقد قط ولم اجد لها وجها ههنا اذ لا يوجد حينئذ لقول المصنف والرق يزيل القدرة متعلق كما لا يخفى على الفطن قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله والمرتد اذا قتل على ردته والحربي كذلك اي لا يجوز تصرفهما على ولدهما المسلم وماله قال الشراح انما خص قولهما بالذكر مع ان هذا حكم مجمع عليه لان الشبهة انما ترد على قولهما لان تصرفات المرتد بالبيع والشراء ونحوهما نافذة وان قتل على الردة عندهما بناء على ملكه وقدرته كما اصلاهما في تصرفاته على ولده وماله ولده فانها موقوفة بالاجماع اقول قد ادرج في قولها الحربي ايضا والعذر الذي ذكروه لا يجري فيه قطعا فلا تتم لان الحربي وان كان متاما بعد من الذمي لان الذمي صار مناديا وان لم تصر مناديا وقد تحقق منه ما هو خلف عن الاسلام وهو الجزية بخلاف الحربي فانه لم يتحقق في حقه شيء من الاصل والخلف فاولى بسلب الولاية اي فالحربي اولى بسلب الولاية يعني اذا سلبت ولاية الذمي كما عرفت فالحربي اولى بسلبها واما المرتد فتصرفه في ماله ان كان نافذا وان كان نافذا عندهما اي عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لكنه اي لكن تصرفه موقوف اي موقوف على اسلامه ان اسلم صح وان مات او قتل ولحق بدار الحرب بطل على ولده ومال ولده متعلق بالجميع الضمير وهو التصرف بمال الولاية يعني لكن تصرفه اي ولايته على ولده ومال ولده موقوف على اسلامه بالاجماع متعلق بقوله موقوف اقول لا يخفى على من له فطرة سليمة ووقوف على العربية ومسائل المرتد ان في كلام المصنف ههنا تعقيدا قبيحا واحتياجا الى بيان معناه بالوجه الذي شرحناه به وانا اتعجب من الشراح كيف لم يتعرضوا له اصلا مع تفتيشهم بكثير من الامور الحربية البنية في مواضع شتى فحق العبارة ههنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال واما المرتد فان ولايته على اولاده واموالهم موقوفة بالاجماع لانها اي لان ولاية الاب على ولده ومال ولده ولاية نظرية وذلك اي الولاية النظرية بتاويل المذكور او بان استعمال ذلك مشترك باتفاق الملة اي بسبب اتفاق الملة من الاب والولد وهي اي الملة متردده في حق المرتد لكونها معدومة في الحال لكنها مرجوة للوجود لان المرتد مجبور عليها فيجب التوقف ثم تستقر جهة الانقطاع اذا قتل على الردة فيبطل اي تصرفه وبالاسلام الذي هو الرجوع الى الاسلام يتحول اي المرتد كانه لم يزل كان مسلما فيصح اي تصرفه اقول بقي في هذا المقام شيء وهو ان ما ذكره من قوله واذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته

باب الوكالة بالخصومة والقبض

قال الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض عندنا خلافا لزفر له هو يقول له رضي بخصومته القبض غير الخصومة ولم يرض به ولنا ان من ملك شيئا ملك اتمامه وتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض وفي الفتوى اليوم

الى ههنا ليس من مسائل الوكالة قط وقد ذكره مرة في باب الاولياء والاكفاء من كتاب النكاح حيث قال فيه ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون لانه لا ولاية له على نفسه فاولى ان لا يثبت على غيره ولان بنده ولاية نظرية ولا نظر في التفويض الى هؤلاء ولا ولاية لكافر على مسلمة لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان انتهى فذكره مرة اخرى سيما في كتاب الوكالة بالعبد المناسب

باب الوكالة بالخصومة والقبض آخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشراء لان الخصومة تقع باعتبار ما يجب استيفاؤه ممن هو في ذمته وذلك في الاغلب يكون بمطالبة المبيع او الثمن اولانهما محبوسة شرعا فاستحقت التاخير عما ليس بمحبوس كذا في العناية وذكر الوجه الثاني في سائر الشروح ايضا واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث لانا لا نسلم ذلك كيف وقد وقعت من رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم والصحابة رضي الله تعالى عنهم نظير الى تفسير الخصومة بما فيه ما يوجب هجرها انتهى اقول هذا ساقط جدا لان المراد ان الخصومة بحقيقتها وهي المنازعة محبوسة شرعا لقوله تعالى ولا تنازعوا فتفشلوا وانما شهرت ووقعت من الاشراف باعتبار كونها مجازا عن جواب الخصم نعم اورد لا كما سيأتي بحثه عن قريب مفصلا ومشروحا وقد وقع التصريح به ههنا ايضا في عبارة كثير من الشراح حيث قالوا لما كانت الخصومة محبوسة شرعا لقوله تعالى ولا تنازعوا فتفشلوا حتى تركت حقيقتها الى مطلق الجواب مجازا آخر ذكر الوكالة بالخصومة عما ليس بمحبوس شرعا بل هو مقرر على حقيقته قال ابو القدوري في مختصره الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض اطلق كلامه في الرواية ليتناول الوكيل بالخصومة في العين والدين جميعا فان الامام المحبوبي قد ذكر ان الوكيل بالخصومة في العين والدين جميعا وكيل بالقبض عند علمائنا الثلثة كذا في النهاية وفي معراج الدراية خلافا لزفر رح فانه يقول الوكيل بالخصومة لا يكون وكيلا بالقبض وبه قال الشافعي رح في الاظهر ومالك واحمد وعن الشافعي رح في وجه انه يملك القبض كما قلنا هو اي زفر رح يقول رضي اي الموكل بخصومته اي بخصومة الوكيل والقبض غير الخصومة لان الخصومة قول يستعمل في اظهار الحقوق والقبض فعل حسي ولم يرض به اي ولم يرض الموكل بالقبض او يختار للخصومة في العادة الخ الناس والقبض امين الناس فمن يصلح للخصومة لا يرضى بامانته عادة ولنا ان من ملك شيئا ملك اتمامه وتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض يعني ان الوكيل بالشيء مأمور باتمام ذلك الشيء واتمام الخصومة يكون بالقبض لان الخصومة باقية ما لم يقبض وذلك لانه ما لم يقبض يتوهم عليه الانكار بعد ذلك والمطل ويحتاج الى المرافعة باثبات الخصومة فلما وكله بفصلها والفصل بالقبض دخل تحته ضمنا كذا قرره صاحب النهاية وعزاه الى المبسوط والاسرار واقتفى اثره صاحب معراج الدراية في تقريره ولنا ان الوكيل ما دام وكيلا يجب عليه القيام بما امر به وقد امر بالخصومة والخصومة لا تتم الا بالقبض لتوهم الانكار بعد ذلك تعذر الاثبات بعارض من موت القاضي او غيره والمطل والافلاس وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب انتهى اعترض عليه بعض الفضلاء بان قوله ولنا ان الوكيل ما دام وكيلا يجب عليه القيام بما امر به يخالف لما اسبقه في اوائل كتاب الوكالة من قوله وحكم الوكالة جواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه اقول ليس هذا شيئا فان منشاء الغفلة عن فائدة قوله ما دام وكيلا في قوله ان الوكيل ما دام وكيلا يجب عليه القيام بما امر به اذ لا شك ان الوكيل ما دام ثابتا على وكالته يجب عليه اذا ما امر به والا يلزم تقرير الامر وهو ممنوع شرعا ومعنى ما ذكره في اول كتاب الوكالة ان الوكالة عقد جائز غير لازم فحكمها جواز ان يباشر الوكيل ما فوض اليه وان لا يباشره بشرط عزل الموكل اياه او عزل الوكيل نفسه واعلامه الموكل ثم رد عليه ايضا ذلك البعض في قوله والخصومة لا تتم الا بالقبض بانه ان اريد قبض الوكيل فغير مسلم وان اريد بالتمام قبض الموكل فمسلم ولكن لا تترتب عليه المطلوب اقول المراد منه ذلك قبض الوكيل او الموكل وتترتب عليه المطلوب قطعا بمقتضى مقدمة القائلة وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب لانه لما فوض الموكل الخصومة الى الوكيل والتزم الوكيل اقامتها دخل في ضمن ذلك ما لا يتم الخصومة الا به وهو القبض فملك الوكيل قطعا ووجب عليه القيام به ما دام على وكالته والفتوى اليوم

على قول زفر رح لظهور الخيانة في الوكلاء وقد يوكل من على الخصومة من لا يوكل من على المال ونظيره الوكيل بالتقاضي على القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعا لان العرف بخلافه وهو قاض على الوضع فالفتوى على ان لا يملك

على قول زفر رح لظهور الخيانة في الوكالة وقد يوكل من على الخصومة من لا يوكل من على المال ومشائخ بلخ افتوا بقول زفر رح لان التوكيل بالقبض غير ثابت نصا ولا دلالة اما نصا فظاهر واما دلالة فلان الانسان قد يوكل غيره بالخصومة والتقاضي فلا يرضى بامانته وقبضه وبه افتى الصدر الشهيد ايضا كذا ذكره الامام المحبوبي في جامعه وذكر في الشروح ايضا الا ان صاحب الغاية قال بعد ذكر ذلك وفيه نظر فان الدلالة قد وقعت بما ذكرنا ان لم الاتيم الواجب الا به فهو واجب قال المصنف رح ونظيره اي نظير الوكيل بالخصومة الوكيل بالتقاضي فانه يملك القبض على اصل الرواية وهو رواية الاصل لانه في معناه وضعا اي لان التقاضي في معنى القبض من حيث الوضع وعن هذا قال في الاساس تقاضيته ديني وبديني واقتضيته ديني واقتضيت منه حقي اي اخذته وقال في القاموس وتقاضاه الدين قبضه منه ثم ان صاحب غاية البيان بعد ان فسر قول المصنف رح لانه في معناه وضعا بقوله اي لان التقاضي في معنى القبض قال فيه نظر لانه قال في المغرب تقاضيته ديني وتقاضيته بديني واقتضيته طلبت قضاءه واقتضيت منه حقي اخذته وقال الشارح العيني بعد نقل النظر المذكور عنه قلت لهم اوجه النظر فيه لانه لم يقل التقاضي القبض بل قال في معنى القبض اقول بل لا وجه لما قال لان وجه النظر هو ان المفهوم مما في المغرب كون التقاضي في اللغة يعني طلب القضاء لا بمعنى القبض كما ذكره المصنف رح ولا يدفعه قوله لانه لم يقل التقاضي هو القبض بل قال في معنى القبض اذ لا شك ان معنى قوله انه في معناه وضعا انهما مستويان معنى من حيث الوضع في اصل اللغة ولو كان معنى التقاضي في اللغة طلب القضاء لا غير لم يتحقق ذلك الاتحاد فلم يكن في معنى القبض قطعا ثم اقول في الجواب عن النظر المذكور لعل صاحب المغرب فسر التقاضي بطلب القضاء الذي هو المعنى العرفي للفظ التقاضي لكثرته غالبا على معناه الوضعي الاصلي كما سنشير فح لا يكون مخالفا لما ذكره المصنف رح وصرح به عامة ثقات ارباب اللغة في كتبهم المعتبرة من كون معنى التقاضي هو الاخذ والقبض بناء على اصل الوضع ويرشد اليه انه فرق بين الاقتضاء والتقاضي ففسر الاقتضاء بالاخذ على اصله لعدم جريان العرف المذكور فيه والا فلا فرق بينهما في اصل اللغة كما عرفته مما نقلناه فيما مر نقلا عن الاساس وصرح به الجوهري في صحاحه حيث قال واقتضى دينه وتقاضاه بمعنى فتدبر الا ان العرف بخلافه اي بخلاف الوضع لان الناس لا يفهمون من التقاضي القبض بل يفهمون منه المطالبة وهو اي العرف قاض على الوضع اي راجح عليه لان وضع الالفاظ لحاجة الناس وهم لا يفهمون المعنى الموضوع له بل يفهمون المجاز فصار المجاز بمنزلة الحقيقة الصرفية لتسارع افهام الناس اليه والفتوى على ان لا يملك يعني فتوى المشائخ اليوم على ان لا يملك الوكيل بالتقاضي القبض بناء على العرف قال صاحب الغاية وفيه نظر لان الحقيقة مستعملة والمجاز متعارف وهي اولى منه عند ابي حنيفة رح والجواب ان ذلك وجه لاصل الرواية ولا كلام فيه وانما الكلام في ان الفتوى على اصل الرواية او على العرف لظهور الخيانة في الوكلاء قالوا على العرف فلا يملك القبض انتهى كلامه اقول لا نسلم شيئا ولا الجواب اما الاول فلان الحقيقة في لفظ التقاضي غير مستعملة بل هي مهجورة كما صرح به ثقات المشائخ كالامام فخر الاسلام البزدوي وصاحب المحيط وغيرهما قال في المحيط البرهاني الوكيل بالتقاضي يملك القبض عند علمائنا الثلاثة هكذا ذكر محمد رح في الاصل ثم قال وذكر الشيخ الامام الزاهد فخر الاسلام علي البزدوي في شرح هذا الكتاب ان الوكيل بالتقاضي في عرف ديارنا لا يملك القبض لان جرت العادة في ديارنا وجعل التقاضي مستعملا في المطالبة مجازا لانه سبب للاقتضاء وصارت الحقيقة مهجورة الى هنا كلامه واما الثاني فلان كون الحقيقة المستعملة اولى من المجاز المتعارف اصل مقرر عند ابي حنيفة رح لم يرجع عنه قط فلو كانت الحقيقة في لفظ التقاضي مستعملة لم يصح قول المصنف رح وهو قاض على الوضع على اصل ابي حنيفة رح قطعا ولم يكن المشائخ الفتوى على العرف في مسئلتنا هذه وبالجملة حينئذ ترك اصل امامهم المجتهد وليست وظيفتهم الا الجريان على اصله الكلي وان جاز لهم بعض من التصرفات في الفروع الجزئية لا يقال يجوز ان يكون مدار قول المصنف رح ومدار فتواهم على اصل ابي يوسف ومحمد رح فان المجاز المتعارف اولى من الحقيقة المستعملة عندهما لانا نقول الذي يظهر من هذا الكتاب ومن سائر الكتب

قال فان كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا لانه رضي بامانتهما لا بامانة احدهما واجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة على ما مر قال والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند ابي حنيفة رح حتى لو اقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل او ابرائه تقبل عنه وقالا لا يكون خصما وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح لان القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضاء بالقبض رضا بها ولابي حنيفة رح انه وكله بالتمام لان الديون تقضى بامثالها اذ قبض الدين نفسه لا يتصور الا انه جعل استيفاء العين حقه وحقه

ان لا نزاع فيه فلا خلاف في هذه المسئلة بين ائمتنا الثلاثة الا يرى الى قول محمد رح في الاصل الوكيل بالتقاضي يملك القبض عند علمائنا الثلاثة ولو كان لا صلا ما ذكره تأثير في هذه المسئلة لما وقع الاتفاق بينهم فيها على ان صاحب التلويح قال وفي كلام فخر الاسلام وغيره ما يدل على ان المجاز المتعارف انما يترجح عند تعذر الحقيقة بعموم مكان في مسئلة اكل الحنطة انتهى ولا يخفى ان الامر ليس كذلك فيما نحن فيه فان الحقيقة لا صلا ما المذكور هنا رأسا فلا مجال لان يجعل مدار الصحة قول المصنف وفتوى المشايخ فالتحقيق في هذا المقام ان التوكيل بالتقاضي كان مستعملا على حقيقته في الاوائل ولم يجر العرف على خلاف ذلك في تلك الايام فكان الوكيل بالتقاضي يملك القبض بالاتفاق على ما وقع في اصل الرواية وما اليوم فلما ظهر الخيانة في الوكلاء وجرى العرف على ان يجعلوا التقاضي في التوكيل بالتقاضي مستعملا في المطالبة مجازا وصارت الحقيقة مهجورة افتى مشائخنا المتاخرون بان الوكيل بالتقاضي لا يملك القبض بالاتفاق بناء على الاصل المقرر المتفق عليه عند المجتهدين من ان المجاز المتعارف اولى من الحقيقة المهجورة فلم يبق في المقام غبار اصلا قال محمد رح في الجامع الصغير فان كانا وكيلي الرجلان وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا اي لا يقبضان حق الموكل الا مجتمعين لانه اي الموكل رضي بامانتهما لا بامانة احدهما وحده واجتماعهما ممكن اي اجتماع الوكيلين على القبض ممكن شرعا فانهما يصيران قابضين بالتخلية بالمحذور بخلاف الخصومة فان اجتماعهما عليها غير ممكن شرعا على ما مر اشار به الى قوله لان الاجتماع فيها متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء قال اي القدوري في مختصره والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند ابي حنيفة رح فيقبض الدين لان الوكيل بقبض العين يكون وكيلا بالخصومة بالاجماع على ما يجيء والكلام فيه يرجع الى مسئلة وجوان التوكيل اذا وقع باستيفاء عين حق الموكل لم يكن وكيلا بالخصومة لان التوكيل وقع بالقبض لا غير واذا وقع التوكيل بالتملك كان وكيلا بالخصومة لانه اشار لتصرف حقوق العقد تعلق بالعاقد كما قالوا وسيظهر حكم هذا الاصل في دليل المسئلة وقال في الفتاوى الصغرى عن منقور وشيخ الاسلام خواهرزاده ان الوكيل بقبض الدين لا يملك الخصومة اجماعا ان كان الوكيل من القاضي كما لو وكل وكيلا بقبض ديون الغائب كذا في غاية البيان ثم ان المصنف اراد ان يبين ثمرة قول ابي حنيفة رح في هذه المسئلة فقال حتى لو اقيمت عليه اي على الوكيل بقبض الدين البينة على استيفاء الدين من المديون او ابرائه اي على ابرائه الموكل المديون عن الدين تقبل عنده اي تقبل البينة عند ابي حنيفة رح وفي الذخيرة اذا حجد الغريم الدين واراد الوكيل بالقبض ان يقيم البينة على الدين هل تقبل بينته على قول ابي حنيفة رح تقبل وعلى قولهما لا تقبل وقالا لا يكون خصما اي قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يكون الوكيل بقبض الدين خصما وبه اي قولهما رواية الحسن عن ابي حنيفة رح وقال الشافعي رح في الاصح واحمد في ظاهر الرواية لان القبض غير الخصومة فلم يكن التوكيل بالقبض توكيلا بالخصومة وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومة فلم يكن الرضى بالقبض رضى بها اي بالخصومة ولابي حنيفة رح انه اي الموكل وكله بالتملك اي وكل الوكيل بقبض الدين بتملك المقبوض بمقابلة ما في ذمة المديون قضاء لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها اذ قبض الدين نفسه اي قبض نفس الدين لا يتصور لانه وصف ثابت في ذمة من عليه الا ان جعل استيفاء العين حقه من حيث انه استثناء من قوله لان الديون تقضى بامثالها يعني ان الديون وان كانت تقضى بامثالها لا باعيانها لما ذكرنا آنفا الا ان قبض المثل جعل استيفاء العين التي في ذمة الدائن من وجه ولهذا يجبر المديون على الاداء ولو كان تملكا محضا لما اجبر عليه وكذا اذا اظفر الدائن بجنس حقه جعل له الاخذ بذا خلاصة ما ذكره الاسبيجابي في شرح هذا المقام واما صاحب الغاية فقال في شرحه لكن الشرع جعل قبضه استيفاء العين حقه من وجه لئلا يمتنع قضاء الديون لا يجوز الاستبدال بها والتوكيل بقبض الدين فانه اذا كان توكيلا بالتملك كان توكيلا بالاستقراض اذ التوكيل بقبض مثل مال الموكل لا عين ماله شرعا فصار التوكيل بالاستقراض باطلا انتهى قول صح بحث اذ لمانع ان يمنع امتناع التوكيل بقبض الدين على تقدير ان لا يجعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجه بجواز صحة التوكيل بقبض الدين على ركن التقييد

فاشبه الوكيل بأخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب وهذه اشبه بما نحن
الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الاخذ هما لك والوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل المباشرة

بجعله رسالة بالاستقراض من حيث المعنى والرسالة بالاستقراض جائزة وقد افصح عنه صاحب الذخيرة حيث قال وفي المسئلة نوع اشكال لان التوكيل بقبض الدين توكيل
بالاستقراض معنى لان الديون تقضى بامثالها فاذا قبضه رب الدين من المديون يصير مضمونا عليه وله على الغريم مثله فيلتقيان قصاصا وقد ذكرنا ان التوكيل بالاستقراض صحيح
والجواب ان التوكيل بقبض الدين رسالة بالاستقراض من حيث المعنى وليس كل توكيل بالاستقراض لانه لابد للوكيل بقبض العين من اضافة القبض الى موكله بان يقول ان
فلانا وكلني بقبض ماله عليك من الدين كما لابد للرسول في الاستقراض من الاضافة الى المرسل بان يقول رسلني فلان اليك يقول لك اقرضني كذا بخلاف الوكيل
بالاستقراض فانه يضيف الى نفسه فيقول اقرضني فصح ما ادعيناه انه رسالة معنى والرسالة بالاستقراض جائزة الى هنا كلامه ثم اعلم ان الامام الزيلعي قد ذكر في
شرح الكنز ما ذكره صاحب الذخيرة من الاشكال والجواب المذكورين وقال بعد ذكره في النهاية وعزاه الى الذخيرة ثم قال وفي هذا السؤال حسن والجواب غير ناهض على قول
ابي حنيفة رح فانه لو كان سؤالا لما كان لان يخاصم انتهى قول ليس ذاك بسديد اذ ليس المراد ان الوكيل بقبض الدين سؤال من كل وجه حتى لا يكون خصما بل المراد انه سؤال
بالاستقراض بالنظر الى قبض مثل الدين ابتداء ووكيل بالتملك بالنظر الى المقاصة الحاصلة بعد ذلك كونه خصما حكم مترتب على الثاني دون الاول فلا غبار على الجواب
فاشبه اي الوكيل بقبض الدين الوكيل باخذ الشفعة يعني انه اشبه ذلك في كونه خصما فانه اذا اقام المشتري البينة على تسليم الموكل الشفعة قبل
والرجوع في الهبة بالجر عطف على اخذ الشفعة اي فاشبه ايضا الوكيل بالرجوع في الهبة فانه اذا اقام الموهوب له البينة على الوكيل بالرجوع على ان الموكل الواهب
اخذ العوض تقبل والوكيل بالشراء بالنصب عطف على الوكيل باخذ الشفعة اي فاشبه ايضا الوكيل بالشراء فانه خصم يطالب بحقوق العقد ويرد اليه ما قبضه
عما قبله باعادة لفظ الوكيل كثير فائدة والقسمة بالجر عطف على الشراء اي فاشبه ايضا الوكيل بالقسمة فان احد الشريكين اذا وكل رجلا بان يقاسمهم مع شريكه فاقام
الشريك البينة عليه بان الموكل قبض نصيبه فانها تقبل والرد بالعيب بالجر عطف على الشراء ايضا اي فاشبه ايضا الوكيل بالرد بالعيب على البائع فان البائع اذا
اقام البينة عليه بان الموكل رضي بالعيب تقبل وهذه اي مسئلة الكتاب وهي مسئلة الوكيل بقبض الدين وفي بعض النسخ وهذا اي الوكيل بقبض الدين اشبه باخذ الشفعة
اي اشبه بالوكيل باخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء كذا صرحوا به في شروح الجامع الصغير واعلم ان شراح الهداية قد افترقوا في تفسير معنى كلام المصنف هذا وتبيين المراد منه
عليه ههنا فقال صاحب النهاية اي الوكيل بقبض الدين اشبه بالوكيل باخذ الشفعة من الوكيل بالشراء وذكر هذا المعنى صاحب العناية وغاية البيان ايضا لكن بطريق
النقل عن شروح الجامع الصغير بعبارتين فقال صاحب العناية قالوا في شروح الجامع الصغير وهذه اي مسئلة الوكيل بالقبض اشبه بالوكيل باخذ الشفعة منها بالوكيل
بالشراء وقال صاحب الغاية قالوا في شروح الجامع الصغير ان الوكيل بقبض الدين اشبه بالوكيل باخذ الشفعة من الوكيل بالشراء وقال تاج الشريعة اي مسئلة
الوكيل بقبض الدين اشبه بمسئلة الوكيل باخذ الشفعة من المسائل الثلث الآخر وعلل ذلك بان في هذه المسائل لما لم توجد المباشرة لا تثبت الوكالة بخلاف مسئلة
الشفعة وقبض الدين والهبة وذهب صاحب معراج الدراية والشارح العيني ايضا ولكن لم يعنوا ذلك الثلث الآخر من بين المسائل الاربع الباقية بعد مسئلة الوكيل باخذ الشفعة
ثم المراد من تبيين وجه الاشبهية بقوله حتى يكون خصما قبل القبض اي حتى يكون الوكيل بقبض الدين خصما عند ابي حنيفة رح قبل قبض الدين كما يكون اي كما
اي قبل اخذ العقار هنالك اي في التوكيل باخذ الشفعة فالوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء فاقتراقا قال الامام الزيلعي بان المذكور هنا يشعر بكون المراد بالمفصل عليه
في قوله او امر وهذه اشبه باخذ الشفعة هو الوكيل بالشراء فيكون معناه ان مسئلة الوكيل بقبض الدين اشبه بمسئلة الوكيل باخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء كما صرح به شراح
الجامع الصغير وذهب اليه فرقة من شراح الهداية واختاره ايضا في شرحنا هذا لك بناء على هذا ولكن يبقى شبهة وهو ان الوكيل ان لم يكن خصما قبل المباشرة كما ذكر
في المسائل الاربع الباقية ايضا لا يظهر تخصيص مسئلة الوكيل بالشراء بالذكر وجعل المفصل عليه اياها فقط وجه وان كان خصما قبل فلك في تلك المسائل ايضا كما هو الظاهر

ومذا لان المبادلة تقتضي حقوقا وهو اصيل فيها فيكون خصما فيها قال والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة لانه امين ممن والقبض ليس بمبادلة فاشبه الرسول حتى ان من وكل وكيلا بقبض عبد له فاقام الذي هو في يده البينة على ان الموكل باعه اياه وقف الامر حتى يحضر الغائب وهذا استحسان والقياس ان يدفع الى الوكيل لان البينة قامت لاعلى خصم فلم تعتبر وجه الاستحسان انه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فيقتصر يده وان لم يثبت البيع حتى لو حضر الغائب تعاد البينة على البيع فضما كما اذا اقام البينة على ان الموكل عزله عن ذلك فانها تقبل في قصر يده كذا هنا قال وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك معناه اذا اقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والامة على العتاق على الوكيل بقبضهم تقبل في قصر يده

سيما في مسئلة التوكيل بالقسمة اذ لا شك ان الشريك الآخر لو اقام البينة قبل ان تقسيم الوكيل بالقسمة فوكل بتقسيمه على ان الموكل قبض نصيبه منه تقبل بينته لا لتقصير تحقق من الوكيل بقبض الدين بالوكيل باخذ الشفعة وجه اذ يصير الوكيل بقبض الدين حينئذ اشبه بتلك المسائل ايضا من الوكيل بالشراء فتامل وهذا اشارة الى مطلع نكتة ابي حنيفة رح بقوله انه وكله بالتملك لان المبادلة تقتضي حقوقا كالتسليم والتسلم وغير ذلك وهو اي الوكيل بالتملك اصيل فيها اي في الحقوق فيكون خصما فيها اي في الحقوق يعني كان الموكل امر الوكيل بتملك مثل الدين الذي على المديون وذلك مبادلة والمامور بالمبادلة يكون اصيلا في حقوق المبادلة كذا في النهاية واكثر الشروح وقال صاحب العناية قوله وهذا اشارة اليه اشار اليه ما تمم سبيل ابي حنيفة رح وهو ان الوكيل بالتملك اصيل في الحقوق انتهى فسيلك الاختيار ثم الاختيار واعترض بعض الفضلاء على كلام المص ههنا حيث قال فيه بحث فان المبادلة اعم من الوكيل بل من كلمة فكيف يكون الوكيل اصيلا في حقوقها وقال فان قبيل المبادلة في التملك باخذ الدين قلنا ذلك التبع بعد فتامل انتهى اقول ليس ندا بمتوجه لان تعلق بعض الحقوق التي قبل وقوعه ليس بعزيز الا يرى ان حق الخصومة يثبت للوكيل باخذ الشفعة قبل وقوع الاخذ فكذا ههنا وقد اشار اليه المص رح بقوله وهذه اشبه باخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الاخذ هناك ثم ان التحقيق ان قبض الدين ان كان مبادلة من جهة كون الديون تقضى بامثالها الا انه استيفاء لعين الحق من وجه كما مر فاشبه المبادلة تعلق حق الخصومة بالوكيل والشبهة باخذ عين الحق جاز الخصومة قبل وقوع التملك بقبض الدين ويرشد اليه ما ذكره الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير حيث قال لان قال لو كان وكيلا بالمبادلة وجب ان يلحقه العهدة في المقبوض لانا نقول انما لا يلحقه العهدة في المقبوض لان قبض الدين وان كان مبادلة من الوجه الذي ذكرناه فهو استيفاء عين الحق من وجه لان من الديون ما لا يجوز الاستبدال به فاشبه المبادلة جعلناه خصما واشبه باخذ العين لا يلحقه العهدة في المقبوض عملا بهما انتهى قال اي محمد رح في الجامع الصغير والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة بالاجماع اي باتفاق اصحابنا وللشافعي رح واحمد فيه قولان كما في قبض الدين لانه اي لان الوكيل بقبض العين امين محض حيث لا مبادلة ههنا لانه يقبض عين حق الموكل والقبض اي قبض العين ليس بمبادلة فاشبه الرسول حتى ان من وكل وكيلا بقبض عبد له اي للموكل فاقام الذي هو في يده اي فاقام ذو اليد البينة على ان الموكل باعه اي باع العبد اياه اي ذا اليد وقف الامر حتى يحضر الغائب ان الموكل وهذا اي وقوف الامر استحسان اي مقتضى الاستحسان والقياس اي شيء ان يدفع اي العبد الى الوكيل ولا يلتفت الى بينة ذي اليد لان البينة قامت لا على خصم بناء على ان الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة فلم تعتبر اي البينة وجه الاستحسان انه اي الوكيل خصم في قصر يده اي في حق قصر يده نفسه عن العبد لقيامه مقام الموكل في القبض فيقتصر يده اي يد الوكيل يعني يصير اثر البينة مجرد قصر يده لا اثبات البيع وان لم يثبت البيع حتى لو حضر الغائب يعاد الموكل تعاد البينة على البيع يعني لو حضر الموكل لا بد لذي اليد من اعادة اقامة البينة على البيع في محضر الموكل لان البينة السابقة في اثبات البيع لعدم كون الوكيل خصما من هذه الجهة فصار هذا كما اذا اقام اي ذو اليد البينة على ان الموكل عزله اي عزل الوكيل عن ذلك اي عن التوكيل بقبض العين فانها تقبل اي فان البينة تقبل هناك في قصر يده اي في حق قصر يده كذا هذا اي ما نحن فيه قال اي محمد رح في مختصره وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك كالارتهان فانه اذا ادعى صاحب اليد الارتهان من الموكل واقام بينة على ذلك تقبل في حق قصر يده لا في ثبوت الارتهان في حق الموكل كذا في الشروح قال المص رح ومعناه اي معنى قول محمد رح وكذلك العتاق والطلاق اذا اقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والامة اي واذا اقام العبد والامة البينة على العتاق على الوكيل بقبضهم تقبل يعني اذا اقاموا البينة على الوكيل بقبضهم المولى الموكل يعني اذا اراد الوكيل نقل المرأة الى زوجها الموكل نقلها اليه واراد الوكيل بقبض العبد والامة ونقلهما الى مولاهما الموكل قبضهما ونقلهما اليه فاقامت المرأة البينة على الوكيل بنقلها على ان زوجها طلقها واقام العبد والامة البينة على الوكيل بنقلهما على ان مولاهما اعتقهما فانها تقبل في قصر يده اي في حق قصر

حتى يحضر الغائب استحسانا دون العتق والطلاق قال واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز اقراره عليه
ولا يجوز عند غير القاضي عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله استحسانا الا انه يخرج من الوكالة وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز اقراره عليه
وان اقر في غير مجلس القضاء وقال زفر والشافعي لا يجوز في الوجهين وهو قول ابي يوسف اولا وهو القياس لانه مأمور بالخصومة
دون المنازعة والاقرار يضاده لانه مسالمة ولا مر بالشيء ليس بتناول ضده ولهذا لا يملك الصلح والابراء ويجوز اذا استثنى الاقرار

يد الوكيل عنهم حتى يحضر الغائب اي الى ان يحضر الغائب استحسانا اي لقبول استحسانا واما قياسا فلا تقبل لقيامها لا على خصومة في العتق والطلاق ان لا تقبل في حق
ثبوت العتق والطلاق لا قياسا ولا استحسانا وذلك لان الوكيل ليس بخصم في اثبات العتق والطلاق وان كان خصما في قصر يده ولهذا ليس من ضرورة قصر يده القضاء
بالعتق والطلاق على الغائب فتقبل في القصر دون غيره وجملة الكلام بهذه المسائل ان البينة قامت على شيئين على البيع والعتق والطلاق وعلى قصر يد الوكيل
خفي حق زوال الملك عن الموكل قامت لا على خصم وفي حق قصر يد الوكيل قامت على خصم فيقبل في حق قصر يده لا في حق ازالة ملك الموكل قال اي القدوري في مختصره
واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي متعلق باقر اي اقر عند القاضي جاز اقراره عليه لحلق الاقرار والموكل ليتناول اسم الموكل للمدعي والمدعى
عليه فان هذا الحكم وهو جواز اقرار الوكيل على موكله لا يتفاوت بين ان يكون موكله مدعيا او مدعا عليه سوى ان معنى الاقرار يختلف بحسب اختلاف الموكل
فاقرار وكيل المدعي هو ان يقر ان موكله قبض هذا المال واقرار وكيل المدعى عليه هو ان يقر بوجوب المال على موكله كذا في النهاية ومعراج الدراية وخلاصة هذا
ما قاله صاحب العناية سواء كان موكله المدعي فاقر باستيفاء الحق او المدعى عليه فاقر بثبوته ويقرب منه ما قاله صاحب الكافي ولا فرق بين ان يكون للوكيل
بالخصومة من المدعي فاقر بالقبض او الابراء او من المدعى عليه فاقر عليه بالحق ولا يجوز عند غير القاضي اي لا يجوز اقرار الوكيل بالخصومة على موكله عند
غير القاضي عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله استحسانا وقوله استحسانا يتعلق بقوله جاز وبقوله لم يخرج كما ذكر في النهاية فتامل الا انه يخرج عن الوكالة فلا يبقى
المال اليه ولو ادعى بعد ذلك واقام بينة على ذلك لا تسمع بينته وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي وعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تبطل الوكالة على رواية
الاصل لانه زعم انه مبطل في دعواه وقال ابو يوسف رح يجوز اقراره عليه وان اقر في غير مجلس القضاء وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز في الوجهين
اي في مجلس القاضي وفي غير مجلسه به قال مالك واحمد وابن ابي ليلى رحمهم الله وهو اي قول زفر رح والشافعي رح قول ابي يوسف رحمه الله اولا وهو القياس
اي مقتضاه لانه اي الوكيل مأمور بالخصومة وهو اي الخصومة منازعة ومشاجرة والاقرار يضاده اي يضاد الخصومة التي هي المنازعة وتذكير الضمير باول الامر
لانه اي الاقرار مسالمة ومساعدة والامر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا اي ولاجل عدم تناول الامر بالشيء ضده ولذلك الشيء لا يملك اي الوكيل بالخصومة اصلا والابراء
وكذا لا يملك الهبة والبيع كما مر بيانه في الكافي وغيره فان في كل واحد من هذه الافعال ما يضاد الخصومة ويصح اي يصح التوكيل بالخصومة اذا استثنى الاقرار بان قال
وكلتك بالخصومة غير جائز الاقرار او بان قال وكلتك بالخصومة بشرط ان لا تقر على قال صاحب النهاية هذه المسألة دليل من يقول ان التوكيل بالخصومة لا يتناول
الاقرار فوجه الدلالة هو ان التوكيل بالخصومة ولو كان مجازا للمطلق الجواب كان ينبغي ان لا يصح استثناء الاقرار من التوكيل بالخصومة وذلك لان المراد من الجواب
اما الاقرار او الانكار لا كلاهما بالاتفاق ثم في صحة استثناء الاقرار عن الجواب يلزم استثناء الكل من الكل وذلك لا يجوز والدليل على هذا ان التوكيل بالخصومة
غير جائز الانكار لا يصح لما قلنا فعلم بهذا ان التوكيل بالخصومة ليس بمجاز المطلق الجواب انتهى كلامه اقول فيه نظر لانه ان اراد بقوله لان المراد من الجواب
اما الاقرار او الانكار لا كلاهما بالاتفاق ان المراد من الجواب اما الاقرار وحده او الانكار وحده لا ما يعمهما بالاتفاق فلا نسلم ان الامر كذلك واذا المراد من الجواب
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ما يعم الانكار والاقرار بطريق عموم المجاز دون احدهما عينا كما سيأتي بيانه مفصلا ومشروحا سيما من الشارح المذكور وان اراد
بذلك ان المراد منه احدهما لا بعينه لا نجموعهما معا في حالة واحدة فهو مسلم اذ لا يصح جمع الانكار والاقرار معا في جواب صنعة واحدة ولكن لا نسلم حينئذ قوله ثم في
صحة استثناء الاقرار عن الجواب يلزم استثناء الكل من الكل اذ اللازم فيها حينئذ انما هو استثناء البعض من الكل كما لا يخفى قوله والدليل على هذا ان التوكيل بالخصومة
غير جائز الانكار لا يصح لما قلنا ليس بتام ايضا اذ يصح استثناء الانكار في ظاهر الرواية كما يصح استثناء الاقرار نص عليه في الذخيرة وغيرها ثم اقول وبهذا ظهر ضعف

وكذا الوكيل بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة لجريان العادة بذلك ولهذا يختار فيه الاهدى فالاهدى

مافي كلام غاية البيان الضمائي هذا المقام حيث قال في تقرير المحل وكما لو وكله بالخصومة واستثنى الاقرار فاقر الوكيل لم يصح اقراره لان لفظ التوكيل بالخصومة لم يتناول الاقرار فلو صححنا ولم نبطل الاستثناء وصح الاقرار لان الخصومة شئ واحد والاستثناء من شئ واحد لا يجوز انتهى فانه اراد بقوله لان الخصومة شئ واحد انها امر واحد في الامتداد فيه اصلا فليس كذلك قطعا وان اراد بذلك انها واحد من حيث المفهوم فهو لا ينافي تعددها من حيث الافراد وصحة استثناء بعض افرادها منها عند التوكيل بها كما لا يخفى وقال تاج الشريعة في حل هذا المقام معناه ان الاقرار لو كان من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه كما لو استثنى الانكار وكما لو وكل بالبيع على ان لا يقبل الثمن او لا يسلم المبيع انتهى اقتفى اثره صاحب العناية في حل المقام لكن اورد عليه حيث قال اولا كان الاقرار من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه كما لو استثنى الانكار وكما لو وكل بالبيع على ان لا يقبل الثمن او لا يسلم المبيع ثم قال وفيه نظر لانه لو لم يتناوله والمانع الاستثناء لصح اقول نظره ساقط جدا لان عدم التناول انما يمنع صحة الاستثناء المتصل دون المنقطع ويجوز ان يكون هذا صحة الاستثناء الاقرار من الوكيل بالخصومة شرعا هو الاستثناء المنقطع فلا يلزم المحذور ثم قال وثانيا سلمنا صحة الاستثناء الاقرار من التوكيل بالخصومة من يقول بصحة استثناء الاقرار من التوكيل بالخصومة على ما هو الحق لا يقول بكون الاقرار من حقوق التوكيل بالخصومة بل يقول بكونه من جنس يمينه كما سيظهر من تقرير المصنف رح فلا يكون قوله يصح اذا استثنى الاقرار على المعنى المذكور حجة عليه فليتأمل في التقرير واعلم ان الشارح الكاكي والشارح العيني جعلا قول المصنف رح ويصح اذا استثنى الاقرار جوابا عن سؤال يرد على قولهم اي على قول زفر والشافعي رح وقول ابي يوسف رح اولا وقرر السؤال والجواب بما لا يخفى حاصلا له كما لا يخفى على الفطن الناظر في كلامهما ولما رأينا تفصيل ذلك اطنابا مملا اعرضنا عنه على ان مال ما ذكره الكاكي في تقرير الجواب ما ذكر في النهاية وما مال ما ذكره العيني في تقريره ما ذكر في غاية البيان وقد عرفت حالهما وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة يعني الانكار اذ العادة في التوكيل جرت بذلك ولهذا يختار فيها الاسهى في الخصومة الاهدى فالاهدى والاقرار لا يحتاج الى زيادة الهداية قال صاحب النهاية هذه المسئلة مبتدأة خلافية ليس ايرادها على وجه الاستشهاد يعني لو وكله بالجواب مطلقا فهو على هذا الاختلاف ايضا كذا في المختلفات البرهانية انتهى وقد اقتفى اثره في ذلك اكثر الشراح الا ان صاحب العناية ذكره بطريق النقل عن النهاية وقال صاحب غاية البيان وكان هذا سهو القلم من صاحب الهداية وظني انه اراد بذلك فكذا فيما لو وكله بالخصومة متقيد بجواب هو خصومة على وجه النتيجة بيانه انه لما كان الامر بالشئ لا يتناول ضده حتى لا يملك الوكيل الصلح وصح استثناء المقر الاقرار انتج ان الوكيل بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار لا بجواب هو ضده وهو الاقرار ولما ان التوكيل بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة يختار فيه التوكيل بالخصومة الاهدى فالاهدى في الخصومة فالاهدى لا يكون تصحيح كلام صاحب الهداية باجرائه على ظاهره لانه لو وكله بالجواب مطلقا لا يتقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار لان المأمور به هو مطلق الجواب ولا يشمل الانكار والاقرار جميعا بخلاف المأمور بالخصومة اذ يجوز ان يقول زفر رح بين الخصومة والاقرار مضادة ولهذا صرح علاء الدين ما لعالم في طريقة الخلاف انه لو وكله بالجواب المطلق فاقر يصح فعلم انه اذا وكله بالجواب المطلق لا تتقيد بجواب هو خصومة وقد تحير بعض الشارحين في هذا المقام فقال هذه مسئلة مبتدأة لا للاستشهاد الى هنا كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلان كون الكلام المذكور من قبيل سهو القلم خاطر ان مراد بذلك مما لا ينبغي ان ينسب الى من له ادنى تمييز فضلا عن ان ينسب الى صاحب الهداية ذلك الامام الذي لن يسمح بمثله الاداوما دار الفلك الدوار فان بين الكلام المذكور ومأطنه مراد بذلك بونا بعيدا من حيث اللفظ والمعنى فاني تيسر الحمل على ان يكون احدهما سهوا عن الآخر واما ثانيا فلانا لا نسلم عدم امكان تصحيح كلام صاحب الهداية باجرائه على ظاهره قوله لانه لو وكله بالجواب مطلقا لا يتقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار قلنا ان اراد به انه لو وكله بالجواب مطلقا لا يتقيد على قول ابي حنيفة رح ومحمد رح وقول ابي يوسف رح آخرا الجواب هو خصومة فهو مسلم لكن لا يضر بتصحيح كلام صاحب الهداية باجرائه على ظاهره بناء على قول زفر والشافعي رحمهما الله وقول ابي يوسف رح اولا كما هو مراده قطعا وان اراد بذلك انه لو وكله بالجواب مطلقا لا تقيد على قول زفر رح والشافعي رح وقول ابي يوسف رح اولا ايضا بجواب هو خصومة فهو ممنوع كيف وقد صرح في المختلفات البرهانية بان هذه المسئلة ايضا على الاختلاف المذكور في التوكيل بالخصومة

وجه الاستحسان ان التوكيل صحيح قطعا وصحته يتناول لما يملكه قطعا وذلك مطلق الجواب دون احدهما عينا

قوله لان المامور به هو مطلق الجواب وهو يشمل الانكار والاقرار جميعا بخلاف المامور بالخصومة اذ يجوز ان يقول زفر رح بين الخصومة والاقرار مضادة قلنا لزفر رح ان يقول في مسئلة التوكيل بالجواب مطلقا ان الامر منصرف الى جواب الخصومة اذ العادة في التوكيل جرت بذلك ولهذا يختار الاهدى فالاهدى في الوكالة بالخصومة بدلالة العرف صرح بهذا التقرير في الكافي والتبيين ولا شك ان اتفاق جواب المتين لا يقتضي اتحاد دليلهما قوله ولهذا صرح علاء الدين العالم في طريقة الخلاف انه لو وكله بالجواب المطلق فاقر يصح قلنا لا يدل ما صرح به علاء الدين العالم في طريقة الخلاف على انه لو وكله بالجواب المطلق فاقر يصح عند جميع الائمة حتى زفر رح والشافعي رح فلا تتم مطلوبه وانما صحته وذلك عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف رح على قول الآخرة فيما لا شك فيه احد فاندفع ما اشتبه عليه ههنا نجد لغيره ثم اقول الانصاف ان كون ما ذكره المصنف رح ههنا مسئلة مبتدأة خلافية غير مورودة على وجه الاستشهاد وكما اختاره جمهور الشراح مما لا يسوغ بشان المصنف رح وهو لبعد وبيان ادلة اقوال المجتهدين في مسئلة التوكيل بالخصومة فما الضرورة في شروع مسئلة اخرى اثناء ذكر ادلة هذه المسئلة قبل تمامها فالوجه عندي ان غرض المصنف رح ذكرت ههنا على وجه الاستشهاد يعني لو وكله بالجواب المطلق صريحا لتناول الاقرار بل تقييد بجواب هو خصومة وهو الانكار بدلالة العرف ولهذا يختار فيها الاهدى فالاهدى فكيف يتناول الاقرار ما اذا وكله بالخصومة بجر احتمال ربما دار بالخصومة مطلق الجواب مجازا لعموم مسئلة التوكيل بالجواب مطلقا ايضا على الاختلاف المذكور في التوكيل بالخصومة كما صرح به في المختلفات البرهانية ولا يحصل بها الزام الخصم الا ان ذكرها ههنا من قبيل ما لا يختلف على المختلف فيصير استشهادا تحقيقيا عند المستدل وان لم يكن الزاميا ونظيره الاكثر من ان يحيى فتدبر وجه الاستحسان ان التوكيل يعني التوكيل المعهود المذكور وهو التوكيل بالخصومة صحيح قطعا اي صحيح من كل وجه بالاجماع وصحته يتناول له ما يملكه قطعا اي صحة هذا التوكيل يتناول له ما يملكه الموكل قطعا لان التوكيل بغير المملوك تصرف في غير ملكه وهو غير صحيح قال صاحب غاية البيان ولا يلزم على هذا توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر وشرائها فانه يجوز على مذهب ابي حنيفة رح مع ان المسلم لا يملك ذلك نفسه لانا نقول ان ذلك مملوك للمسلم ضمنا وحكما للتصرف الوكيل وان لم يكن مملوكا قصدا على وجه لا يلحقه اللوم والاثم في ذلك على انا نقول ان للمسلم ولاية في نفس التصرف لكونه حراعاقلا بالغا على وجه يلزمه حكم التصرف فيما تصرف به لا ايته ولا يشترط ان يكون للموكل ولاية في كل الافراد وقد مضى بيان ذلك في اوائل كتاب الوكالة عند قوله ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام انتهى كلامه اقول في جوابه الثاني بحث لانه لا يدفع النقض اللازم ههنا بصحة توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر وشرائها عند ابي حنيفة رح على ما يجيء فانه اذا لم يشترط ان يكون للموكل ولاية في كل الافراد فجاز عند ابي حنيفة رح بناء على ذلك توكيل المسلم الذمي بما لا يملكه نفسه وهو بيع الخمر وشرائها ينبغي ان يجوز عنده فيما نحن فيه ايضا صحة التوكيل بما لا يملكه الموكل بناء على ذلك فلا تتم قوله وصحته يتناول له ما يملكه قطعا وقال صاحب العناية وان اختلج في ذهنك صحة توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر فتذكر ما تقدم فيه انتهى اقول الذي يقدم فيه من صاحب العناية هو قوله في اوائل كتاب الوكالة بصدر شرح قول المصنف رح ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف قال صاحب العناية ان هذا القيد وقع على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله واما على قول ابي حنيفة رح فمن شرطها ان يكون الوكيل ممن يملك التصرف لان المسلم لا يملك التصرف في الخمر ولو وكله به لا يجوز عنده ومنشأ هذا التوهم ان جعل اللام في قوله تملك التصرف للعهد اي يملك التصرف الذي وكل به واما اذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازا عن الصبي والمجنون فيكون على مذهب الكل وهو المراد انتهى ولا يخفى ان ما ذكره صاحب غاية البيان في جوابه الثاني وقد بينا انه لا يدفع النقض ههنا بل يؤيده وذلك اي ما يملكه الموكل مطلق الجواب للتناول للانكار والاقرار جميعا دون احدهما عينا اي دون احد الجوابين بعينه لانه ربما يكون احدهما بعينه حراما لان خصمه ان كان محقا يجب عليه الجواب بالاقرار وان كان مبطلا يجب عليه الجواب بالانكار فلا يملك المعين منهما قطعا فلا يصح التوكيل به قطعا بل يصح من وجه دون وجه وحيث صح من كل وجه علم انه يتناول مملوكه من كل وجه وهو مطلق الجواب المدخل

وطريق المجاز موجود على ما نبينه ان شاء الله تعالى فيصرف اليه تحريا للصحة قطعا ولو استثنى الاقرار فعن ابي يوسف انه لا يصح لانه لا يملكه وعن محمد انه يصح لان التنصيص زيادة دلالة على ملكه اياه وعند الاطلاق يحمل على الاول وعنه انه فصل بين الطالب والمطلوب فلم يصححه في الثاني لكونه مجبورا عليه وغير الطالب فيه

تحته كل واحد منهما وطريق المجاز اى بين الخصومة ومطلق الجواب موجود على ما نبينه ان شاء الله تعالى على ما سيأتى عن قريب عند بيان وجه قول ابى حنيفة رحمه الله فى هذه المسئلة فيصرف اليه اى فيصرف التوكيل بالخصومة الى التوكيل بمطلق الجواب تحريا للصحة قطعا اى تحريا للصحة كلام للموكل قطعا فان كلام العاقل يصان عن الالغاء ولو استثنى الاقرار فعن ابى يوسف رح انه لا يصح جواب عن مستشهد زفر رح والشافعى رح يعنى لا نسلم صحة هذا الاستثناء بل لا يصح على قول ابى يوسف رح كما ذكره شيخ الاسلام فى شرح الجامع الصغير وفى اصول الفقه ايضا انه اى لان الموكل لا يملكه اى لا يملك الاستثناء لان ملكه يستلزم بقاء الانكار عينا وقد لا يبقى ملكه كما مر آنفا كذا ذكر فى العناية وكثير من الشروح اولا ان من اصله ان صحة الاقرار باعتبار قيامه مقام الموكل لا لانه من الخصومة فيصير ثابتا بالوكالة حكما لها فلا يصح استثناؤه كما لو وكل بالبيع على ان لا يقبض الوكيل الثمن او لا يسلم المبيع فان ذلك الاستثناء باطل كذا هذا كذا ذكر فى الكافى وفى بعض الشروح وعن محمد رح انه يصح يعنى ولئن سلمنا ان استثناء الاقرار يصح كما قال محمد رح فى ظاهر الرواية لكنه انما يصح لان التنصيص على التخصيص الموكل على الاستثناء زيادة دلالة على ملكه اياه اى على تملكه الانكار وبيان ذلك انه انما يحمل له الانكار بجواز ان يكون خصمه محقا فاذا نص على استثناء الاقرار دل على انه يعلم يقينا ان خصمه مبطل حملا لامر المسلم على الصلاح فيتعين الانكار وعند الاطلاق اى عند اطلاق التوكيل بالخصومة من غير استثناء الاقرار يحمل على الاول اى يحمل كلامه على هو الاولى بحال المسلم وهو مطلق الجواب تحته اى عن محمد رح انه فصل بين الطالب والمطلوب اى فصل بين المدعى والمدعى عليه فى استثناء الاقرار عند التوكيل بالخصومة فصح استثناؤه فى الاول وهو الطالب ولم يصح فى الثانى وهو المطلوب لكونه اى لكون المطلوب مجبورا عليه اى على الاقرار كذا فى النهاية وفى العناية ايضا نقلا عن النهاية على ترك الانكار كذا فى كثير من الشروح وقال فى غاية البيان عن شمس الائمة كذلك ويقال لكون المطلوب شخصا يجبر عليه فى الخصومة وتخيير الطالب فيه اى فى اصل الخصومة فقط كما ذكر احد وجهى كذا فى الكفاية وذكر فى التتمة عن محمد رح انه يصح استثناء الاقرار من الطالب لانه مخير والا يصح من المطلوب لانه مجبور عليه يعنى ان الوكيل اذا كان من جانب المدعى صح استثناء الاقرار لان المدعى لما كان مخيرا بين الاقرار والانكار اذا استثنى الاقرار فائدة فى حقه واما اذا كان من جانب المدعى عليه فلا يصح استثناء الاقرار لانه لا يفيد ذلك لان المدعى يثبت ما ادعاه بالبينة على المدعى عليه او يضطر المدعى عليه على الاقرار بعرض اليمين عليه فيكون هو مجبورا على الاقرار فكذلك وكيله الا ان التوكيل عند توجه اليمين يحمل اليمين على موكله لان النيابة لا تجرى فى الايمان فلا يفيد استثناء الاقرار فائدة كذا فى النهاية ومعراج الدراية وقال صاحب العناية بعد ذكر ذلك مجملا ولقائل ان يقول ان المدعى قد يعجز عن اثبات دعواه بالبينة وقد لا يضطر المدعى عليه الى الاقرار بعرض اليمين لكونه محقا فيكون الاستثناء مفيدا واه الجواب ان المطلوب مجبور على الاقرار اذا عرض عليه اليمين وهو مبطل فكان مجبورا فى الجملة فلم يكن استثناؤه مفيدا فيه بخلاف الطالب فانه مخير فى كل حال فكان استثناؤه مفيدا الى هنا كلامه اقول فى الجواب نظر لانه اذا لم يتعين كون المطلوب مجبورا على الاقرار بل كان ذلك احتمالا محضا موقوفا على كونه مبطلا لم يتعين عدم الفائدة فى استثناء الاقرار بل كان فى ذلك ايضا احتمالا محضا فمجرد الاحتمال كيف يجوز اسناده الظن بالمسلم والغا كلام العاقل مع وجوب حمل امر المسلم على الصلاح وصيانة كلام العاقل عن الالغاء اقول بقى ههنا بحث وهو ان الطالب ايضا قد يكون مجبورا على الاقرار لان اقرار الطالب لا يتصور من حيث انه مدع اذ الدعوى والاقرار متباينان بل متضادان وانما يتصور ذلك من حيث انه مدعى عليه باستيفاء حقه من خصمه ولا شك ان الطالب من حيث انه مدعى عليه يعرض عليه اليمين فيكون مجبورا على الاقرار لا يقال المراد ان الطالب من حيث انه طالب اى مدع يصح منه استثناء الاقرار لعدم كونه مجبورا على الاقرار من هذه الحيثية بل مخير بخلاف المطلوب حيث انه مطلوب اى مدعى عليه فانه قد يكون مجبورا عليه لانا نقول الطالب من حيث انه طالب لما لم يتصور منه الاقرار قطعا لم يكن استثناء الاقرار هناك اصلا فضلا عن صحته فليتامل ثم قال صاحب العناية ولم يذكر المصنف الجواب عن صورة الصلح والابراء واجيب بانه انما لم يصح صلح الوكيل

فبعد ذلك يقول ابو يوسف الوكيل قائم مقام الموكل واقراره لا يختص بمجلس القضاء فكذا اقرار نائبه وهما يقولان ان التوكيل يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة او مجازا او الاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا اما لانه خرج في مقابلة الخصومة او لانه سبب له لان الظاهر اتيانه بالمستحق عند طلب المستحق وهو الجواب في مجلس القضاء فيختص به

بالخصومة لان الخصومة ليست بسبب داع الى الصلح او الى الابراء فلم يوجد مجوز المجاز وفيه نظر فان اقتضاءها الى الصلح والابراء ان لم يكن اشد من اقتضائها الى الاقرار فهو مثله لامحالة وايضا الخصومة والصلح متقابلان فينبغي ان تجوز الاستعارة والاولى ان يقال التوكيل بالخصومة ينصرف الى مطلق الجواب لما ذكرنا ومطلق الجواب اما بلى او نعم والصلح عقد آخر يحتاج الى عبارة اخرى خلاف ما وضع للجواب وكذلك الابراء فلا يتناولانه اللفظ الموضوع لمطلق الجواب لا حقيقة ولا مجازا الى هنا كلامه اقول فنظره الاول ساقط جدا اذ لا نسلم ان اقتضاء الخصومة الى الصلح والابراء اشد من اقتضائها الى الاقرار او مثل اقتضائها اليه كيف والخصم قد يضطر الى الاقرار عند عرض اليمين عليه بخلاف الصلح والابراء فان الخصم لا يضطر اليهما اصلا بل هو مختار فيهما مطلقا على انهما لا يتحققان باختيار الخصم فقط بل لا بد فيهما من اختيار المدعي معا والى هذا كله اشار الجيب وهو الشارح الاتقاني في تقريره حيث قال والجواب عن القياس على الصلح فنقول انما لم يصح صلح الوكيل لان الخصومة ليست بسبب داع الى الصلح بل هو تصرف ابتداء يتعلق باختيارهما انتهى فبعد ذلك شرع في بيان مأخذ الاختلاف الواقع بين الائمة الثلثة اي بعد ما ثبت ان التوكيل بالخصومة لا ينصرف الى مطلق الجواب او بعد ما ثبت جواز اقرار الوكيل بالخصومة على موكله يقول ابو يوسف رحمه في التسوية بين مجلس القضاء وغيره ان الوكيل قائم مقام الموكل فيقتضي هذا ان يملك ما كان الموكل يملكه واقراره اي اقرار الموكل انما يختص بمجلس القضاء لان الاقرار موجب حقيقي وانما يختص بمجلس القضاء ما لم يكن جوابا الا بانضمام القضاء اليه كما في النكول فكذا اقرار نائبه ايضا لا يختص بمجلس القضاء وهما اي ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله يقولان الفرق بين مجلس القضاء وغيره ان التوكيل اي التوكيل بالخصومة يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة وهو الانكار او مجازا وهو الاقرار لما مر انه ينصرف الى مطلق الجواب ومطلق الجواب مجاز عام يتناول بعمومه الحقيقة وهي الخصومة والمجاز وهو الاقرار والاقرار لا يكون خصومة مجازا الا في مجلس القضاء فما كان منه في غيره فليس بخصومة لا حقيقة وهو ظاهر ولا مجازا اذ الاقرار انما يكون خصومة مجازا من حيث انه جواب ولا جواب في غير مجلس القضاء فلا اقرار يكون خصومة مجازا في غيره فلا يتناوله الجواب الموكل به ثم ان طريق كون الاقرار من حيث انه جواب خصومة مجازا كما وعد المصنف بيانه فيما مر ما ذكره ههنا بقوله والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا اما لانه اي الاقرار خرج في مقابلة الخصومة جوابا عنها فسمي باسمها كما سمي جزاء العدوان عدوانا في قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وكما سمي جزاء السيئة سيئة في قوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها كذا في المبسوط والاسرار قال صاحب العناية فكان مجوزة التضاد وهو مجوز لغوي لما قررنا في التقرير انه لا يصلح مجوزا شرعيا وقال بعض الفضلاء بل الظاهر ان مجوزه المشاكلة اقول لا يخفى جلي من يعرف حقيقة المشاكلة وتمعن النظر في مباحثها ان المشاكلة بمعزل فيما نحن فيه وانما غره تمثيلهم ما نحن فيه بقوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها وقوله فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولكن جواز المشاكلة ايضا في دينك الموضعين من النظم الشريف لا يقتضي جوازه فيما نحن فيه تأمل تقف اولا انه اي الخصومة على تأويل الخاصم كذا في النهاية وغيرها وقال في معراج الدراية وفي بعض النسخ اولانها سبب له اي الاقرار وقد يسمى السبب باسم المسبب كما يقال صلوة العيد سنة مع انها واجبة باعتبار انها ثبتت بالسنة وكما يسمى جزاء السيئة سيئة اطلاقا لاسم السبب على المسبب فكان المجوز السببية قال في النهاية وهو مجوز شرعي نظير الاتصال الصوري في اللغوي كما عرف لان الظاهر اتيانه اي اتيان الخصم بالمستحق فيكون الخصومة سببا له حيث افضى اليه ظاهرا كذا ذكره تاج الشريعة واختاره العيني فحينئذ يكون قوله لان الظاهر الخ تعليلا لقوله اولانه سبب له وقيل هو تعليل لقوله والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا بملاحظة القصر في التقييد بقوله في مجلس القضاء يعني لا الاقرار في غيره فتأمل انتهى وتشعر به تحرير صاحب العناية حيث قال واما اختصاصه بمجلس القضاء فلان الظاهر اتيانه بالمستحق الخ فتفكر وهو اي المستحق الجواب في مجلس القضاء لا غير فيختص به اي فيختص جواب الخصومة بمجلس القضاء قال صاحب العناية ولو قال لان الواجب عليه اتيانه بالمستحق بدل لان الظاهر كان اولى وفي نادية المقصود انتهى وقال بعض الفضلاء انما لم يقل لان الواجب الخ لتطرق المنع

لكن اذا اقيمت البينة على اقراره في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يبقى مبدفع المال اليه
لانه صار مناقضا وصار كالاب او الوصي اذا اقر في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال اليه

على دعوى الوجوب وسنده ما مر في اول كتاب الوكالة من الشارح ما بين حكمها انتهى اقول ليس هذا الشئ الان مداره على زعم ان ضمير عليه وايتانه في قوله الان الواجب
عليه ايتانه بالمستحق راجع الى الوكيل من حيث انه وكيل وليس كذلك بل هو راجع الى الخصم وهو الموكل حقيقة وان عد الوكيل ايضا خصما لقيامه مقام الموكل
فالوجوب ههنا يصير حكم الخصومة لا حكم الوكالة ووجوب الجواب على الخصم مما لا يقبل المنع قطعا وما مر من صاحب العناية في اول كتاب الوكالة وهو جواز مباشرة
الوكيل ما فوض اليه انما هو حكم الوكالة وذلك لا ينافي كون الوجوب المذكور ههنا حكم الخصومة فلا يكاد يصلح سندا لمنع ذلك لا يرى انه يجب على الوكيل كثيرا من احكام مباشرة الوكالة
كما قالوا كل عقد لتصفيه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة وغيرهما فحقوقه تجب على الوكيل دون الموكل مع اطباقهم على ان حكم الوكالة جواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه
بالتوفيق في ذلك كله ان الوجوب حكم مباشرة والجواز حكم اصل الوكالة فلا تنفصل لكن اذا اقيمت البينة على اقراره اي على اقرار الوكيل في غير مجلس القضاء يخرج
من الوكالة هذا استدراك من قوله فتخصص به وفيه اشارة الى دفع ما يقال اذا لم يكن الاقرار في غير مجلس القضاء جوابا كان الواجب ان لا يكون معتبرا ولا يخرج
عن الوكالة ومعناه لكن اذا ثبت انه اقر عند غير القاضي خرج من الوكالة حتى لا يؤمر الا يؤمر الخصم بدفع المال اليه اي الى الوكيل لانه صار مناقضا في كلامه حيث كذب
نفسه بالقول الاول والمناقض الاول دعوى له قال في الكافي حتى لا يؤمر بدفع المال اليه لانه لا يمكن ان يبقى وكيلا بمطلق الجواب لانه لا يملك الانكار لانه يصير مناقضا
في كلامه فلو بقي وكيلا لبقي وكيلا بجواب مقيد وهو الاقرار وانما وكله بجواب مطلقا انتهى وصار اي صار الوكيل المقر في غير مجلس القضاء
كالاب او الوصي اذا اقر اي اقر واحد منهما في مجلس القضاء فانه لا يصح اقراره ولا يدفع المال اليه بيانه ان الاب او الوصي اذا ادعى شيئا للصغير فانكر المدعى عليه
صدقه الاب او الوصي ثم جاء يدعي المال فان اقرارهما لا يصح ولا يدفع المال اليهما لانهما خرجا من الولاية والوصاية في حق ذلك المال بسبب اقرارهما بما قاله
المدعى عليه فكذلك ههنا كذا ذكر في اكثر الشروح والاحسن ما ذكر في الكفاية من ان الاب والوصي اذا اقر على اليتيم في مجلس القضاء انه استوفى حقه لا يصح
اقرارهما عليه ولكن لا يدفع المال اليهما لزعمهما بطلان حق الاخذ وانما لا يصح اقرارهما لان في ذلك نظرا في الاقرار على الصغير انتهى واعلم ان حاصل
هذه المسئلة اعني مسئلة التوكيل بالخصومة على خمسة وجه الاول ان يوكله بالخصومة ولا يعرض لشئ آخر وفي هذا الوجه يصير وكيلا بالانكار بالاجماع ويصير وكيلا
بالاقرار ايضا عند علمائنا الثلثة الثاني ان يوكله بالخصومة غير جائز الاقرار وفي هذا الوجه يصير وكيلا بالانكار لان باستثناء الاقرار تبين ان التوكل ما يتناول
نفس الجواب انما تناول جوابا مفيدا بالانكار هكذا ذكر شيخ الاسلام في الاصل وذكر الامام فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع ان هذا الاستثناء
على قول ابي يوسف رح لا يصح وعند محمد رح يصح وهكذا ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح وكالة الاصل وفي الفتاوى الصغرى ان استثناء الاقرار من الطالب
يصح ومن المطلوب لا يصح عند محمد رح الثالث ان يوكله بالخصومة غير جائز الانكار وفي هذا الوجه يصير وكيلا بالانكار ويصح الاستثناء في ظاهر الرواية وعن
ابي يوسف رح لا يصح الاستثناء الرابع ان يوكله بالخصومة جائز الاقرار عليه وفي هذا الوجه يصير وكيلا بالخصومة والاقرار حتى لو اقر صح اقراره على الموكل عندنا
خلافا للشافعي رح ويجب ان يعلم ان التوكيل بالاقرار صحيح عندنا ولا يصير الموكل مقرا بنفس التوكيل عند ذكر محمد رح المسئلة في باب الوكالة بالصلح الخامس
ان يوكله بالخصومة غير جائز الاقرار والانكار وله رواية في هذا الوجه عن اصحابنا رح وقد اختلف المتاخرون فيه بعضهم قالوا لا يصح هذا التوكيل اصلا لان التوكيل
بالخصومة تركيب بين الخصومة واقرار وانكار فاذا استثنى كلاهما لم يفوض اليه شيئا وحكى عن القاضي الامام ما عدا النيسابوري انه قال الصحيح التوكيل ويصير الوكيل وكيلا بالسكوت
حتى حضر مجلس الحكم حتى يسمع البينة عليه وانما يصح التوكيل بهذا القدر لان ما هو مقصود الطالب وهو الوصول الى حقه بواسطة اقامة البينة يحصل به
كل ذلك من الذخيرة ثم اعلم انه لو اقر الوكيل بالخصومة في حد القذف والقصاص لا يصح اقراره لان التوكيل بالخصومة جعل توكيلا بالجواب مجازا بالاجتهاد

قال ومن وكل عاملا عن رجل فوكل صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك ابدا الا ان الوكيل من يعمل لغيره ولي بمحتها صاب ار عاملا لنفسه في ابراء ذمته فانعدم الركن

فيمكنت فيه شبهة العدم في اقرار الوكيل فصورت شبهة في ذي اليد بالشبهات كذا في التبيين قال اي محمد رح في الجامع الصغير ومن وكل عاملا فوكل صاحب المال بقبض اي بقبض المال عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك اي لم يكن التوكيل توكيلا في قبض المال الغريم ابدا اي لا بعد براءة الكفيل ولا قبلها حتى لو هلك المال في يده لم يهلك على الموكل اما بعد البراءة فلانها لما لم تصح حال التوكيل لما مر لم تنقلب صحيحة كمن كفل لغائب خاجازا بعد مائة فانها لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لما لم تصح ابتداء لعدم القبول فلا تنقلب صحيحة واما قبل البراءة فلما ذكره بقوله لان الوكيل من يعمل لغيره وهو ظاهر والكفيل ليس من يعمل لغيره فانه عامل لنفسه في ابراء ذمته فلو صحنا بها اي لو صحنا الوكالة فيما نحن فيه صار اي صار الوكيل عاملا لنفسه في ابراء ذمته لان قبضه يقوم مقام قبض الموكل وبقبضه تبرأ ذمة الكفيل فكذا التقبض وكيلا فانعدم الركن اي ركن الوكالة وهو العمل للغير فانعدم عقد الوكالة لانعدام ركنه وصار نظير ما لو وكل المحال اذا وكل المحيل بقبض الدين من المحال عليه لا يصير وكيلا لما قلنا فان قيل ينبغي ان يصير المديون بابرار نفسه عما عليه من الدين فانه يصح نص عليه في الجامع الكبير وان كان المديون في ابراء نفسه ساعيا في فكاك رقبته قلنا ذكر شيخ الاسلام في تعليل هذه المسئلة ان المديون لا يصلح وكيلا عن الطالب بابرار نفسه على خلاف ما ذكر في الجامع فكان للمنع فيه مجال كذا في الفوائد الظهيرية ولئن سلمنا ذلك فنقول ان الابراء تمليك بدليل انه يرتد بالرد فلا يرد علينا نقضا لان كلامنا في التوكيل لا في التمليك كذا في النهاية واكثر الشروح اقول في الجواب نظرا اما في المنع فلان ما ذكر شيخ الاسلام كيف يصح للمعارضة لما نص عليه محمد رح في الجامع حتى يكون للمنع فيه مجال واما في التسليم فلان النقض ليس بمقبول لان الابراء ليس بالتوكيل لا في التمليك على ان المنقوض ههنا ليس بنفس المسئلة بل لما لها المذكور فانه جاز بعينه في صورة توكيل المديون بابراء نفسه عما عليه من الدين مع تخلف الحكم وهو عدم الصحة هناك فلا فائدة في دفع ذلك للفرق المذكور واما كما لا يخفى للملهم الا ان يقال مرادهم ان التوكيل بالابراء في الصورة المذكورة تمليك حقيقة وان كان توكيلا صورة وكلامنا في التوكيل الحقيقي لا فيما هو توكيل صورة تمليك حقيقة والدليل المذكور انما يجري في التوكيل الحقيقي لان كون الوكيل عاملا للغير انما هو في ذلك وقيل الى هذا الوجه اشار صاحب الكافي في الجواب عن السؤال المذكور حيث قال فان قيل الدائن اذا وكل المديون بابراء نفسه عن الدين يصح نص عليه في الجامع وان كان المديون في ابراء نفسه ساعيا في فكاك رقبته قلنا انما يصح تمليكا لا توكيلا كما في قوله طلقي نفسك انتهى قال صاحب الكفاية بعد نقل السؤال والجواب عن الكافي قلت لو كان تمليكا لاقتضر على المجلس لا يقتضر انتهى اقول يمكن ان يعارض هذا بانه لو لم يكن تمليكا لما ارتد بالرد كما اشار اليه السغناقي في سائر الشروح حيث قيل ان الابراء تمليك بدليل انه يرتد بالرد فتدبر ثم ان الامام الزيلعي ذكر السؤال المذكور وجوابه في شرح الكنز على نهج ما ذكر في الكافي بنوع تغيير عبارة في السؤال والجواب حيث قال فان قيل الدائن اذا وكل المديون بابراء نفسه عن الدائن يصح ان كان عاملا لنفسه ساعيا في براءة رقبته قلنا ذلك تمليك وليس بتوكيل كما في قوله طلقي نفسك انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال بعد نقل ذلك عنه فيه بحث لانه ان اراد انه تمليك للدين فمسلم لكن لا نسلم انه ليس تمليكا الا ان يقال انه من قبيل المبالغة في التشبيه وان اراد انه تمليك للابراء كما في طلقي نفسك فانه تمليك للطلاق فالتوكيل ايضا تمليك للتصرف للموكل لانه كما علم في الدرس السابق ايضا انتهى اقول يجوز ان يختار كل واحد من شقي الترديد اما الاول فلسقوط منع ذلك بانا لا نسلم ان الدين عليه بانه لو لم يكن تمليكا للدين بل كان استساطا له لما ارتد بالرد فان الاستساط لا يرتد بالرد على ما عرف وقد اشار اليه الشراح بقولهم الابراء تمليك بدليل انه يرتد بالرد واما الثاني فلسقوط بعض ذلك بالتوكيل على ما مر في صدر كتاب الوكالة او انه لا نسلم ان غير مقام نفسه في تصرف معلوم فهو انابة محضة لا تمليك شيء اصلا فقوله فالتوكيل ايضا تمليك للتصرف الموكل به كما علم في الدرس السابق ايضا ممنوع جدا اذ لم يعلم قط لا في الدرس السابق ولا في موضع

ومر ان قبول تولي ملازم للوكالة لكونه امينا ولو صحيحا هاهنا لا يقبل لكونه مبرئا نفسه فينعدم بانعدام لازمته وهو نظير عبد مأذون مديون اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء ولطالب العبد بجميع الدين فلو وكل الطالب بقبض المال من العبد كان باطلا لما بينا قال ومن ادعى انه وكيل الغائب في دينه قصدقه الغريم امر بتسليم الدين اليه لانه اقرار على نفسه لان ما يقضيه خالص ماله فان حضر الغائب فصدقه والا دفع اليه الغريم الدين ثانيا لانه لم يثبت الاستيفاء حيث انكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الاداء ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يده لان عرضه من الدفع برأءة ذمته ولم يحصل فلا ان ينقض قبضه وان كان ضاع في يده لم يرجع عليه لانه تصادقه اعترف انه محق في القبض وهو مظلوم في هذا الاخذ والمظلوم لا يظلم غيره

آخر ان التوكيل تمليك حتى لم يصح توكيل الصبي المحجور لكونه مقابلا بالتمليك في مواضع شتى سيما في باب تفويض الطلاق من كتاب الطلاق ثم قيل ينبغي ان يصح وكالة الكفيل في مسئلتنا لانه عامل لرب الدين قصدا وعمله لنفسه كان واقعا في ضمن عمله لغيره والضمنيات قد لا تعتبر واجيب بانا لا نعم ذلك بل العمل لنفسه اصل ذو الاصل ان يقع تصرف كل عامل لنفسه لا لغيره وقيل لما استويا في جهة الاصالة ينبغي ان تبطل الكفالة بالوكالة لان الوكالة كانت طارئة على الكفالة فكانت ناسخة كالكفالة كما اذا تاخرت الكفالة عن الوكالة فانها تكون ناسخة للوكالة فان الامام المحبوبي ذكر في الجامع الصغير ان الوكيل بقبض الدين اذا ضمن المال للموكل يصح الضمان وتبطل الوكالة وجعل الكفالة بعد الوكالة ناسخة للوكالة وسبطلة لها لا على العكس لان الشيء جاز ان يكون مسقوطا بما هو مثله وفوقه لا بما هو دونه فالوكالة دون الكفالة في الرتبة لان الكفالة في الرتبة لان الكفالة عقد لازم لا يمكن الكفيل من عزل نفسه بخلاف الوكالة فلم يجز ان تكون الوكالة ناسخة للكفالة واذا لم تكن ناسخة لا تقبل قوله اي قبول الوكيل لازم للوكالة هذا دليل آخر على المسئلة التقريرية ان الوكالة تستلزم قبول قول الوكيل لكونه امينا ولو صححنا الوكالة ههنا لا تقبل اي لم تقبل قوله لكونه مبرئا نفسه عما لزمه بحكم كفالته فانتفى اللازم وهو قبول قوله فينعدم اي التوكيل الذي هو الملزوم بانعدام لازمته التي هي قبول قوله لان انتفاء اللازم يستلزم انتفاء الملزوم فيلزم صدقه حال قرض وجوده وما كان كذلك فهو مدفوع وهو نظير عبد مأذون مديون اي ما ذكرنا من مسئلتنا نظير مسئلة عبد مديون او بطلان الوكالة فيما فيه نظير بطلانها في عبد مديون وفي بعض النسخ ونظيره عبد مديون اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته اي ضمن المولى قدر قيمة العبد سواء كان موسرا او معسرا للغرماء يطالب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب اي فلو وكل المولى الطالب وهو رب الدين بقبض المال من العبد كان باطلا اي كان التوكيل باطلا لما بينا ان الوكيل من يعمل لغيره وههنا لما كان المولى ضامنا لقيمة العبد كان في مقدارها عاملا لنفسه لانه يرى بذمته فكان التوكيل باطلا قال اي القدوري في مختصره ومن ادعى انه وكيل الغائب اي وكيل فلان الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم اي المديون امر اي الغريم بتسليم الدين في بعض النسخ بتسليم المال اليه اي الى مدعي الوكالة لانه اي لان تصديق الغريم اياه اقرار على نفسه لان ما يقضيه خالص ماله اي لان ما يقضيه المديون خالص مال المديون اذ الدين يقضى بامثالها لا باعيانها كما تقدم وتقرر فاذا اداه المديون مثل مال رب الدين لا عينه فكان تصديقه اقرارا على نفسه ومن اقر على نفسه يقضى امر بتسليمه الى المقر له فان حضر الغائب اي رب الدين فصدقه اي صدق الوكيل فيما ادى اي وان لم يصدقه دفع اليه اي الى رب الدين الغريم الدين ثانيا لانه لم يثبت الاستيفاء اي استيفاء رب الدين حقه حيث انكر الوكالة والقول في الكفالة اي القول قول منكر الوكالة قول رب الدين مع يمينه لان الدين كان ثابتا والمديون يدعي امرا عارضيا وهو سقوط الدين بادائه الى الوكيل ورب الدين ينكر الوكالة والقول قول المنكر مع يمينه واذا لم يثبت الاستيفاء فيفسد الاداء اي يفسد الاداء الى مدعي الوكالة واذا فسد الاداء وجب على المديون فيجب الدفع ثانيا الى رب الدين فيرجع به اي فيرجع المديون بما دفعه اولا على الوكيل اي على مدعي الوكالة ان كان باقيا في يده اي ان كان ما دفعه الى الوكيل باقيا في يده لان غرضه اي غرض المديون من الدفع اي من الدفع الى الوكيل براءة ذمته من الدين ولم يحصل اي لم يحصل البراءة فله اي فللمديون ان ينقض قبضه اي قبض الوكيل وان كان ضاع اي ان كان ما دفعه الى الوكيل ضاع في يده لم يرجع اي المديون عليه اي على الوكيل لانه اي المديون يصدقه اي تصديق الوكيل اعترف انه اي الوكيل محق في القبض والمحق في القبض لا رجوع عليه وهذا اي المديون مظلوم في هذا الاخذ اي في الاخذ الثاني وهذا الجملة اعني قوله وهو مظلوم في هذا الاخذ معطوف على ما في ضمن ان في قوله اعترف انه محق في القبض فكانه قيل لما ان المديون بتصديق الوكيل اعترف ايضا انه زعم انه مظلوم في هذا الاخذ الثاني والمظلوم لا يظلم غيره فلا ياخذ المديون من الوكيل بعد الاداء هلاك قال صاحب العناية فان قيل هذا الوجه يقتضي ان لا يرجع عليه اذا كانت العين في يده باقية ايضا فالجواب ان العين اذا كانت باقية امكن نقض القبض فيرجع

قال الا ان يكون ضمنه عند الدفع لان المأخوذ ثانيا مضمون عليه في عينها ودينها وهذه كفالة اضيفت الى حالة القبض فتصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفعه اليه على ادعائه فان رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدقه في الوكالة واما دفعه اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاءه رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه على تكذيبه اياه في الوكالة فهذا ظاهر

ينقضه اذا لم يحصل غرضه من التسليم واما اذا هلكت فلم يكن نقضه فلم يرجع عليه انتهى اقول العامل ان يقول ان الحق في القبض كما لا يرجع عليه ابتداء لا يسترد نقض قبضه ايضا بلا رضاه فكيف يرجع بنقضه وان المظلوم كما لا يجوز له ان يظلم غيره ابتداء كذلك لا يجوز له ان يتوسل اليه بوسيلة كنقض القبض ههنا فلا تيم الجواب المذكور فالجواب الواضح ان الوكيل وان كان محتاجا الى القبض عن زعم المديون الا ان قبضه لم يكن لنفسه حالة بل كان لاجل الايصال الى موكله بطريق النيابة فلم يكن ما قبضه ملك نفسه فاذا اخذ الدائن من المديون ثانيا ولو كان ظلما في زعم المديون لم يبق للوكيل حق الايصال ما قبضه الى الموكل لوصول حق الموكل الى نفسه من الغريم فان كان عين ما قبضه الوكيل باقيا في يده لم يكن رجوع المديون عليه ظلما لانه حال ان قبضه لم يكن ملك نفسه بل كان مقبوضا لاجل الايصال الى موكله واذا لم يبق حق الايصال الى الموكل فللمديون نقض قبضه بعد ذلك لعدم حصول غرضه من الدفع اليه بخلاف ما اذا كان عين ما قبضه هالكة فان ما قبضه وان لم يكن ملك نفسه الا ان يده كانت يد امانة على زعم المديون حيث صدق في الوكالة وتضمين الامين ظلم لا يخفى ثم ان الامام الزيلعي قال في التبيين ويرد على هذا ما لو كان لرجل الف درهم شهادة الف آخر دين على رجل فمات وترك ابنين فاقتسما الالف العين نصفين فادعى الذي عليه الدين ان الميت استوفى منه الالف حال حيوته فصدقه احدهما وكذبه الآخر فالمكذب يرجع عليه بخمس مائة ويرجع بها الغريم على المصدق وهو في زعمه ان المكذب ظلمه في الرجوع عليه فظلم هو المصدق بالرجوع بما اخذه المكذب وذكر في الامالي انه لا يرجع لان الغريم زعم انه يرى عن جميع الالف الا ان الابن الجاحد ظلمه ومن ظلم ليس له ان يظلم غيره وما اخذه الجاحد دين على الجاحد ودين الوارث لا يقضى من التركة وجه الظاهر ان المصدق اقر على ابيه بالدين لان الاقرار بالاستيفاء اقرار بالدين لان الديون تقضى بامثالها فاذا كذبه الآخر واخذ منه خمس مائة لم تسلم له البراءة الا عن خمس مائة فبقيت خمس مائة دينا على الميت فيرجع بها على المصدق فيما اخذ اخذا بالارث حتى يستوفي لان الدين مقدم على الارث الى هنا كلامه فتامل قال اي المصنف في البداية الا ان يكون ضمنه عند الدفع هذا استثناء من قوله لم يرجع عليه يعني اذا ضاع في يده لم يرجع عليه الا ان يكون ضمنه عند الدفع وهذا لفظ ضروي بالتشديد والتخفيف ففي التشديد يكون الضمير المستكن في ضمنه مستندا الى المديون والضمير البارز راجعا الى الوكيل وفي التخفيف على العكس فان معنى التشديد هو ان يجعل المديون الوكيل ضامنا عند دفع المال الى الوكيل بان يقول له اضمن لي ما دفعته اليك عن الطالب حتى لو اخذ الطالب مني ماله اخذ منك ما دفعته اليك ومعنى التخفيف هو ان يقول الوكيل للمديون انا ضامن لك ان اخذ منك الطالب ثانيا فانا ارد عليك ما قبضته منك وعلى كلا التقديرين يرجع المديون على الوكيل لان المأخوذ عليه ثانيا مضمون عليه اي على رب الدين في زعمهما اي في زعم الوكيل والمديون لان رب الدين في حقهما غاصب فيما قبضه ثانيا وهذه اي هذه الكفالة اضيفت الى حالة القبض اي الى حالة قبض رب الدين ثانيا فتصح اي فتصح هذه الكفالة لاضافتها الى سبب الوجوب وقبض رب الدين فصارت بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان اي بما يذوب اي يجب له عليه وهذا اعراض ريد به مستقبل وقد مر تقريره في كتاب الكفالة فوجه المشابهة بين المسئلتين ان كون كل واحدة منهما كفالة اضيفت الى حال وجوب في المستقبل على المكفول عنه ولو كان الغريم لم يصدقه اي لم يصدق الوكيل في الوكالة يعني ولم يكذبه ايضا بل كان ساكتا لان فرع التكذيب سيأتي عقيب هذا ودفعه اليه اي دفع المال الى الوكيل على ادعائه اي بناء على مجرد دعوى الوكيل فان رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه اي الغريم لم يصدقه اي الوكيل في الوكالة وانما دفع اليه على رجاء الاجازة او على رجاء ان يجيزه صاحب المال فاذا انقطع رجاؤه اي رجاء الغريم رجوع صاحب المال عليه رجع عليه اي رجع الغريم ايضا على الوكيل ولما اذا دفعه اليه اي وكذا الحكم اذا دفع الغريم المال الى الوكيل على تكذيبه اي على تكذيب الغريم اياه اي الوكيل في الوكالة اي في دعوى الوكالة وهذا اي جواز رجوع المديون على الوكيل في صورة التكذيب اظهر اي اظهر من جواز رجوعه عليه في الصورتين الاوليين وهما صورة التصديق مع التضمين وصورة السكوت لانه لما يرجع عليه في تينك الصورتين مع انه لم يكذبه فيهما فلان يرجع عليه في هذه الصورة وقد كذبه فيها اولى بالطريق لانه اذا كذبه صار الوكيل في حقه بمنزلة الغاصب والمغصوب منه حق الرجوع على الغاصب

لما قلنا وفي الوجه الاول ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لان المودى صار حقا للغائب اما ظاهرا او محتملا فصار كما اذا دفعه الى فضولي على رجاء الاجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة ولان من باشر التصرف لغرض ليس له ان ينقضه مالم يقع اليأس عن غرضه ومن قال الى وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه وهذا قول كل الغير بخلاف الدين ومن ادعى انه ملك ابوه او ترك الوديعة ميراثا له لا وارث له غيره وصدقه المودع أمر بالدفع اليه

قلما لما قلنا اشارة الى قوله وانما دفع اليه على رجاء الاجازة لكنه دليل الرجوع لا دليل الاظهرية كما لا يخفى وفي الوجوه كلها يعني الوجوه الاربعة المذكورة وهي دفعه مع التصديق من غير تضمين ودفعه بالتصديق مع التضمين ودفعه ساكتا من غير تصديق ولا تكذيب ودفعه مع التكذيب ليس لذاي ليس للغريم ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لان المودى صار حقا للغائب الظاهر او هو في حالة التصديق او محتملا وهو في حالة التكذيب كذا في غاية الشروح اقول الحق في بيان قوله او محتملا ان يقال وهو في حالة التكذيب في حالة السكوت ما يتناول كلا من الوجوه المذكورة كلها وقيل ظاهرا ان كان الوكيل ظاهر العدالة او محتملا ان كان فاسقا او مستورا وعلى هذا فصار الحكم في الوجوه كلها كما اذا دفعه اي كما اذا دفع الغريم المال الى فضولي على رجاء الاجازة من صاحب المال فان الدافع هناك لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة فكذا هنا ولان من باشر التصرف لغرض عطف على قوله لان المودى صار حق الغائب ليس له ان ينقضه مالم يقع اليأس عن غرضه اي عن حصول غرضه لان سعي الانسان في نقض ما تم من جهته مردود كما اذا كان الشفيع وكيلا المشتري ليس له الشفعة لانه لو كان له الشفعة كان سعيا في نقض ما تم من جهته وهو البيع ولم يذكر المصنف ان الغريم اذا انكر الوكالة هل يحلف او لا قال الخصاف لا يحلف على قول ابي حنيفة رح ويحلف على قولهما انه ادعى عليه ما لو اقر به لزمه فاذا انكره يحلف لكنه على العلم لانه على فعل الغير وله ان الاستحلاف تبيني على دعوى صحيحة ولم تثبت نيابته عن الآمر لم تصح دعواه فلا يستحلف وكذا اذا لم يذكر اذا اقر بالوكالة وانكر الدين والحكم فيه على عكس ذلك يستحلف عنده خلافا لهما بناء على ان الوكيل بقبض الدين يملك الخصومة عنده وقد ثبتت الوكالة في حقه باقراره كذا في العناية اخذا من النهاية وذكر في الكافي انه ان دفع الغريم المال الى الوكيل ثم اقام البينة على انه لم يكن توكيل اذا اقام البينة على اقراره ان الطالب وكله بالقبض ولو اراد ان يستحلفه على ذلك لا يحلف عليه لان ذلك مبني على دعوى صحيحة ولم توجد لكونه ساعيا في نقض ما اوجبه للغائب وان اقام الغريم البينة على ان الطالب جحد الوكالة وقبض المال منه فله ان يقبل لانه يثبت لنفسه حق الرجوع على الوكيل بناء على اثبات سبب لانقطاع حق الطالب عن المدفوع وهو قبضه المال منه فانتصب الحاضر خصما عن الغائب في اثبات السبب فيثبت قبض الموكل فيقتضي قبض الوكيل ضرورة وجاز ان تثبت الشيء بضمنها وضرورة ولا تثبت بمقصودا انتهى ومن قال الى وكيل لقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه هذا لفظ القدوري وهي في مختصره علله المصنف بقوله لانه اي المودع بفتح الدال الى قوله اي للوكيل بمال الغير وهو المودع بكسر الدال فانه اقر بقيام الوديعة على ملك المودع والاقرار بمال الغير حق التضمين غير صحيح بخلاف الدين حيث يؤمر المديون بالتسليم الى الوكيل الذي صدق في وكالته على ما مر فان المديون يقتضي باشتغال ذمته فكان اقرارا على نفسه بحق المطالبة والقبض كذا ذكره الامام تاج الشريعة وجه الاربعة المذكورة في الوكيل لقبض الدين واراده في الوكيل لقبض وديعة ايضا فانه قال في المبسوط واذا قبض رجل وديعة رجل فقال رب الوديعة هلك او حلف على ذلك وضمن مالا المستودع رجع المستودع بالمال على القابض ان كان عنده بعينه لانه ملكه باداء الضمان وان قال هلك مني او دفعته الى المولى فهو على التفصيل الذي قلنا ان صدقه المستودع في الوكالة لم يرجع عليه بشيء وان كذبه او لم يصدقه ولم يكذبه او صدقه وضمنه كان له ان يضمنه لما قلنا انتهى وذكر في الفوائد الظهيرية في فصل الوديعة اذا لم يؤمر بالتسليم ومع هذا سلم ثم اراد الاسترداد هل له ذلك ذكر شيخ الاسلام علاء الدين في شرح الجامع الصغير انه لا يملك الاسترداد لانه ساع في نقض ما اوجبه وقال ايضا واذا لم يؤمر المودع بالتسليم ولم يسلم حتى ضاعت في يده هل يضمن قيل لا يضمن وكان ينبغي ان يضمن لان المنع من وكيل المودع في زعمه بمنزلة المنع من المودع والمنع من المودع يوجب الضمان فكذا من وكيله انتهى ولو ادعى اي ولو ادعى احد في بعض النسخ فلو ادعى ذكر المصنف هذه المسئلة تفريعا على مسئلة القدوري انه الضمير للشان مات ابوه اي اب المدعي وترك الوديعة ميراثا له اي للمدعي لا وارث له اي للميت غيره اي غير المدعي وصدقه المودع عامر بالدفع اليه اي الى امر المودع بدفع الوديعة الى ذلك المدعي اقول من العجائب

لانه لا يبقى مال الميت بعد موته فقضا

هذا ان الشارح العيني قال في تقريره هذه المسئلة اي فلو ادعى من قال اني وكيل انه اي ان فلانا مات البوم الخ ولا يخفى على من له ادنى مسكة ان هذه المسئلة مسئلة الوراثة وذكرت تفريعا على مسئلة الوكالة لبيان الاختلاف بينهما في الحكم فانه لا اجمال لان يكون الضمير المستكن فيه ولو ادعى اي فلو ادعى برجوعا الى من قال اني وكيل لان الموروث لا يوصر بالتسليم الى مدعي الوكالة اصلا قال المصنف وفي تعليل بلك المسئلة لانه اي لان مال الوديعة لا يبقى ماله اي لا يبقى مال الموروث بعد موته اي بعد موت الموروث قال صاحب النهاية ماله بالنصب وقال هكذا كان معربا باعراب شيخي اي لا يبقى مال الوديعة مال الموروث بعد موته اي منسوبا اليه ومملوكا له فكان انتصابه على تاويل الحال كما في كلمة فار الى في اي متنافها انتهى وقال صاحب معراج الدراية بعد نقل ما في النهاية بعينه ويجوز الرفع وقال صاحب غاية البيان قوله لا يبقى ماله بالنصب على انه حال كما في قوله كلمته فاه الى فيّ يعني لا يبقى مال الوديعة مال ابيه بعد موت ابيه انتهى وقال صاحب العناية وردى صاحب النهاية عن خط شيخه نصب ماله وجهه كونه حالا كما في كلمته فاه الى فيّ اي متنافيا فهو معناه لا يبقى مال الوديعة مال الموروث بعد موته منسوبا اليه ومملوكا له وتبعه غيره من الشارحين وارى انه ضعيف لان المجال مفيد للعامل فكلمته يجوز ان يكون مفيدا بالمشافهة اي كلمته في حال المشافهة واما قوله لا يبقى مال الوديعة حال كونه مملوكا له منسوبا اليه فليس له معنى ظاهر والظاهر في اعرابه الرفع على انه فاعل لا يبقى اي لان الموروث لا يبقى ماله بعد موته لانتقاله الى الوارث انتهى كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلانه قد تقرر في علم البلاغة انه يجوز اشتمال هذا التركيب ان لم يعتبر القيد اولا فيصول المعنى الى بقي القيد وان يعتبر النفي اولا فيصول المعنى الى تقييد النفي وتعيين كل واحد من الاعتبارين بقرينة يشهد له فان اراد بقوله واما قوله لا يبقى مال الموروث حال كونه مالا مملوكا له منسوبا اليه فليس له معنى ظاهر انه ليس له معنى ظاهر على الاعتبار الاول فمسلم اولا يخفى ان بقاء مملوكية مال الوديعة للموروث وانتسابه اليه بعد موته معنى ظاهر مقبول وان اراد بذلك انه ليس له معنى ظاهر على الاعتبار الثاني فممنوع كيف والمراد ههنا هو الاعتبار الاول كما لا يخفى واما ثانيا فلانه على تقدير رفع ماله على انه فاعل لا يبقى يصير المعنى لا يبقى عين ماله بعد موته وليس هذا بمعنى صحيح اذ المال باق بعينه بعد موته وانما ينتفي بعد موته مملوكيته وانتسابه اليه وذلك من اوصاف المال واحواله يفهم من النصب على الحالية ولا يفهم من الرفع على الفاعلية اللهم الا ان يدعى انه يوجد من اضافة المال الى الضمير الراجع الى الموروث لكنه بعيد جدا فالظاهر في افادة المعنى المقصود هو النصب كما لا يخفى ثم ان الشارح العيني قد زاد في الطنبور نغمة حيث قال بعد نقل ما في النهاية وما في العناية والصواب هو الرفع على قاله الا ان وقد فاته شيء آخر وهو ان من شرط الحال ان يكون من المشتقات والمال ليس منها الا انه يجوز بالتاويل ولو قال صاحب النهاية ومن تبعه في النصب على الحال انه حال على تاويل متمولا اي لا يبقى الميت بعد موته متمولا لكان وجها انتهى اقول ليس ما زاده بشيء اما قوله ان من شرط الحال ان تكون من المشتقات فهم الابهري الى قول ابن الحاجب وكل ما دل على هيئة صح ان يقع حالا مثل هذا البر الطيب منه رطبا ولين سلم ذلك بناء على قول جمهور النحاة فجواز كون غير المشتق حالا بالتاويل بالمشتق مما لم ينكره احد من النحاة وقد اعترف به نفسه ايضا حيث قال الا انه يجوز بالتاويل وقد بين صاحب النهاية التاويل ههنا حيث قال منسوبا اليه مملوكا له فبعد ذلك كان القدح فيه باشتراط كون الحال من المشتقات لغو من الكلام واما قوله ولو قال صاحب النهاية ومن تبعه في انه نصب على الحال انه حال على تاويل متمولا اي لا يبقى الميت بعد موته متمولا لكان وجها فمما لا ينبغي ان يتفوه به العاقل لان المتمول انما هو المالك لا المال قطعا فكيف يتصور تاويل المال بما لا يصح حمله عليه وجعله صفة له بل على تقدير ارجاع ضمير لا يبقى الى الميت لا يرتبط بالمقام كما لا يخفى على ذوي الافهام فقد انفق على مدعي الوراثة والموروث وقال العيني اي الذي ادعى الوكالة والموروث

على انه مال الوارث ولو ادعى ان اشترى الوديعة من صاحبها فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لان له ما دام حيا
كان اقراره اجلك الغير لانه من اهل ماله فلا يصدقان في دعوى البيع عليه قال فان وكل وكيلا بقبض ماله فادعى الغريم
ان صاحب المال قد استوفاه فانه يدفع المال اليه لان الوكالة قد ثبتت بالتصادق وهو الاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق

والمودع اقول هذا بناء على ما قاله السابق وقد عرفت حاله على انه متعلق بالتفاوت اي نقد التفاوت على ان مال الوديعة مال الوارث فلا بد من الدفع اليه قال
صاحب التسهيل اقول فيه اقرار على الغير بالموت فينبغي ان لا يؤمر بالدفع حيث يثبت موته عند القاضي انتهى قلت لو ادعى اي ولو ادعى احدهما انه اشترى الوديعة
من صاحبها وصدقه المودع لم يؤمر اي لم يؤمر المودع بالدفع اليه اي الى مدعي الشراء وهذه المسئلة ايضا ذكرها المصنف تفريعا على مسئلة القدوري ولهذا لم يذكرها في البداية
وقال في تعليلها لانه اي لان صاحب الوديعة ما دام حيا كان اي اقرار اهلاك الغير اي كان اقرار المودع لمدعي الشراء اقرارا باهلاك الغير وهو صاحب الوديعة لانه اي المدعي
من اصلا اي من اصل الملك فلا يصدقان اي مدعي الشراء والمودع المصدق اياه في دعوى البيع عليه اي على صاحب الوديعة قال صاحب العناية وللقائل
ان يقول قد تقدم في قضاء المستان في فصل القضاء بالمواريث فكان ذكرها هاهنا تكرارا ويمكن ان يجاب عنه بانه ذكرها هناك باعتبار القضاء وههنا باعتبار الدعوى
ولهذا اعادها ههنا بقوله ولو ادعى وههنا بقوله من اقر وفرع عليها ما يخلو عن ضعف لان ايرادها في باب الوكالة بالخصومة والقبض بعيد المناسبة الى هنا كلامه اقول تضعيفه
ساقط لان ذكر المسئلة المستدل عليها وهي مسئلة ادعاء الوكالة بقبض الوديعة اقتضى ذكرها عقيبها لان ذكر ما اوقع في ذهن السامع ان الحكم فيها ايضا كالحكم فيما
امر لاذكرها المصنف رح عقيبها في بابها على سبيل التفريع فيلزمها ازالة الالتباس ببيان الفرق بينهما وبين احدهما وبيان الاشتراك في الحكم مع الاخرى فكان
ايرادها في هذا الباب في بابها المناسبة قال اي محمد رح في جوامع الجامع الصغير فان وكل وكيلا بقبض ماله على ان وكل رجلا وكيلا بقبض ماله على غريمه فادعى الغريم ان صاحب المال قد استوفاه فانه
اي فان الغريم يدفع المال اليه اي يؤمر بدفع المال الى الوكيل قال المصنف رح في تعليله لان الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه اي بمجرد دعوى الغريم
بلا حجة فلا يؤخر الحق اي حق القبض الى تحليف رب الدين قال صاحب النهاية فان قيل لا نسلم ان الوكالة قد ثبتت فبأي دليل يعلم ثبوت الوكالة ولو قيل بسبب ادعاء
المديون ان صاحب المال قد استوفاه فذلك لا يصلح دليلا على صحة ثبوت الوكالة بل هو دليل على عدم صحة الوكالة لان المديون اذا كان مستوفيا من جانب من له
الحق كان التوكيل بالاستيفاء باطلا لاحالة فكيف تثبت الوكالة بهذه الدعوى قلنا لما ادعى الغريم استيفاء رب الدين وبينة كان هو معترفا باصل الحق الا ترى
ان قول المدعى عليه قد قضيتكها اقرار بالدين عند دعوى المدعي ذلك فلما ثبت الدين باقراره ولم ينكر الوكالة وكان للوكيل ولاية الطلب فيقضي عليه بالايفاء كما لو
ادعى استيفاء رب الدين عند دعواه بنفسه كان يقضي عليه بالايفاء فكذا عند دعوى وكيله لان الوكيل قائم مقام الموكل انتهى اقول جوابه منظور فيه اذ لا كلام في ان
ادعاء الغريم استيفاء رب الدين وبينة يقتضي الاعتراف باصل الحق وانما الكلام في ان الوكالة بأي دليل ثبت ومجرد عدم انكار الوكالة لا يقتضي الاعتراف بثبوتها
الا ترى انه لو سكت او تكلم كلاما لا يناسب الحال لا يعد مقرا للوكالة فكيف اذا تكلم بما يشعر بانكار الوكالة وقد اشار اليه السائل بقوله بل هو دليل على عدم
صحة الوكالة الى قوله فكيف تثبت الوكالة بهذه الدعوى فكان الغريم قال انت لا يصلح للوكالة اصلا بعد استيفاء صاحب المال حقه فضلا عن ان يقع وكيلا
منه تدبر وقصد صاحب العناية دفع السؤال المزبور بوجه آخر حيث قال في بيان المسئلة ذكر في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رح في الرجل على الرجل
مال فوكل وكيلا بذلك المال واقام الوكيل البينة عليه وقال الذي عليه المال قد استوفاه صاحبه فانه يقال له ادفع المال ثم اتبع رب المال فاستحلفه ثم قال في
شرح قول المصنف لان الوكالة قد ثبتت يعني بالبينة لان وضع المسئلة كذلك انتهى اقول لقائل ان يقول لو كان مراد المصنف ره لان الوكالة قد ثبتت بل مراد
نفس جواب هذه المسئلة على اعتبار قيد اقامة الوكيل البينة على الوكالة في وضع هذه المسئلة لما وسع للمصنف ره في بدايته وهدايته ولعامة المشائخ في تضاعيف
المعتبرة ترك ذلك القيد المهم عند تحرير هذه المسئلة ولا ينبغي ان يدعى كون حكمها اياه مبنيا على ظهور اعتباره كيف وقد ذهب باعتباره ذلك على كثير من الثقات كصاحب العناية
وصاحب التبيين وغيرهما حتى ذهبوا الى توجيه آخر في دفع السؤال المذكور فلو كان اعتباره من الظهور بحيث يستغني عن ذكره في عامة الكتب لما خفي على مثل هؤلاء الاعلام

واما عند محمد فالجواب ان يحمل الجواب على هذا في الفصلين ويقول ان المتداركين ممكن عنده ثم البطلان في القضاء وتبقى الخصومة عنده في الدين الى ان يحضر المشتري ويحلف ويسقط الرد بالعيب ويلزم الثمن ويؤخذ منه الثمن ويدفع الى البائع ويؤخذ الكفيل بالدرك منه ويدفع اليه ثم يرجع المشتري على البائع بالثمن ويرجع البائع على الكفيل بالدرك ويرجع الكفيل على الموكل بالثمن ويرجع الموكل على الوكيل بالثمن ويرجع الوكيل على البائع بالثمن ويتقاصان ويتساقطان ويبقى الدين على الموكل للمشتري وهذا ما ذكره الشارح في الفصلين وهو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح ان الوكيل بالخصومة في العقار يملك الرد بالعيب والقبض والاقالة وعن ابي حنيفة رح ان الوكيل بالخصومة لا يملك الرد بالعيب ولا القبض ولا الاقالة وعن محمد رح ان الوكيل بالخصومة يملك القبض ولا يملك الرد بالعيب ولا الاقالة وجه قول ابي يوسف رح ان الرد بالعيب من توابع الخصومة لان الرد بالعيب فسخ العقد من الاصل والاقالة فسخ العقد من الاصل والقبض من توابع الخصومة لان القبض استيفاء المبيع والاستيفاء من توابع الخصومة وجه قول محمد رح ان القبض من توابع الخصومة لان القبض استيفاء المبيع والاستيفاء من توابع الخصومة والرد بالعيب والاقالة ليسا من توابع الخصومة لان الرد بالعيب فسخ العقد من الاصل والاقالة فسخ العقد من الاصل والفسخ ليس من توابع الخصومة وجه قول ابي حنيفة رح ان الرد بالعيب والاقالة ليسا من توابع الخصومة لان الرد بالعيب فسخ العقد من الاصل والاقالة فسخ العقد من الاصل والفسخ ليس من توابع الخصومة والقبض من توابع الخصومة لان القبض استيفاء المبيع والاستيفاء من توابع الخصومة

ثم ان صاحب النهاية ذكر ذلك ههنا على وجه الاعتراض على الجواب حيث قال واعترض بان الوكيل اذا رد بخطاب البائع بالعيب ثم حضر المشتري واختار الرضى بالعيب استرد البائع بالاجماع وقول البائع لا سبيل لك عليها الان التقاضي فسخ البيع فانه لا يلتفت الى قول البائع ولو كان القضاء راضيا على المختار ترد البائع على المشتري واجيب بان الرد وجب بحكم القضاء فاما على قول ابي حنيفة رح فلا سبيل للامر على البراءة سلمنا ان هذا قول الكل ولكن النقض ههنا لم يوجب دليلا وانما كان للعيب بالدليل السقط الرد وهو رضى الآمر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه لتصادقهما في الآخر على وجود الرضى من المشتري وفي مثله لا ينفذ القضاء بالفسخ كالقضاء بالطلاق اذا قضى باجتهاده وثم نقض بخلافه قالوا هذا هو الاصح انتهى كلامه اقول فيه بحث لان ما ذكره في الجواب بعد التسليم لا يدفع الاعتراض بل يقويه لانه اذا جاز نقض القضاء ههنا عند ابي حنيفة رح ايضا بالسبب المذكور يتعين ان القضاء بالفسخ ههنا لم يكن راضيا على الصحيح عنده ايضا فاتم الدليل المذكور للفرق بين المسئلتين فتامل واما عندهما اي عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى والوا اي الشارح يجب ان يحمل الجواب على هذا اي على الاصل المذكور في الفصلين اي في فصل الدين في فصل الرد بالعيب والاولى ان يقول اي في فصل القضاء بالرد على تخليف المشتري كما لا يؤخر القضاء بدفع الدين الى تخليف رب الدين لان التداركي ممكن اي في الفصلين معا عندهما فالبطلان القضاء يعني ان عدم التاخير الى تخليف رب الدين في فصل الدين انما كان لان التداركي ممكن عنده ظهر الخطاء في القضاء باستيفاء قبضه الوكيل وهذا المعنى موجود في فصل الرد بالعيب ايضا لان قضاء القاضي في مثل ذلك عندهما انما ينقض ظاهرا لا باطنا فاذا ظهر خطاء القضاء عند كاول المشتري رددت البائعة عليه فلا يؤخر الى التخليف وعن الاصح عند ابي يوسف رح ان يؤخر اي القضاء في الفصلين لانه اي لان ابا يوسف رح يشير النظر اي النظر للبائع كذا في الشروح القول الاول ان يقال اي النظر للخصم ليكون النسب بالتعميم للفصلين كما استكشفت ذلك حتى يتحلف اي ابو يوسف رح المشتري لو كان حاضرا من غير دعوى البائع يعني ان من مذهب ابي يوسف رح ان القاضي لا يرد المبيع على البائع اذا كان المشتري حاضرا والرد والحال يستحلف بالتسليم رضيت بهذا العيب والا لم يرد البائع فاذا كان المشتري او رب الدين غائبا فاولى ان لا يرد عليه

وقيل هذا استحسان وفي القياس ليس له ذلك وهو الصحيح وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين كذا في التبيين ليس بشراء والمراد الانفاق بنفسه من شراء فلا يرد خلافه والله اعلم

باب عزل الوكيل

قال وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة لان الوكالة حقه فله ان يبطله كما اذا تعلق به حق الغير وبان كان وكيلا بالشفعة وسمته بطلب من جهة الطالب لما فيه من ابطال حق الغير

نفسه فكان في التبيين هذا ذلك تجويز الاستبدال اعلم ان محمدا رح لم يذكر في الاصل مسئلة الانفاق بل ذكر فيه مسئلة قضاء الدين فقال واذا دفع الرجل الى الرجل الف درهم وامره ان يقضيها الى فلان قضاء عن دفع الوكيل فجحده او اختبس الالف عنده وكان القياس ان يدفع التي اصبها الى الموكل ويكون متطوعا في التي دفع ولكني اوجع القياس في ذلك واستحسن ان اجيزه الى هنا لفظ الاصل وانما ذكر مسئلة الانفاق في الجامع الصغير ولكن لم يذكر القياس والاستحسان فيه فقالوا في شرحه هذا الذي ذكره استحسان في القياس ان يرد على الموكل ان كانت قائمة ويضمنه ان كان استهلكها وهو قول زفر رح وهذا معنى قول المصنف رح وقيل هذا استحسان في القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا اي ليس للوكيل الانفاق عشرة لنفسه بدلا باعتبار العشرة الموكل بل اذا انفق عشرة نفسه يصير متبرعا فيما انفق ويرد الدراهم الماخوذة من الموكل عليه وان استهلكها ضمن وجه القياس ان الدراهم تتعين في الوكالات حتى لو هلكت قبل الانفاق بطلت الوكالة فاذا انفق من مال نفسه فقد انفق بغير امر الموكل فيصير متبرعا واما وجه الاستحسان فما ذكره المصنف بيانه قالوا ان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء الخ وقالوا في شروح الجامع الصغير ايضا من المشائخ من قال ليس في قضاء الدين معنى الشراء فورد فيه القياس والاستحسان اللذان ذكرهما محمد رح في الاصل الا الانفاق ففيه شراء فلهذا يختلف فيه وجه القياس والاستحسان بل صح ذلك قياسا واستحسانا حتى رجع الوكيل على الموكل بما انفق قياسا واستحسانا وهذا معنى قول المصنف رح وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس بشراء وهذا وجه القياس يعني لما لم يكن قضاء الدين شراء لم يكن الامر اضيا بثبوت الدين في ذمة الموكل فلو لم تجعله متبرعا لازمناه دينا لم يرض به فجعلناه متبرعا قياسا ووجه الاستحسان ما ذكره شيخ الاسلام الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد بقوله لان الامر بقضاء الدين بمنزلة الامر بشراء ما في ذمته الامر بالدراهم والوكيل بالشراء اذا اشترى فنقد الثمن من عند نفسه سلم المقبوض له انتهى فاما الانفاق فانه تتحيل الشراء لان الامر بالانفاق امر بشراء الطعام والشراء لا يتعلق بعين الدراهم المدفوعة بل بمثلها في الذمة ثم تثبت الحق الرجوع على الآمر فكان راضيا بثبوت الدين فلم يجعل متبرعا قياسا ايضا فلا يدخل خلافه اي فلا يدخل القياس والاستحسان في الانفاق بل يكون فيه حكم القياس كحكم الاستحسان في ان الوكيل لا يكون متبرعا بالانفاق من مال نفسه

باب عزل الوكيل

اخر باب العزل اذا العزل لا يقتضي سبق الثبوت فناسب ذكره آخرا قال اي القدوري في مختصره وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة لان الوكالة حقه اي حق الموكل فله ان يبطله اي فللموكل الذي هو صاحب الحق ان يبطل حقه الا اذا تعلق به اي بالوكالة كذكر الضمير تاويل كونها حقا حق الغير فحينئذ ليس له ان يعزله بلا رضى ذلك الغير وذلك بان كان وكيلا بالخصومة ليطلب من جهة الطالب اي بالتماس من جهته المدعى لما فيه اي لما في العزل في هذه الصورة ابطال حق الغير وهو ان يحضره مجلس الحكم ويخاصمه وتثبت حقه عليه وابطال حق الغير لا يجوز قيد بالطالب لانه لو لم يكن وكيلا بالطلب يملك الموكل عزله سواء كان الخصم حاضرا او غائبا وقيد يكون الطلب من جهة الطالب لانه لو كان من جهة المطلوب اي المدعى عليه ووكل الطالب فله عزله سواء كان المطلوب حاضرا او غائبا ثم ان عدم صحة العزل اذا كان الطلب من جهة الطالب فيما اذا كان العزل عند غيبة الطالب واما اذا كان عند حضوره فيصح العزل سواء كان رضي به الطالب او لا وهذه القيود مستفادة من جميع ما ذكر في الذخيرة فانه قال فيها واذا عزل الوكيل حال غيبة الخصم فهو على وجهين الاول ان يكون الوكيل وكيل الطالب في هذا الوجه العزل صحيح وان كان المطلوب غائبا لان الطالب العزل يبطل حق نفسه لان خصومة الوكيل حق الطالب وابطال الانسان حق نفسه صحيح من غير ان يتوقف على حضرة غيره والوجه الثاني ان يكون الوكيل وكيل المطلوب وانه على وجهين ايضا الاول ان يكون الوكيل من غير التماس احد وفي هذا الوجه العزل صحيح وان كان الطالب غائبا والوجه الثاني اذا كان التوكيل التماس احد اما الطالب او المقاضي وفي هذا الوجه الوكيل غائبا وقت التوكيل ولم يعلم بالتوكيل صح عزله على كل حال لان هذه الوكالة غير نافذة لانه لا نفاذ لما قبل علم الوكيل وكان العزل جوعا

وصار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن قال فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم

وانما ينعزل فيصح وبهذا علم الردائية التي شرطا علم التوكيل لصيرورته وكيلا وان كان الوكيل حاضرا وقت التوكيل او كان غائبا ولكن قد علم بالوكالة ولم يرد بها فان كانت الوكالة بالتماس الطالب لا يصح عزله الا بحال غيبة الطالب ويصح حال حضرته رضي به الطالب او سخطه لان بالتوكيل ثبت نوع حق الطالب قبل الوكيل وهو حق ان يحضره مجلس القاضي فيخاصمه ويثبت حقه عليه وبالعزل حال غيبة الطالب لو صح العزل يبطل هذا الحق اصلا لانه لا يمكنه الخصومة مع الوكيل المطلوب بالعيب قبل ان يحضر الطالب فلا يمكنه الخصومة معه ايضا فيبطل حقه اصلا واذا كان الطالب حاضرا فحقه لا يبطل اصلا لانه ان كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه مع المطلوب ويمكنه ان يطالب من المطلوب ان ينصب وكيلا آخر الى هنا لفظ الذخيرة قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام واعلم ان الوكيل ان كان للطالب فعزله صحيح حضر المطلوب او لا لان الطالب بالعزل يبطل حقه وهو لا يتوقف على حضور غيره وهو المذكور اولا وان كان للمطلوب فان لم يكن يطلب من جهة الطالب احد من القوم مقامه فكذلك وان كان فاما ان علم الوكيل بالوكالة اولا فان لم يعلم فكذلك لانه لا نفاذ للوكالة قبل علم الوكيل فكان العزل امتناعا وله لهذا لم يذكره المصنف رح وان علم ولم يرد بالصحيح في غيبة الطالب لان بالتوكيل ثبت له حق احضاره في مجلس الحكم واثبات الحق عليه وبالعزل حال غيبته يبطل ذلك وهو المذكور في الكتاب مستثنى وصح بحضرته لان الحق لا يبطل لانه ان كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه مع الموكل ويمكنه طلب نصب وكيل آخر منه ولم يذكر هاهنا المصنف رح لان الميل يلوح اليه لانه قال لما فيه من ابطال حق الغير وهنا لا ابطال كما ذكرناه انتهى كلامه واعترض بعض الفضلاء على قوله وهو المذكور اولا واجاب حيث قال فيه بحث فان المذكور اولا ليس هو عزل الوكيل بالبيع الا شيرا تنا لعموم كلام القدوري وهو ما ذكره في التجريد في باب الوكيل بالبيع والشراء حيث قال جوابه ليس بتمام فان المذكور اولا وهو قوله وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة يعم عزل وكيل المطلوب ايضا سيما الذي لم يكن يطلب من جهة الطالب من يقوم مقامه فلا يتم التوجيه بحمل القصر على الاضافي بمعنى لا عزل وكيل المطلوب ثم اقول الحق الصحيح ان كلام القدوري الذي ذكره المصنف هاهنا اولا وهو قوله وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة يعم جميع الصور التي ذكرها صاحب العناية بطريق التقسيم والتفصيل وقد استثنى المصنف من ذلك صورة واحدة وهي عزل من كان وكيلا للمطلوب بطلب من جهة الطالب فيبقى ما عداها من الصور تحت عموم المستثنى منه بلا ريب وتمشى في ذلك كله التعليل الذي ذكره المصنف بقوله لان الوكالة حقه فلا ان يبطله فما ذكره الشارح المذكور من كون المذكور اولا مقصورا على صورة عزل وكيل الطالب وكون بعض صور عزل الوكيل المطلوب غير مذكور في الكتاب اصلا سهو بين صاحبه اي صار التوكيل الذي كان يطلب من جهة الطالب كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن اي كالوكالة المشروطة في عقد الرهن بان وضع الراهن على يدي عدل شرط في الرهن ان يكون العدل او المرتهن مسلطا على بيع الرهن عند حلول الدين فانه اذا اراد الراهن ان يعزل الوكيل عن الوكالة بالبيع ليس له ذلك لان البيع صار حقا للمرتهن وبالعزل يبطل هذا الحق كما يأتي تفصيله في كتاب الرهن وكذا اذا تعلق حق الوكيل بعين من اعيان الموكل لا يملك اخراجه عن الوكالة نحو ان امره ان يبيع ويستوفي الدين من ثمنه كذا في النهاية نقلا عن الذخيرة قيل من اين وقع الفرق بين الوكيل في الخصومة يطلب من جهة الطالب وبين الوكيل الذي ثبتت وكالته في ضمن عقد الرهن حيث يملك الموكل في الاول عزل الوكيل حال حضرة الخصم وان لم يرض به الخصم ولا يملك في الثاني عزله حال حضرة المرتهن اذا لم يرض به المرتهن مع ان في كل منهما تعلق حق الغير بوكالة الوكيل مع وجود بذه المفارقة كيف شبه بذا بذاك واجيب بان الفرق بينهما من حيث ان العزل لو صح فيما نحن فيه حال حضرة الطالب لم يبطل حق الطالب اصلا لانه يمكنه ان يخاصم المطلوب وذا في مسئلة الرهن فلو صح العزل حال حضرة المرتهن بطل حقه في البيع اذ لا يمكنه ان يطالب الراهن بالبيع وذا وجه التشبيه فهو تعلق حق الغير بوكالة الوكيل وبطلان حق ذلك الغير عند صحة العزل في عزيمته قال اي القدوري في مختصره فان لم يبلغه العزل اي فان عزل الوكيل ولم يبلغه عزل الموكل اياه فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم اي حتى

ان العزل اظهر لانه من حيث انه ابطال حق الغير يحتاج الى علمه ومن حيث انه رجوع عن التوكيل لا يحتاج الى علمه فيحتاط فيشترط علمه ويسوغ ان يكون بالنكاح غيره للوجه الاول وذكر الشرط العدد والعدالة من الخبر وكالفتوى قال (وبطل) وكالة (موت الموكل وجنونه جنونا مطبقا وكذا بلحاقه بدار الحرب مرتدا)

يعلم اى كتيم عزله واعتمد به قال الشافعي رحمه الله في قول وابو يوسف رحمه الله في رواية واحمد رحمه الله في رواية وقال الشافعي رحمه الله في الاصح ينعزل به قال مالك رحمه الله واحمد رحمه الله في رواية لا ينعزل الوكالة حق للوكيل لتعلق بالعزل لبقيته حق نفسه والامر ينفرد باسقاط حق نفسه الا يرى انه ليطلق زوجته ويعتق عبده بغير علمها وان الوكالة للموكل لا عليه فاذا لم ينفرد الموكل قبل علم الوكيل بكان ذلك عليه من وجه وذلك لا يجوز ولكنا نقول العزل خطاب ملزم للوكيل بان يمتنع من التصرف وحكم الخطاب لا ينبت في حق المخاطب الم به كخطاب الشرع فان اهل قبا كانوا يصلون الى بيت المقدس بعد الامر بالتوجه الى الكعبة وجوز لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حين لم يعلموا وكذلك كثير من الصحابة رضي الله عنهم شربوا الخمر بعد نزول تحريمها قبل علمهم بذلك وغير نزل قوله تعالى ليس على الذين امنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا وهذا لان الخطاب ليس مقصودا بالعمل ولا يتمكن من العمل ما لم يعلم به ثم ان الفقيه فيما نحن فيه ما ذكره المصنف بقوله لان في العزل اى في عزل الوكيل من غير علمه اضرارا به اى بالوكيل من وجهين احدهما اشار اليه بقوله من حيث البطال ولايته فان في البطال ولايته تكذيبا له لان الوكيل متصرف للموكل على ادعاء ان له ولاية ذلك بالوكالة وفي عزله من غير علمه تكذيب له فيما ادعاه لبطلان ولايته بالعزل وتكذيب الانسان فيما يقول مضر عليه لا محالة والثاني اشار اليه بقوله او من حيث رجوع الحقوق اليه اى الى الوكيل فانه متصرف فيما ينشأ على رجوعها اليه فيفيد من مال الموكل ان كان وكيلا بالشراء وليسلم المبيع ان كان وكيلا بالبيع فلو كان معزولا قبل العلم كان التصرف واقعا لغيره فيضمنه اى يضمن بالبدء والسلم لتقرير سببه والعزر مدفوع شرعا ثم ان الوجه الاول عام يشمل جميع التصرفات من النكاح والطلاق والبيع والشراء وغير ذلك واما الوجه الثاني فيختص بالتصرفات التي يرجع فيها الحقوق الى الوكيل دون الموكل كالبيع والشراء ونحوهما كما يدل قال المصنف وليسلم للوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول يعني ان التوكيل بالنكاح وغيره مما ذكر في الحكم المذكور وهو عدم انعزال الوكيل قبل العلم بالعزل نظرا الى الوجه الاول وفي الذخيرة وكذلك الوكيل اذا عزل نفسه لا يصح عزله من غير علم الموكل ولا يخرج عن الوكالة انتهى وهكذا ذكر في سائر معتبرات الفتاوى قال في المحيط البرهاني واذا جحد الموكل الوكالة وقال لم اوكله لم يكن ذلك عزلا هكذا ذكر في الاجناس في مسائل البيوع وفي مسائل الغصب من الاجناس الصغار اذا قال اشهدوا اني لم اوكله فلانا فهذا كذب وهو وكيل لا ينعزل وبعض مشايخنا ذكروا في شروحهم ان جحود الموكل الوكالة عزل الوكيل وذكر شيخ الاسلام في شرح كتاب الشركة ان جحود ما عدا النكاح فسخ انتهى وهكذا ذكر في الذخيرة ايضا قال المصنف وقد ذكرنا اشتراط العدد والعدالة في الخبر اشار به الى ما ذكره في فصل القضاء بالمواريث من كتاب ادب القاضي بقوله ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل الخ فلا تعيده لعدم الاحتياج الى الاعادة اعلم ان الوكالة تثبت بخبر الواحد حرا كان او عبدا عدلا كان او فاسقا رجلا كان او امراة صبيا كان او بالغا وكذلك العزل عندهما وعند ابي حنيفة رحمه الله لا يثبت العزل الا بخبر الواحد العدل او بخبر اثنين اذا لم يكونا عدلين ثم ان هذا الاختلاف فيما اذا لم يكن الخبر على وجه الرسالة واما اذا كان على وجهها فيثبت العزل بالاتفاق كائنا من كان الرسول عدلا كان او غير عدل حرا كان او عبدا صغيرا كان او كبيرا نص عليه في البدائع وقال في تعليله لان الرسول قائم مقام المرسل وسفيره عنه فيصح سفارته بعد ان صحت عبارته على اى صفة كان قال ابي القدوري في مختصره وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا بالباء الموحدة اى دائما ومنه الحمى المطبقة اى الدائمة التي لا تفارق ليلا ولا نهارا وقيل مطبقا اى مستوعبا من طبق الغيم السماء اذا استوعبها والحاقه بفتح اللام انتهى وتبطل بلحاق الموكل بدار الحرب مرتدا وفي الذخيرة قالوا ما ذكر من الجواب في الجنون المطبق محمول على ما اذا كانت الوكالة غير لازمة بحيث يملك الموكل العزل في كل ساعة وزمان كالوكيل بالخصومة من جانب الطالب واما اذا كانت الوكالة لازمة بحيث لا يملك الموكل العزل كالعدل اذا سلط على بيع الرهن وكان التسليط مشروطا في عقد الرهن فلا ينعزل الوكيل بجنون الموكل وان كان الجنون مطبقا وهذا لان الوكالة اذا كانت غير لازمة يكون ابقاؤها حكما لانشاء

لان التوكيل تصرف غير لازم فيكون لبقاءه حكم الابتداء فكان لابد من قيام كامل وقد يزيل بعض اجزاء من وقتين ان يكون الجنون مطبقا فان قليله جبرا لالاغماء حد المطبق شهر عندي وبه اعتبار ما يسقط به الصوم عنه اكثر يوم وليلة لانه يسقط بالصلوات الخمس وفضائها اليوم قلت وحرر كامل ما يسقط جميع العبادات

ولو اشار الموكل الوكالة بعد ما جن جنونا مطبقا لا يصح فكذا الا تنتهي الوكالة اذا صار المؤكل بهذه الصفة وان كانت الوكالة لازمة بحيث لا يقدر الوكيل على عزل نفسه لبقاء الوكالة حكم الاشارة وكان الوكيل في هذه الوكالة بمنزلة المالك من حيث انه لا يملك الموكل عزله ومن ملك شيئا من جهة اخرى ثم جن المملك فانه لا يبطل ملك كما لو ملك عينا فكذا اذا ملك التصرف وبهذا اللفظ اذا جعل امر امرأته بيدها ثم جن الزوج لا يبطل الامر انتهى وفي خانية البيان قال في التتمة والفتاوى الصغرى وبهذا كله في موضع يملك المالك عزله اما في موضع لا يملك عزله كالعزل في باب الرهن والامر باليد للمرأة فانه لا ينعزل الوكيل بموت الموكل وجنونه والوكيل بالخصومة بالتماس الخصم ينعزل بموت الموكل وجنونه والوكيل بالطلاق ينعزل بجنون الموكل استحسانا ولا ينعزل قياسا انتهى اقول في المنقول عن التتمة والفتاوى الصغرى اشكال لان الظاهر من عبارته ان يكون الامر باليد للمرأة من باب التوكيل وليس كذلك فانه من باب التمليك لا التوكيل على ما تقرر فيما مر في باب تفويض الطلاق من كتاب الطلاق بخلاف عبارة الذخيرة كما لا يخفى على المتأمل ثم اقول بقي ههنا شيء وهو ان تقسيمهم الوكالة الى اللازمة وغير اللازمة وجعلهم الجنون المطبق على الثانية دون الاولى ينافي ما ذكروه في صدر كتاب الوكالة من ان حقيقة الوكالة هي انها عقد جائز غير لازم حتى يملك كل واحد من الموكل والوكيل العزل بدون رضى صاحبه اذ الظاهر ان المذكور ههنا كحقيقتها العامة بجميع انواعها اللهم الا ان يقال الاصل في الوكالة عدم اللزوم واللزوم في احد القسمين المذكورين لعارض هو تعلق حق الغير بها على عكس ما قالوا في البيع بالخيار كما سيأتي فتأمل قال العلامة المصنف في تعليل مسئلة الكتاب لان التوكيل تصرف غير لازم قال صاحب العناية في تعليل هذه المقدمة اذ اللزوم عبارة عما يتوقف على وجوه على الرضى من الجانبين وههنا ليس كذلك لان كلا منهما ينفرد في فسخها فان للوكيل ان يمنع نفسه عن الوكالة وللموكل ان يمنع الوكيل عنها انتهى وقد سبقه تاج الشريعة الى هذا التعليل اقول فيه خلل لان توقف الوجود على الرضى من الجانبين متحقق في كل عقد لازم كان او غير لازم وانما اللازم ما يتوقف فسخه على الرضى من الجانبين فقولهما اذ اللزوم عبارة عما يتوقف وجوده على الرضى من الجانبين ليس بصحيح والصواب ان يقال اذ التصرف اللازم عبارة عما يتوقف فسخه على الرضى من الجانبين وههنا ليس كذلك الخ فيكون لدوام اي لدوام التوكيل حكم الابتداء لان التصرف اذا كان غير لازم كان للمتصرف بسببه ان يمنع نفسه في كل لحظة من لحظات دوامه فلما لم يفسخه حين ابتدائه عن الفسخ عند تلك منه بمنزلة ابتداء تصرف آخر من جنسه نازلا التكلم هكذا كان المبتدي والمنتهي كما قالوا في قوله تعالى اولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى فصار كانه يجدد عقد الوكالة في كل ساعة فيتبعه فكان كل جزء منه بمنزلة ابتداء العقد فلا بد من قيام الامر اي فلا بد من قيام امر الموكل بالتوكيل في كل ساعة اذ كان لا بد من امره بذلك في ابتداء العقد فكذا فيما هو بمنزلته وقد يبطل اي امر الموكل بهذه العوارض وهي الموت والجنون والارتداد فان قيل البيع بالخيار غير لازم مع ذلك لا يبطل البيع بالموت بل تقرر ويبطل الخيار قلنا الاصل في البيع اللزوم وعدم اللزوم بسبب لعارض وهو الخيار فاذا مات تقرر الاصل وبطل العارض كذا في الشروح وشرط اي شرط في بطلان الوكالة ان يكون الجنون مطبقا لان قليله اي قليل الجنون بمنزلة الاغماء فلا تبطل به الوكالة كما لا تبطل بالاغماء وحد المطبق اي حد الجنون المطبق شهر عند ابي يوسف رح وروي ذلك ابو بكر الرازي عن ابي حنيفة رح اعتبارا بما يسقط به الصوم اي صوم شهر رمضان وقال في الواقعات الحسامية في باب البيوع الجائزة والمختار ما قاله ابو حنيفة رح انه مقدر بالشهر لان ما دون الشهر في حكم العاجل فكان قصيرا والشهر فصاعدا في حكم الاجل فكان طويلا وعنه اي عن ابي يوسف رح اكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات الخمس فصاعدا اي فصاعدا من حين في مدة المدة كاملة فلا يصلح للوكالة وقال محمد رح حول كامل قال الناطفي في الاجناس قال ابن سماعة في نوادره قال محمد رح في قوله الاول حتى يجن يوما وليلة فيخرج الوكيل من الوكالة ثم رجع فقال حتى يجن شهرا ثم رجع وقال حتى يجن سنة لانه يسقط به اي بالحول الكامل جميع العبادات واما ما دون الحول فلا يسقط به الزكوة

فقتله به احتياطا قالوا احكم المذكور في اللحق وقول ابي حنيفة رح كان تصرفات امرئ موقوفة عنده فكذا وكالته فان اسلم نفذ وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما تصرفاته نافذة وكالته لا تبطل الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه وقد مر في السير

لان موجبها مقدر بالحول فلا يكون في معنى الموت فقدر به اي فقدر حد الجنون المطبق بالحول الكامل احتياطا قال في الكافي وهو الصحيح وكذا قال في التبيين قالوا اي المشائخ الحكم المذكور في اللحق اي الحكم المذكور في اللحق في مختصر القدوري وهو اذا ذكر قبل هذا بقوله ولحاقه بدار الحرب مرتدا قول ابي حنيفة رح ان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته قال المصنف في باب احكام المرتدين من كتاب السير اعلم ان تصرفات المرتد على اربعة اقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لانه لا يتصرف الى حقيقة الملك وتمام الولاية وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لاعتقاد الملة ولانه وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لانها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد مالم يسلم ومختلف في توقفه وهو ما عددناه انتهى وقال الشراح هناك يعني بقوله ما عددناه ما ذكره بقوله ما عدا ما اشتراه او اعتقاده وهب او تصرف فيه من امواله في حال ردته فهو موقوف اقول فقد تلخص من ذلك ان مراده ههنا ان بعض تصرفات المرتد موقوف عنده فكذا وكالته لانها في حكم ذلك ولكن عبارته غير واضحة في افادة المراد فان اسلم نفذ اي فان اسلم المرتد نفذ تصرفه السابق وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما فتصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه حتى يستقر امر اللحاق وقدمنا في السير اي مر كون تصرف المرتد موقوفا عند ابي حنيفة رح نافذا عندهما مع ذكر دليل الطرفين مستوفا في باب احكام المرتدين من كتاب السير وستشكل صاحب التبيين هذا المقام حيث قال فيما نسب الى ابي حنيفة رح نظرا الى ان المرتد اذا لحق بدار الحرب ولم يحكم به الحاكم حتى عاد مسلما صار كان لم يزل مسلما عند ابي حنيفة رح انتهى فكيف يبطل توكيله وسائر تصرفاته قبل ان يقضي بذلك فتقول ابو حنيفة رح انما نسب اليه ما نسب لانه حربي مقهور غير انه رجي اسلامه فتوقفنا فان اسلم جعل العارض كالمعدوم والمعلل كالمعدوم فنفذ تصرفه فعلى هذا يجب ان لا يبطل توكيله بمجرد اللحاق بل لا بد من الحكم به فينبغي ان يكون حكم الموكل كذلك لا يبطل توكيله بمجرد لحاقه عنده انتهى كلامه واقول ههنا كلام آخر وهو ان الامام قاضيخان ذكر في فتاواه ما ينافي ما نقله المصنف ههنا عن المشائخ حيث قال في فصل ما يبطله الارتداد من باب الردة واحكام اهلها من كتاب السير وان وكل رجلا ثم ارتد الموكل ولحق بدار الحرب ينعزل وكيله في قولهم انتهى فانه صريح في ان الحكم المذكور في اللحاق قولهم جميعا لا قول ابي حنيفة رح فقط فان قلت يجوز ان يكون المراد باللحاق بدار الحرب فيما ذكر في فتاوى قاضيخان ان يحكم الحاكم بلحاقه بها قلت ظاهر اللفظ لا يساعد ذلك فان جاز حمله عليه بدلالة القرائن والقواعد فلم لا يجوز الحمل عليه في مسئلة الكتاب ايضا حتى يكون المسئلة اجماعية وتخلص عن التكلف الذي ارتكبوه في تخصيصها بقول ابي حنيفة رح ثم اقول الحق عندي ان المراد بما ذكر في الكتاب اللحاق مع قضاء القاضي به دون مجرد اللحاق فالمسئلة اجماعية وعن هذا قال الامام الزيلعي في شرح هذا المقام من الكنز والمراد بلحاقه بدار الحرب مرتدا ان يحكم الحاكم بلحاقه لان لحاقه لا يثبت الا بحكم الحاكم فاذا حكم به بطلت الوكالة بالاجماع انتهى وما يؤيد كون المراد باللحاق المبطل للوكالة اللحاق مع قضاء القاضي به دون مجرد اللحاق ان بعض المشائخ قيد اللحاق بقضاء القاضي به عند بيانهم لبطلان تصرفات المرتد عند ابي حنيفة رح بالموت والقتل واللحاق بدار الحرب منهم صاحب المحيط فانه قال بعد بيان انواع الاربعة تتصرفات المرتد ونوع منها اختلفوا في نفاذه وتوقفه وذلك كالبيع والشراء والاجارة والتدبير والكتابة والوصية وقبض الديون فعند ابي حنيفة رح يتوقف هذه التصرفات فان اسلم نفذ وان مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه تبطل وعندهما تنفذ هذه التصرفات انتهى ومنهم الامام قاضيخان فانه قال في فتاواه اثنا ربيان الوجوه الاربعة لتصرف المرتد ومنها ما اختلفوا في توقفه نحو البيع والشراء والاجارة والاعتاق والتدبير والكتابة والوصية وقبض الديون عند ابي حنيفة رح هذه التصرفات موقوفة فان اسلم نفذ وان مات او قتل او قضى بلحاقه بدار الحرب بطل وعند صاحبيه تنفذ في الحال انتهى الى غير ذلك من الثقات حتى ان صاحب الوقاية قال في باب المرتد وتوقف مفاوضته وبيعه وشراءه وهبته واجارته وتدبيره ووصيته

وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت او تلحق بدار الحرب لان ردتها لا توجب عقودها لانها لا تقتل على ما عرف في السير قال بعض العلماء وبعد نقل هذا من الهداية ويعلم من هذا ان الرجل الموكل اذا ارتد تبطل وكالته بحجر الارتداد وبدون اللحوق فينبغي ان يقول في قوله السابق وارتداده بدل قوله ولحاقه بدار الحرب مرتدا انتهى اقول هذا خبط منه فانه رحمه الله لم يقل في قوله فالوكيل على وكالته حتى تموت او تلحق بدار الحرب ان وكالته لا تبطل قبل موت موكلته المرتدة او لحوقها بدار الحرب واخذ منه بطريق مفهوم المخالفة ان الرجل الموكل اذا ارتد تبطل وكالته بحجر الارتداد وبدون اللحوق وليس مراده ذلك بل مراده ان تصرف الوكيل نافذ قبل موت موكلته المرتدة او لحوقها بدار الحرب بالاجماع بخلاف ما اذا كان الموكل رجلا فارتد فان تصرف الوكيل ليس بنافذ هناك عند ابي حنيفة رح لبطلان ردته موكلا بل هو موقوف عنده على ما مر بيانه فافترقا ولها بطلان الوكالة فلا تحقق في الصورتين معا قبل الموت او اللحوق بدار الحرب فانتظم السياق واللحاق ثم اعلم ان كون الوكيل على وكالته في صورة ان كان الموكل امرأة فارتدت فيما خلا التوكيل بالتزويج فان ردتها تخرج الوكيل بالتزويج من الوكالة لانها حين كانت مالكة للعقد وقت التوكيل تثبت الوكالة في الحال ثم بردتها يخرج من ان تكون مالكة للعقد فيكون ذلك عزلا منها للوكيل فبعد العزل لا يعود وكيلا الا بالتجديد كذا في المبسوط وذكر في الشروح قال اي القدوري في مختصره واذا وكل المكاتب ثم عجز اي عجز اي عجز او ابدل الكتابة فعاد الى الرق او اذا الماذون له اي او وكل العبد الماذون له ثم حجر عليه اي على الماذون له وكان التوكيل في هاتين الصورتين بالعيوب او الخصومات او الشريكان اي او وكل احد الشريكين ثالثا ثبتي مما لم يذكره فافترقا اي فافترق الشريكان بعد التوكيل فهذه الوجوه اي العجز والحجر والافتراق تبطل الوكالة اي تبطل الوكيل حلم اي علم الوكيل بذلك او لم يعلم لما ذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل اي قيام الامر بالحجر في الماذون له والعجز في المكاتب والافتراق في الشريكين واما اذا كان توكيل المكاتب او العبد الماذون له بقضاء الدين والتقاضي فلا يبطل ذلك التوكيل بعجز المكاتب ولا بالحجر على الماذون له لان في كل شيء وليه العبد الا يستفاد المطالبة عند بالحجر عليه بل يبقى هو مطالبا بايفائه وله ولاية مطالبة استيفاء ما وجب له لان وجوبه كان بعقده فاذا بقي حقه بقي وكيله على الوكالة كما لو وكله ابتداء بعد العجز او الحجر بعد انعقاد العقد مباشرة وكذا اذا وكل احد المتفاوضين وكيلا بشيء هو وليه ثم افترقا واقتسما واستشهدا انه لا شركة بينهما ثم مضى الوكيل ما وكل به وهو لا يعلم او لا يعلم جاز ذلك عليهما لان توكيل احدهما في حال بقاء عقد المفاوضة كتوكيلهما فصار وكيلا من جهتهما فلا ينعزل بنقضها الشركة بينهما كذا في المبسوط وقد يقال ان يقول هذا لا يفصل بين وليه وبين ما لم يله فالفارق والجواب ان احد المتفاوضين اذا وكل فيما يليه كان التوكيل من جهتهما مباشرة وجهة كونه شركة فان بطلت جهة كونه شركة بفسخ الشركة لم تبطل الاخرى وهي مستندة الى حال المفاوضة وتوكيل احدهما فيها كتوكيلهما فيبقى في حقهما واذا وكل فيما لم يكن توكيله جهة كونه شريكا لا غير وقد بطلت بفسخ الشركة فيبطل في حقهما جميعا الى هنا كلامه واعلم انه اذا وكل احد شريكي العنان وكيلا ببيع شيء من شركتهما جاز عليه وعلى صاحبه استحسانا وكان القياس ان لا يجوز لان كل واحد من الشريكين وكيل من جهة صاحبه في التصرف وليس للوكيل ان يوكل غيره لان الموكل يأمره بذلك ووجه الاستحسان ان كلا من الشريكين في حق صاحبه بمنزلة وكيل فوض الامر اليه على العموم لان مقصودهما تحصيل الربح وذلك يحصل بتصرف واحد فصار ماذونا من جهة صاحبه بالتوكيل قال صاحب غاية البيان قال الشيخ ابو نصر البغدادي وهذا الذي ذكره القدوري جميعه جائز على الاصل الا في الشريكين وفيما ذكره صاحب الكتاب نظرا الى هنا لفظه يعني ان احد شريكي العنان اذا فاوض فاذا وكل وكيلا ثم افترقا بطلت الوكالة على ما ذكره القدوري ولكن في ذلك خلاف رواية الاجارى الى ما قال محمد رح في الاصل واذا وكل احد المتفاوضين وكيلا بشيء مما ذكرت لك وهو الذي ولي ذلك ثم افترقا

[illegible] العلم بعده به لان حد الجنون اختلاط الامر على المجنون بحيث لا يقف على العاقبة كالصبي [illegible] وكيلا وجن جنونا مطبقا بطلت لو كان قد لا يفيق اصلا او بعد جنون يدوم يوما وليلة وان افاق بدار الحرب مرتدا لم تعد الا بعود مسلما قال رضوا هذا عند محمد رح واما عند ابي يوسف رح فلا تعود الوكالة لان الوكالة اطلاق لا يرفع المانع اما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به واما العجز يعارض المعاني التي بين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا

واقتسما واشهدا انه لا شركة بينهما ثم ان الوكيل اشترى الذي كان وكل به وهو يعلم او لا يعلم فانه يجوز ذلك كله عليهما جميعا وكذلك لو كانا وكلاه جميعا لان الوكالة احدهما جائزة على الآخر وليس تفرقهما بنقض الوكالة الى هنا لفظ محمد رح في باب وكالة احد المتفاوضين ثم قال صاحب الغاية والعجب من صاحب الهداية ابهم الامر ولم يتعرض لكلام القدوري والغالب على ظني ان القدوري اراد بذلك الوكالة الثانية في ضمن عقد الشركة لا الوكالة الابتدائية القصدية لان تضمن ذوب عقد الشركة اذا بطل بقي ما في ضمنه لامحالة والا يلزم ان يكون قوله مخالفا للرواية انتهى اقول ان قوله والا يلزم ان يكون قوله مخالفا للرواية لا محالة ليس تاما لامحالة اذ على تقدير ان يكون مراده الوكالة الابتدائية كما هو المتبادر من كلامه لا يكون مخالفا للرواية المذكورة يحمله على التوكيل بشيء لم يله الموكل بنفسه كما فصلناه من قبل وفي الرواية المذكورة ايضا اشارة الى ذلك فان قول محمد رح في الاصل اذا وكل احد المتفاوضين وكيلا بشيء مما ذكرت لك وهو الذي يلي ذلك احتراز عن التوكيل بشيء لم يله كما لا يخفى لا يقال مراد صاحب الغاية والا يلزم ان يكون ظاهر اطلاق قوله مخالفا للرواية فلا يناسبه التطبيق بتقييد وتاويل لانا نقول هذا المعنى مشترك الالزام فلا وجه لذلك القول بعدان قيده ايضا واوله بتاويل بعيد كما ترى ولا فرق بين العلم وعدمه اي لا فرق في الوجوه المذكورة بين علم الوكيل بسبب بطلان الوكالة وعدم علمه بذلك لان هذا عزل حكمي اي عزل عن طريق الحكم فلا يتوقف على العلم اذ العلم شرط العزل القصدي دون العزل الحكمي كالتوكيل بالميت اذا باعه الموكل اذا وكل بعبد الموكل حيث ليصير الوكيل معزولا حكما لفوات محل تصرف الوكيل قال اي القدوري اي في مختصره واذا مات الوكيل او جنونا مطبقا بطلت الوكالة لما فرغ من العوارض المبطلة للوكالة من جانب الموكل شرع في العوارض المبطلة لها من جانب الوكيل قال المصنف في تعليل ما ذكر لانه لا يصح امره اي امر الوكيل بعد جنونه وموته والامر في قوله لا يصح امره مصدر مضاف الى المفعول ومسناده الامر الذي كان مامورا به لم يبق صحيحا وانما عبر عنه بذلك لما ذكرنا ان لمدة حكم الابتداء كذا في النهاية اقول وهنا شيء آخر وهو ان الاستدراك انما يحسن اذا لم يخف على احد المعنى ان ذكر كون موت الوكيل مبطلا للوكالة قليل الجدوى لانه بين غني البيان لا يقال المراد بذلك دفع احتمال جريان الارث من الوكيل في حق الوكالة لانا نقول احتمال ذلك مع كونه في غاية البعد في نفسه بناء على ظهور ان الموكل رضي برأي الوكيل لا برأي غيره لا يندفع بالتقييد الذي ذكره المصنف ولا يرد الامر بالوكالة وان لم يبق صحيحا بالنظر الى الوكيل الميت لانه يحتمل ان يبقى صحيحا بالنظر الى صاحبه الحي فلا تيمم التعريف وان لحق اي الوكيل بدار الحرب مرتدا لم تعد الا ان يعود مسلما او رجع الى دار الاسلام مسلما هذا اذا حكم القاضي بلحاقه فانه قال شيخ الاسلام في المبسوط وان لحق الوكيل بدار الحرب مرتدا فانه لا يخرج عن الوكالة ما لم يقض القاضي بلحاقه وبهذا اشار الى شمس الائمة السرخسي في مبسوطه حيث قال ولو ارتد الوكيل ولحق بدار الحرب انتقضت الوكالة لانقطاع العصمة بين من هو في دار الحرب وبين من هو في دار الاسلام واذا قضى القاضي بلحاقه بموته او حبسه من اهل دار الحرب فتبطل الوكالة انتهى كذا في النهاية وغيرها قال اي قال المصنف وهذا اي جواز التصرف للوكيل عند عوده مسلما عند محمد رح خلافا عند ابي يوسف رح لان العود الوكالة وان عاد مسلما عند محمد رح لان اطلاق اي اطلاق التصرف لانه اي الوكالة بتاويل التوكيل والعقد اذا بطل بالحجر ورفع المانع فان الوكيل كان ممنوعا شرعا عن ان يتصرف في شيء لوكالته فاذا وكله برفع المانع اما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به اي بالوكيل يعني ان الوكيل لا يحدث فيه اهلية وولاية بل انما يتصرف بمعان قائمة به وهي العقل والقصد الى وكالته التصرف والذمة الصالحة له انما عجز اي انما عجز الوكيل عن التصرف بعارض اللحاق لتباين الدارين يعني ان الاطلاق باق من جهة الموكل بعد عروض هذا العارض ولكن انما عجز الوكيل عن التصرف بهذا العارض فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا وفي المبسوط ومحمد رح يقول صحت الوكالة لحق الموكل

ولابي يوسف رحمه الله اثبات ولاية التنفيذ كان ولاية اصل التصرف باهليته وولاية التنفيذ بالملك وبالالحاق لحق بالاموات وبطلت الولاية فلا تعود كملكه في ام الولد والمدبر وكوعاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة في الظاهر وعن محمد رحمه الله انها تعود كما قال في الوكيل والفرق له على الظاهر ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل بالالحاق **قال** ومن وكل اخر بشئ ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة وهذا اللفظ ينتظم وجوها مثل ان يوكله باعتاق عبده او بكتابته فاعتقه او كاتبه الموكل بنفسه او يوكله بتزويج امرأة او بشراء شئ

وحقه قائم بعد لحاق الوكيل بدار الحرب ولكنه عجز عن التصرف تعارض والعارض على شرف الزوال فاذا زال كان لم يكن فيبقى الوكيل على وكالته فصار بمنزلة المغمى عليه زمانا ثم افاق **ولابي يوسف** رحمه الله اي التوكيل اثبات ولاية التنفيذ اي تمليك ولاية تنفيذ التصرف في حق الوكالة للوكيل لا اثبات ولاية اصل التصرف له لان ولاية اصل التصرف ثابتة له بالاهلية بجنس التصرف في حد ذاته وولاية التنفيذ بالملك اي وتمليك ولاية التنفيذ يلحق بالملك لان التمليك بالملك غير متحقق فكان الوكيل مالكا للتنفيذ بالوكالة وبالالحاق اي بالالحاق بدار الحرب لحق اي الوكيل بالاموات فبطل الملك وبطلت الولاية اذا بطلت الولاية بطل التوكيل لما يلزم تخلف المعلول عن العلة فلا تعود اي الولاية يعني اذا بطلت الولاية فلا تعود كملكه في ام الولد والمدبر فانه اذا لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه اعتق ام ولده ومدبره ثم يعوده مسلما لا يعود ملكه فيهما ولا يرتفع العتق فكذلك الولاية التي بطلت لا تعود واشار اليه بقوله لحق بالاموات الى ان وضع المسألة فيما اذا قضى القاضي بلحاقه واما اذا لم يقض بذلك فلا يخرج الوكيل عن الوكالة عندهم جميعا كما ذكرنا من قبل قال صاحب الكفاية بقي الكلام في قوله لان ولاية اصل التصرف بالاهلية فانه بعيد التعلق عما استدل به عليه وهو قوله انه اثبات ولاية التنفيذ الا ان يتكلف فيقال الوكيل له ولايتان ولاية اصل التصرف وولاية التنفيذ والاولى ثابتة له قبل التوكيل وبعده والثانية لم يكن ثابتة قبله وانما ثبتت بعده ولم يجد عليه شئ سوى التوكيل فكانت ثابتة به انتهى اقول ان قوله لان ولاية اصل التصرف بالاهلية ليس بدليل على منطوق قوله انه اثبات ولاية التنفيذ حتى يتوجه انه بعيد التعلق عما استدل به عليه بل هو دليل على مفهوم ذلك وهو انه اذا لم يكن اثبات ولاية التنفيذ اثبات ولاية اصل التصرف كما اشرنا اليه في شرح هذا المقام من قبل فالمعنى ان التوكيل اثبات ولاية التنفيذ للوكيل لا اثبات ولاية اصل التصرف له حتى يجوز ان تعود الوكالة بعود الوكيل مسلما كما قاله صاحب الدراية لان ولاية اصل التصرف ثابتة له بالاهلية في حد ذاته فلا يتصور ان تثبتها الموكل له بالتوكيل وان لم يسلم اعتبار مفهوم المخالفة في مثل ذلك فنقول هو دليل على مقدمة مطوية مفهومة من الكلام بمعونة قرينة المقام وهي لا ان اثبات ولاية التصرف له فلا اشكال على كل حال ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا اي وقد لحق بدار الحرب مرتدا وقضى القاضي بلحاقه صرح به في المبسوط وغيره لا تعود الوكالة في الظاهر اي في ظاهر الرواية وعن محمد رح انها اي الوكالة تعود كما قال في الوكيل وفي السير الكبير تعود الوكالة

فتفعل بنفسه او يوكل بطلاق فضاعها الوكيل ثلثا او واحدة واقتضت عدتها او المخلع فخالعها بنفسه كان ما تصرف بنفسه تفعل على الوكيل لانه تصرف فيما وكل به وتعلق حقوقه بالوكيل حتى يرجع عليه بالعهدة ولا يرجع الوكيل على الموكل بشيء لان الحاجة قد انقضت بتصرفه بنفسه ولو وكله ببيع عبد فباعه بنفسه ثم وجد بالعبد عيبا كان للوكيل ان يرده عليه مرة اخرى لان بيعه بنفسه لم يقع قضاء لانه لو قال لم اقض الا بالبيع

بشيء شيئا بعينه لم يقدر ان يفعله بنفسه اي فتفعل الموكل او وكل بنفسه بان تزوجها بنفسه او يشتري به بنفسه فان ذلك كان عزلا للوكيل فتبطل الوكالة او يوكل بطلاق امرأته فطلقها الزوج وهو الموكل ثلثا اي ثلث تطليقات او واحدة اي او طلقها الثنتين واقتضت عدتها فان الوكالة تبطل هناك ايضا فلا يكون للموكل بعد ذلك ان يطلقها او اتى قيد بالثنتين وترك الواحدة بالثنتين والعدة والمراد بها ما دون الثلث لانه اذا وكله بالطلاق ثم طلقها الموكل تطليقة واحدة او ثنتين بائنة كانت او رجعية فان للوكيل ان يطلقها ما دامت في العدة واما اذا طلقها الموكل ثلث تطليقات ثلثا فلا يملك الوكيل طلاقها لا في العدة ولا بعدها والاصل فيه ان كان الموكل فيه قادرا على الطلاق كان وكيلا ايضا قادرا عليه وما لا فلا كذا ذكره في النهاية والعناية اقول في هذا الاصل نوع اشكال اذ لقائل ان يقول الفرق بين هذه المسئلة وبين مسئلة التوكيل بتزويج امرأة فان الموكل هناك لو تزوجها بنفسه ثم ابانها لم يكن للوكيل ان يتزوجها ثانيا كما صرح به في عامة الكتب وذكر المصنف ايضا فيما يجيء ان الموكل قادر على ان يتزوجها بنفسه مرة اخرى فلم لم يقدر الوكيل ايضا على ان يتزوجها ثانية مرة اخرى وعلل في البدائع عدم قدرة الوكيل عليه بان الامر بالفعل لا يقتضي التكرار فاذا فعل مرة حصل الامتثال فانتهى حكم الامر كما في الاوامر الشرعية والظاهر ان هذا التعليل تقتضي ان لا يقدر الوكيل على التطليق بعد تطليق الموكل مطلقا في مسئلة التوكيل بالطلاق ايضا فان قيل بطلان الوكالة في مسئلة التوكيل بالتزويج بتزويج الموكل بنفسه بناء على انقضاء الحاجة كما ذكره المصنف فيما بعد فلما اقتضت الحاجة في مسئلة التوكيل بالطلاق ايضا بتطليق الموكل بنفسه لا يقال قد يقع الحاجة الى تكرار الطلاق لتشديد الفرقة لانا نقول قد تقع الحاجة الى التزوج مرة اخرى ايضا فلم يتكرر التزوج قاتل الله وبالخلع اي واذا وكله بان يخالع امرأته فخالعها اي فخالعها الموكل بنفسه فان الوكالة تبطل هناك ايضا قال المصنف في تعليل المسائل المذكورة كلها لانه اي الموكل لما تصرف فيما وكل به بنفسه تعذر على الوكيل التصرف في ذلك لامتناع تحصيل الحاصل فبطلت الوكالة ففي جميع ما ذكر حتى لو تزوج امرأة وجها اي لو تزوج الموكل امرأة التي وكل الآخر بتزويجها منه بنفسه وابانها اي ابانها بعد ان دخل بها بنفسه لم يكن للوكيل ان يزوجها ثانيا لان المرأة المبانة من الموكل تقع لان الحاجة قد انقضت اي لان حاجة الموكل قد انقضت بتزوجها بنفسه اقول ههنا كلام اما اولا فلان تفريع هذه المسئلة يجيء على التعليل الذي ذكره لبطلان الوكالة في المسائل المذكورة ليس بتمام لان الموكل انما تصرف بنفسه في تزوجها مرة اولى فهو الذي تعذر على الوكيل التصرف فيه حتى يوجب التعليل المذكور وفحوى هذه المسئلة ان لا يكون للوكيل تزويجها من الموكل مرة اخرى ولا تاثير فيه للتعليل المذكور لان الموكل لم يتصرف بنفسه في هذه المرة حتى يتعذر على الوكيل التصرف فيها واما ثانيا فلان ترك اداة التفريع في هذه المسئلة على سبيل الاستقلال كما وقع في سائر المعتبرات وامثالها فلا يدان اراد بقوله لان الحاجة قد انقضت ان حاجة الى تزوجها مرة اولى قد انقضت فهو مسلم ولكن هذا لا ينافي بقاء الحاجة الى تزوجها مرة اخرى فلا تتم التفريع وان اراد بذلك ان الحاجة الى تزوجها مطلقا قد انقضت فهو مسلم اذ قد يحتاج الرجل الى تزوج امرأة واحدة مرارا متعددة لاسباب داعية اليه فالاولى في تعليل هذه المسئلة ما ذكر في البدائع من ان الامر بالفعل لا يقتضي التكرار فاذا فعل مرة حصل الامتثال فانتهى حكم الامر كما في الاوامر الشرعية بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل اي بخلاف ما اذا تزوج الوكيل امرأة التي وكل بتزويجها من الموكل وابانها اي ابانها بعد ان تزوجها حيث يكون لان تزوج الوكيل تلك المرأة المبانة لبقاء الحاجة اي لبقاء حاجة الموكل الى تزوجها وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه اي فباع الموكل العبد بنفسه يعني بطلت الوكالة في هذه الصورة ايضا فلو رد عليه اي فلو رد السبب على الموكل بعيب بقضاء قاض فعن ابي يوسف انه ليس للوكيل ان يبيعه مرة اخرى روى ذلك عنه ابن سماعة كما صرح به في الذخيرة لان بيعه بنفسه اي لان بيع الموكل ذكر السيد فيكون منعا للوكيل من التصرف فيها فصار كالعزل اي فصار ذلك كعزل الوكيل عن الوكالة فلا يعود وكيلا الا بتجديد الوكالة وقال محمد رح اي للموكل ان يبيعه اي ان يبيع ذلك العبد

مرة اخرى لان الوكالة باقية لانه اى لان الوكالة بتاويل التوكيل او العقد او باعتبار الخبر وقد مر غير مرة اطلاق اسم احدهما على الآخر وهو باق والامتناع انما كان لعجز الوكيل عن التصرف بخروج العبد عن ملك الموكل والعجز قد زال اى وعجز الوكيل قد زال بعود العبد الى قديم ملك الموكل فعادت الوكالة وانما قيد الرد بالعيب على الموكل بقضاء القاضي لان الموكل اذا قبضه قبله بالعيب بعد البيع بغير القضاء فليس للوكيل ان يبيعه مرة اخرى بالاجماع لان الرد بغير القضاء كالعقد المبتدأ في حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما وكان في حق الوكيل كان الموكل اشتراه ابتداء واعلم انه ذكر في المبسوط مسئلة الرد بالعيب بقضاء القاضي من غير خلاف في جواز البيع ووضع المسئلة في الامة فقال ولو باعها او الامر ثم ردت بعيب بقضاء قاض فللوكيل ان يبيعها لان الرد بالعيب بقضاء القاضي فسخ من الاصل وعادت الى قديم ملك الموكل وان قبلها الموكل بالعيب بغير قضاء بعد قبض المشتري لم يكن للوكيل ان يبيعها وكذلك ان تقايلا البيع فيها لان هذا السبب كالعقد المبتدأ في حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان في حق الوكيل كان الموكل اشتراها ابتداء وكذلك ان رجعت الى الموكل بميراث او هبة او غير ذلك بملك جديد لم يكن للوكيل بيعها لان الوكالة تعلقت بالملك الاول وهذا ملك جديد سوى الاول فلما ثبت فيه حكم الوكالة الا بتجديد توكيل من المالك انتهى ولم يذكر الخلاف ايضا في المسئلة المذكورة في الاصل ولا في الكافي للحاكم الشهيد ولا في شرحه للامام علاء الدين الاسبيجابي ولكن ذكره الاتقاني في شرحه فقال قال ابو يوسف رحمه الله ليس للوكيل ان يبيعه وقال محمد رح له ان يبيعه ثم اعلم ان صاحب البدائع بعد ان ذكر الخلاف بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في المسئلة المذكورة قال ولو وكله ان يهب عبده فوهبه الموكل بنفسه ثم رجع في هبته لا تعود الوكالة حتى لا يملك الوكيل ان يهبه فمحمد يحتاج الى الفرق بين البيع والهبة ووجه الفرق له لم يتضح انتهى فقد اراد المصنف بيان وجه الفرق بينهما على قول محمد رح فقال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب اى الموكل بنفسه ثم رجع عن هبته حيث لم يكن للوكيل ان يهب مرة اخرى بالاجماع لانه اى لان الموكل الواهب بنفسه مختار في الرجوع فكان ذلك اى كان رجوعه مختارا دليل عدم الحاجة الى الهبة اذ لو كان محتاجا اليها لما رجع عنها وكان دليلا على نقض الوكالة اما الرد بقضاء اى اما رد البيع بقضاء القاضي على الموكل البائع بنفسه فهو بغير اختياره اى بغير اختيار الموكل فلم يكن دليل زوال الحاجة الى البيع اقول من العجائب ههنا ان الشارح العيني قال في شرح قول المصنف اما الرد بقضاء اى اما رد الهبة بقضاء القاضي وفي شرح قوله بغير اختياره اى اختيار الواهب حيث زعم ان مراد المصنف بيان الفرق بين رد الهبة بالاختيار وبين رده بقضاء القاضي وهذا مع كونه غير صحيح في نفسه كيف يخفى عن تعلق قوله بخلاف اما اذا وكله بالهبة بما سبق من مسئلة توكيله بالبيع وما اذا يقول في قوله فاذا عاد اليه اى الى الموكل قديم ملكه كان له اى للوكيل ان يبيعه فانه صريح في ان مراده الفرق بين البيع والهبة وذكر في التتمة قال محمد رح لا شبهة لهبة البيع لان الوكالة بالبيع لا تقتضي بمباشرة البيع لان الوكيل بعد البيع بقي متولي حقوق العقد ومتصرفا فيها بحكم الوكالة فاذا فسخ البيع والوكالة باقية جاز له ان يبيع ثانيا بحكمها فاما الوكالة بالهبة تقتضي بمباشرة الهبة يعني لا يملك الوكيل الواهب الرجوع ولا يصح تسليمه واذا رجع الموكل في هبته عاد اليه العبد والوكالة فلا يكون الوكيل من الهبة ثانيا انتهى قال في البدائع ثم هذه الاشياء التي ذكرنا انه يخرج بها الوكيل عن الوكالة سوى العزل والنهي لا يفترق الحال فيها بينهما اذا علم الوكيل بها واذا لم يعلم فيما يرجع عن الوكالة لكن يلتقي المفارقة فيها بين البعض وبين البعض من وجه آخر وهو ان الموكل اذا باع العبد الموكل ببيعه بنفسه ولم يعلم الوكيل وقبض الثمن فهلك الثمن في يده وبات العبد قبل التسليم الى المشتري يرجع المشتري على الوكيل بالثمن ويرجع الوكيل على الموكل فكذا لو دبره او اعتقه او استحق وكان ذلك في الاصل وفيما اذا مات الموكل او جن او هلك العبد الذي وكل ببيعه ونحو ذلك لا يرجع والفرق ان الوكيل ههنا كان ان صار معزولا لا يصير الموكل صار معزولا من جهته بترك اعلامه اياه فصار كفعله بما يلحقه من الضمان فيرجع عليه بضمان الكفالة اذا ضمان الغرور في الحقيقة ضمان الكفالة ومعنى الغرور لا يتقرر في الموت

کتاب الدعوی

وہلاک العبد والجنون واخواتہا فہو الفرق ولو وکلہ بقبض دین لہ علی رجل ثم ان الموکل وہب المال الذی علیہ الدین والوکیل لا یعلم بذلک فقبض الوکیل المال فہلک فی یدہ کان للدافع الدین ان یاخذہ الموکل والضمان علی الوکیل لان ید الوکیل ید نیابۃ عن الموکل لانہ قبضہ بامرہ وقبض النائب کقبض المنوب عنہ وکانہ قبضہ بنفسہ بعد ما وہبہ منہ ولو کان کذلک لرجع علیہ فکذا ہذا الی ہہنا لفظ البدائع

کتاب الدعوے

لما کانت الوکالۃ بالخصومۃ التی ہی اشہر انواع الوکالات سیما واحیانا علی الدعوی ذکر کتاب الدعوی عقیب کتاب الوکالۃ لان السبب یتلو السبب ثم ان ہہنا امورا سبق بالشراح بیان امثالہا فی اوائل الکتب حری بمعنی الدعوی لغۃ وشرعا وسببہا وشرطہا حکمہا ونوعہا فقال صاحب النہایۃ وہی فی اللغۃ عبارۃ عن قول یقصد بہ الانسان ایجاب حق علی غیرہ وفی عرف الفقہاء مطالبۃ حق فی مجلس من لہ الخلاص عند ثبوتہ انتہی واعترض علیہ بعض الفضلاء بان المطالبۃ من شرائط صحۃ الدعوی کما سیجی فلا یستقیم تعریفہا بہا للمباینۃ اللہم ان یاول بالمشروط بالمطالبۃ اقول ہذا ساقط لان کون المطالبۃ من شرائط صحۃ الدعوی لا ینافی استفادۃ تعریف نفس الدعوی بہا اذ المباینۃ لصحۃ الشئ لا تقتضی المباینۃ لذلک الشئ الا تری ان کل شئ مباین لصحۃ الکوز ہا وصفا مغائر الہ لیس بمباین لنفسہ قطعا غایۃ ما لزم ہہنا ان یکون صحۃ الدعوی مشروطا بالمطالبۃ التی ہی نفس الدعوی ولا محذور فیہ فان صحۃ الدعوی وصف لہا وتحقق الوصف مشروط بتحقق الموصوف دائما وقال صاحب النہایۃ بعد بیان معناہا اللغوی والشرعی علی وجہ البسط والتفصیل واما سببہا فما ہو السبب الذی ذکرناہ فی النکاح والبیوع لان دعوی المدعی لا تخلو اما ان یکون امرا راجعا الی بقاء نفسہ او امرا راجعا الی بقاء نفسہ وما یتبعہا وکلاہما قد ذکرا واما شرط صحتہا علی الخصوص فمجلس القضاء لان الدعوی لا تصح فی غیر ہذا المجلس حتی لا تجب علی المدعی علیہ جواب المدعی ومن شرائط صحتہا ایضا ان یکون دعوی المدعی علی خصم حاضر ان یکون المدعی بہ شیئا معلوما وان یتعلق بہ حکم علی المطلوب لما ان الفاسدۃ من الدعوی ہی ان لا یکون الخصم حاضرا وان یکون المدعی بہ مجہولا لان عند الجہالۃ لا یمکن للمشہود والشہادۃ وللقاضی القضاء بہ وان لا یلزم علی المطلوب شئ بدعواہ نحو ان یدعی انہ وکیل ہذا الخصم الحاضر فی امر من امورہ فان القاضی لا یسمع دعواہ ہذا اذا انکر الآخر لانہ یمکنہ عزلہ فی الحال واما حکمہا فوجوب الجواب علی الخصم بنعم او بلی ولہذا وجب علی القاضی احضارہ مجلس الحکم حتی یوفی ما استحق علیہ من الجواب واما انواعہا فشیآن دعوی صحیحۃ ودعوی فاسدۃ فالصحیحۃ ما یتعلق بہا احکامہا وہی احضار الخصم والمطالبۃ بالجواب والیمین اذا انکر وفی مثل ہذہ الدعوی یمکن اثبات المدعی بالبینۃ او بالنکول عن الدعوی الفاسدۃ ما لا یتعلق بہا ہذہ الاحکام وفساد الدعوی باحد معنیین اما ان لا یکون ملزما للخصم شیئا وان ثبت علی ما قلنا من ان یدعی علی غیرہ انہ وکیلہ والثانی ان یکون مجہولا فی نفسہ والمجہول لا یمکن اثباتہ بالبینۃ فلا یمکن القاضی من القضاء بالمجہول لا بالبینۃ ولا بالنکول انتہی اقول فی تحریرہ نوع اختلال واضطراب فان قولہ واما شرط صحتہا علی الخصوص الی قولہ وان یتعلق بہ حکم علی المطلوب یدل علی ان لصحتہا شروطا اربعۃ وہی مجلس القضاء وحضور الخصم وکون المدعی شیئا معلوما وان یتعلق بہ حکم علی المطلوب وبقضیۃ ہذا ان یکون فسادہا باحد امور اربعۃ وہی انتفاء ہذہ الشروط الاربعۃ وہی قولہ لما ان الفاسدۃ من الدعوی ہی ان لا یکون الخصم حاضرا الی قولہ لانہ یمکنہ عزلہ فی الحال یشعر بان فسادہا انما ہو بامور ثلثۃ وہی عدم حضور الخصم وان یکون المدعی مجہولا وان لا یلزم علی المطلوب شئ بالدعوی بناء علی ان المعرف بلام الجنس اذا جعل بمنزلۃ النکرۃ کما فی قولہ ان الفاسدۃ من الدعوی فہو مقصود علی الاخبر نحو الکرم التقوی والامام من قریش علی ما عرف فی علم العربیۃ وان جعل لہ وفساد الدعوی باحد معنیین الی آخرہ ما یدل علی ان فسادہا باحد الامرین لا غیر لان اضافۃ المصدر کما فی قولہ وفساد الدعوی تفید الحصر نحو ضربتی زیدا فی الدار علی ما نص علیہ

قال المدعى من لا يجبر على الخصومة او تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة معرفة الفرق بينهما من اهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى

العلامة التفتازاني في شرح التلخيص ثم ان قوله واما انواعها فشيآن لا يخلوعن سماجة ظاهرة حيث حمل التثنية على الجمع بالمواطاة قال اى القدوري في مختصره المدعى من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة وزاد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال في متنه المدعى من لا يجبر على الخصومة وقال في شرحه لم يقل اذا تركها كما قال القدوري ومن تبعه لانه غير مجبور حالتي الترك والفعل والقيد المذكور يوهم الاختصاص انتهى اقول فيه بحث اذ على تقدير ترك قيد الترك يلزم ان ينتقض تعريف المدعى بالمدعى عليه حالة الفعل فانه يصدق عليه في هذه الحالة انه لا يجبر على الخصومة ضرورة عدم تصور الجبر على الفعل حالة حصوله واما ابهام القيد المذكور لاختصاص تمام الاندفاعه بشهادة ضرورة الفعل على عدم تصور الجبر حالة الفعل ومعرفة الفرق بينهما اى بين المدعى والمدعى عليه من اهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى فان النبي صلى الله عليه وسلم قال البينة على المدعى واليمين على من انكر والانسان قد يكون مدعيا صورة ومع ذلك يكون القول قوله مع يمينه كما في الموضع اذا ادعى رد الوديعة على ما ذكر في الكتاب فلا بد من معرفتهما وقد اختلفت عبارات المشائخ رحمهم الله فيه اى في الفرق بينهما فمنها ما في الكتاب يعني مختصر القدوري وهو حد عام صحيح وقيل المدعى من لا يستحق الا بحجة وهي البينة او الاقرار والنكول على قول من يرى انه ليس باقرار كما سيعلم في باب اليمين كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذى اليد قال صاحب العناية وهو ليس بعام اى جامع لعدم تناوله صورة الموضع اذا ادعى رد الوديعة انتهى اقول يمكن توضيح كلامه وتقرير مرامه بوجهين احدهما انه تقبل في صورة الصورة قول الموضع مع يمينه كما سيجئ في الكتاب فلا يصدق عليه انه لا يستحق الا بحجة وثانيهما ان الموضع في تلك الصورة لا يستحق شيئا فلا يصدق عليه انه يستحق بحجة ثم اقول يمكن الجواب عن الوجهين معا بانه سيجئ في الكتاب ان الاعتبار عند الحداق من اصحابنا للمعاني دون الصورة فلهذا ان الموضع اذا قال ردوت الوديعة فالقول له مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان فيجوز ان يكون مدار التعريف المذكور على المعنى المعتبر دون الصورتين فح لا ضير في عدم تناول تعريف المدعى صورة الموضع اذا ادعى رد الوديعة لعدم كونه مدعيا حقيقة او معنى ويمكن جواب آخر عن الوجه الاول بان الموضع من حيث انه موضع رد الوديعة لا يستحق الا بحجة واما استحقاقه لقوله فانما هو من حيث انه مدعى عليه وبالجملة قيد الحيثية معتبر وقال صاحب العناية بعد قوله المذكور ولعله غير صحيح لان المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره انتهى اقول ويمكن الجواب عن هذا ايضا بان دفع استحقاق غيره لا ينافي استحقاق نفسه بل لتقضيه بناء على ان الحقوق لا تتحقق بدون المستحق فكون المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره لا ينافي صحة تعريفه عن يكون مستحقا بقوله وعن هذا قال صاحب الكافي وصاحب الكفاية في بيان تعريف المدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة فانه اذا قال هو لي كان مستحقا له ما لم يثبت الغير استحقاقه فان قلت صيغة الفعل لقيد التجدد والحدوث على ما يقرر في علم العربية فيكون معنى من يكون مستحقا بقوله من يتجدد ويحدث استحقاقه بقوله مع ان استحقاق المدعى عليه لا يتجدد ولا يحدث بقوله بل يكون باقيا على ما كان عليه قبل الدعوى قلت هذا مناقشة لفظية يمكن دفعها ايضا بان يقال المراد بمن يكون مستحقا بقوله من يكون ثابتا على الاستحقاق بقوله على ان يكون مستحقا مجازا تاما على الاستحقاق بقرينة قوله كذا اليد ونظير هذا ما ذكر المفسرون في قوله تعالى اهدنا الصراط المستقيم من ان معناه ثبتنا على هدى الصراط المستقيم فالذي يلزم حينئذ من صيغة الفعل في تعريف المدعى عليه بما ذكر ان يتجدد الثبات على الاستحقاق لا ان يتجدد نفس الاستحقاق ولا محذور فيه واجاب بعض الفضلاء بما ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال قد مر في الدرس السابق ان لدوام الامور المستمرة غير اللازمة حكم الابتداء وان في العدول من ان يقال الذي يستحق بقوله الى ان يكون مستحقا بقوله اشعارا على دفع هذا الكلام لان معناه من يكون مستحقا دائما لا لانه الدال على الدوام والثبات انتهى اقول في كل من شقي جوابه نظرا اما في شقه الاول فلانا سلمنا ان لدوام المتصرفات الغير اللازمة حكم الابتداء على ما مر في اوائل الباب السابق ولكن لا نسلم ان ما نحن فيه من ذلك القبيل فتامل واما في شقه الثاني فانه لا يذهب على من له ادنى دراية بالعلوم الادبية انه لا فرق بين ان يقال من يستحق بقوله بدون قوله

وقيل المدعى من يتمسك بخلاف الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر وقال في الاصل المدعى عليه هو المنكر ومن البينات معرفة وجوه جميع بالقدر المحتاج من جهة ملازمة الخصوم دون الصبيان الموزع اذا قال لك عندي وديعة فقال فوالله ما لك عندي وديعة فهو مقر بالوديعة ولو قال ما استودعتني شيئا قط فهو منكر لان معناه

من يكون مستحقا للقول لفظ افادة التجدد والحدوث لان صلة من تشتق كل واحد منهما جملة فعلية فتدل على التجدد والحدوث قطعا وكون الخبر اسما في الثانية مما لا يخل لفظ افادة الدوام والثبات اصلا على ان الاشتقاق من مختفي النجاة كالرضي واضرابه صرحوا بان ثبوت خبر باب كان مقترن بالزمان الذي يدل عليه صيغة الفعل الناقص اما ماضيا او حالا او استقبالا فكان للماضي ويكون للحال والاستقبال ولكن للاستقبال وقال الفاضل الرضي وذهب بعضهم الى ان كان يدل على الاستمرار مفهوما من الخبر في جميع الزمن الماضي وبشهادة قوله تعالى وكان الله سميعا بصيرا وذهل لهذا الاستمرار استفادة من قرينة وجوب كون الله سميعا بصيرا لا من لفظ كان الا ترى انه يجوز كان زيد نائما فاستيقظ وكان قياس ما قال ان يكون كن ويكون للاستمرار ايضا وقول الصدر وتكون ناقصة لثبوت خبرها دائما منقطعا وعلى ذلك القياس يعني انه يجيء دائما كما في الآية ومنقطعا كما في قولك كان زيد قائما ولم يدل لفظ كان على احد الامرين بل ذاك الى القرينة انتهى كلامه فقد تقرر من هذا ان الدوام في مضمون خبر كان عند المحققين انما ذهب اليه البعض وهو لا دوام في خبر يكون الذي كلامنا فيه فيما لم يذهب اليه احد فتأمل فما ذكره ذلك الفاضل يجيء ما في من قواعد العربية بالكلية نعم لو كان المذكور في التعريف من هو مستحق لقوله بالجملة الاسمية ليتم الفرق وليس فليس وقيل المدعى من يتمسك بخلاف الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر قال صاحب العناية وهذا منقوض بالمودع فانه مدعى عليه وليس متمسكا بالظاهر اذ رد الوديعة ليس بظاهر لان الفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال ولهذا قلنا اذا ادعى المديون براءة ذمته بدفع الدين الى وكيل رب المال وهو ينكر الوكالة فالقول لرب المال لان المديون يدعي براءة بعد الشغل وكانت عارضة والشغل اصلا ويجوز ان يورد بالعكس بانه مدع ويتمسك بالظاهر وهو عدم الضمان انتهى اقول فيه بحث اذ لا نسلم ان المودع من حيث هو مدعى عليه ليس بتمسك بالظاهر قولك اذ رد الوديعة ليس بظاهر قلنا مسلم لكن لا نسلم تمسكه به من حيث هو مدعى عليه بل هو من هذه الحيثية متمسك بعدم الضمان وهو الظاهر وكذا لا نسلم انه من حيث هو مدع تمسك بالظاهر بل هو من هذه الحيثية متمسك بالظاهر وهو الوديعة والحاصل ان صاحب العناية زعم حيثية كون المودع مدعيا حيثية كونه مدعى عليه وبالعكس فاورد النقض على تعريفيها وليس الامر كما زعمه كيف ولو تم ما زعمه لورد النقض بالمودع اذا ادعى رد الوديعة على التعريف الاول ايضا بانه مدع رد الوديعة ويجبر على الخصومة مع انهم اتفقوا على انه مدعى صحيح ثم ان ما ذكرناه كله على تسليم اعتبار جانب الصورة ايضا فيما اذا ادعى المودع رد الوديعة واما على تقدير ان كان المعتبر هو جانب المعنى دون جانب الصورة كما ذكرناه من قبيل ويجيء في الكتاب فلا يتوجه النقض بالعكس اصلا واعترض بعض العلماء على بعض مقدمات ما ذكره صاحب العناية ههنا حيث قال فيه كلام وهو ان في صورة الوديعة ليس في ذمة المودع شيء من المال حتى يكون دعوى الرد منه دعوى البراءة بعد الشغل بل انما هي مجرد انكار الضمان وثبوت الشيء في ذمة بخلاف صورة الدين والشيء الى هذا في الكافي انتهى اقول نعم وافاده اليه بل صرح به في الكافي وعامة الشروح والظاهر ان صاحب العناية راه واطلع عليه ولكن لا بعد ذلك عليه ان يقول سلمنا ان في صورة الوديعة ليس في ذمة المودع شيء من المال ولكن في عهدة حفظ مال الوديعة اذ قد تقرر في كتاب الوديعة انما عقد استحفاظ وان حكمها وجوب الحفظ على المودع وكان دعوى الرد منه دعوى البراءة بعد اشتغال ذمته بالحفظ والفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال فليتأمل كلامه وتمام مرامه واما قوله ولهذا قلنا اذا ادعى المديون براءة في

قال ولا يقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره

اذا تعارض الجهتان في صورة فالترجيح لاحدهما على الاخرى يكون بالفقه اى باعتبار المعنى دون الصورة فان المودع اذا قال ردت الوديعة فهو مدع صورة فلو اقام على ذلك بينة قبلت والقول له مع يمينه ايضا فكان مدعى عليه فاذا اقام البينة اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معنا فانه ينكر الضمان والقول قول المنكر مع يمينه انتهى اقول شرح هذا المقام بهذا الوجه لا يكاد يصح اما اولا فانه غير مطابق للمشروح لان قول المصنف والترجيح بالفقه عند الحذاق من اصحابنا لان الاعتبار للمعانى دون الصور صريح فى ان المعتبر هو المعانى لا غير وقول صاحب الغاية فاذا اقام البينة اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معنا يخالفه لانه صريح فى ان الصورة ايضا معتبرة فيصير هذا من قبيل الجمع بين الجهتين لا من قبيل ترجيح احدهما على الاخرى واما ثانيا فلان اول هذا الشرح يخالف آخره فان قوله فى الاول اذا تعارض الجهتان فى صورة فالترجيح لاحدهما على الاخرى يكون بالفقه اى باعتبار المعنى دون الصورة صريح فى ان المعتبر جهة المعنى دون جهة الصورة وقوله فى الآخر فاذا اقام البينة اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معنا صريح فى ان كلتا الجهتين معتبرتان ثم ان بعض الفضلاء قصد توجيه كلام صاحب الغاية ههنا وتبيين مرامه فقال المراد بالجهتين هى الانكار الصورى والانكار المعنوى لا الادعاء الصورى والانكار المعنوى على ما توهم من ظاهر كلامه فان كلا منهما معتبر حيث تقبل بينة الرد ايضا فلا يظهر ترجيح المعنوى انتهى اقول هذا ايضا غير صحيح اما اولا فلان الشرح لا يطابق المشروح ايضا فان قول المتن لان الاعتبار للمعانى دون الصور فان المودع اذا قال ردت الوديعة فالقول له مع يمينه ان كان مدعيا للرد وصورة ميل قطعا على ان الرد بالصورة ههنا الادعاء الصورى حيث جعل الصورة فيه للادعاء فى قوله وان كان مدعيا للرد صورة واما ثانيا فلانه لا معنى للتعارض بين الانكار الصورى والانكار المعنوى لانه اما ان يراد بالتعارض ههنا مجرد التغاير فى الحقيقة والتنافى فى الصدق وكلاهما غير متحقق بين الانكار الصورى والانكار المعنوى اما عدم تحقق الاول بينهما فظاهر واما عدم تحقق الثانى بينهما فلان المنكر المعنوى فيما اذا قال المودع ردت الوديعة هو المفتح بالفتح حيث ينكر الضمان والمنكر الصورى هو المودع بالكسر حيث ينكر الرد ولا تنافى بين انكار يهما فى الصدق لجواز ان يصدقا معا بان لا يرد المودع الوديعة ولا يجب الضمان عليه بهلاك الوديعة فى يده من غير تعد منه فاذا لم يتحقق شئ من معنى التعارض بينهما فكيف يصح ان يحمل عليه الجهتان فى قوله يعنى اذا تعارض الجهتان ايضا انما يتصور التعارض بين الشيئين عند اجتماعهما فى محل واحد وهو محل الانكار الصورى مثلا لا محل الانكار المعنوى فيما نحن فيه ليقوم احدهما بالمودع بالكسر والآخر بالمودع بالفتح فلا يتصور التعارض بينهما بخلاف الادعاء الصورى والانكار المعنوى فانه يتحقق بينهما التعارض بالمعنى الاول قطعا لمحلهما واحد وهو المودع بالفتح فيكان موقعا للتعارض فيعلم ما قيل وان الصلح حسار ما افسده الدهر ثم ان الحق عندى ان شرح هذا المقام على ما يقتضيه عبارة المتن هو هذا اذا تعارضت الجهتان اى جهتا الادعاء الصورى والانكار المعنوى فالترجيح بالفقه اى بالمعنى عند الحذاق من اصحابنا فان الاعتبار للمعانى دون الصورة فالمودع اذا قال ردت الوديعة والقول له مع يمينه بناء على انه منكر الضمان معنى ولا يعتبر كونه مدعيا للرد صورة وان يقال فى وجه قبول بينة المودع فى تلك الصور انما تقبل بينة المودع اذا قامتها على الرد لدفع اليمين عنه فان البينة قد تقبل لدفع اليمين على ما سيجوابه فى مواضع شتى من كتب الفقه منها ما ذكره صدر الشريعة فى شرح الوقاية فى مسئلة اختلاف الزوجين فى قدر المهر حيث قال ان المرأة تدعى الزيادة فان اقامت بينة قبلت وان اقام الزوج تقبل ايضا لان البينة تقبل لدفع اليمين كما اذا اقام المودع بينة على رد الوديعة على المالك تقبل انتهى فتصفح المراد ودع ما يقع الفساد وقال الامام القدورى فى مختصره والقبول لدعوى حتى يذكر شيئا معلوما فى جنسه كالدراهم والدنانير والحنطة وغيرها وذلك وقدره مثل كذا وكذا دينارا او درهما او دينارا واعلم ان هذا فى دعوى الدين لا فى دعوى العين فان العين اذا كانت حاضرة يكفى الاشارة اليها بان يقول هذه ملكى وان كانت غائبة يجب ان يذكر قيمتها على ما سيفصل فان قلت عبارة الكتب لا تدل

لان فائدة الدعوى الالزام بواسطة اقامة الحجة ولا الزام في المجهول لا يتحقق فان كان عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها ليشير اليها بالدعوى كذا في الشهادات والاستحلاف لان الاعلام بالقصد يمكن شرطه ذلك بالاشارة في المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور على القاضي من اولهم في كل عصر ووجوب الجواب اذا احضر ليفيد حضوره ولزوم احضار العين المدعاة لما قلنا واليمين اذا انكر وسنذكره ان شاء الله تعالى قال وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما لان العين لا تعرف بالوصف والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين

على التقييد قلت نعم الا ان العبارة وقعت كذلك في غاية معتبرات المتون فلعلها بناء على افهام المراد بها مما يذكر بعدها من تفصيل احوال دعوى الاعيان ومع هذا قد تصدى صدر الشريعة في شرح الوقاية لبيان المراد بها على ما بيناه ايضاحا للمقام واما بعض المتاخرين فلما فهموا انحفافا فيها غيروها في متونهم الى التصريح بكل نوع من الدعاوى على حدة مع بيان شرائطه الخصوصة قال المصنف في تعليل المسئلة المذكورة لان فائدة الدعوى الالزام على الخصم بواسطة اقامة الحجة والالزام في المجهول لا تحقق اقول فيه بحث وهو ان عدم تحقق الالزام في المجهول مم اذ قد تقرر في كتاب الاقرار ان الاقرار بالمجهول صحيح وقدمر في صدر كتاب الدعوى ان حكم الدعوى الصحيحة وجوب الجواب على الخصم اما بالاقرار واما بالانكار فعلى تقدير ان اجاب الخصم بالاقرار يمكن الالزام عليه في المجهول ايضا لكونه مؤاخذا باقراره فينبغي ان يصح الدعوى فيه ايضا لظهور فائدتها على تقدير الجواب بالاقرار بالجملة الالزام كما يتحقق بواسطة حجة البينة كذلك يتحقق بواسطة حجة الاقرار فان لم يتصور الاول في دعوى المجهول يتصور الثاني فيها فلا تيمم المطلوب لا يقال اقرار الخصم تحيل لا تحقق فلا تحقق الالزام في دعوى المجهول بل يتحيل لانا نقول المراد تحقق الالزام الذي هو فائدة الدعوى امكان تحققه ووقوعه بالفعل ولا يلزم ان لا تحقق الفائدة في كثير من دعاوى المعلوم ايضا كما اذا عجز المدعي عن البينة ولم يقر الخصم بما ادعاه بل انكر وحلف اذ حينئذ لا يقع الالزام بالفعل قطعا فان كان اي لمدعي عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها اي كلف المدعى عليه احضار العين المدعاة الى مجلس الحكم ليشير اي المدعي اليها بالدعوى هذا الذي ذكر لفظ القدوري في مختصره قال المصنف وكذا في الشهادة والاستحلاف يعني اذا شهدا على العين المدعاة او استحلف المدعي عليه عليها كلف احضارها الى مجلس الحكم ليشير الشهود اليها عند اداء الشهادة وليشير المدعي عليه اليها عند الحلف لان الاعلام بالقصد يمكن شرطه ذلك بالاشارة في المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف حتى قالوا في المنقولات التي تتعذر نقلها كالرحى ونحوه حضر القاضي عندها او بعث امينا كذا في الكافي وغيره ويتعلق بالدعوى اي بالدعوى الصحيحة بمجردها كذا في النهاية ومعراج الدراية وجوب الحضور اي وجوب حضور الخصم مجلس القاضي وعلى هذا القضاة اي على وجوب حضور الخصم مجلس القاضي بمجرد الدعوى الصحيحة القضاة والاصل فيه قوله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون الى قوله بل اولئك هم الظالمون سماهم ظالمين لاعراضهم عند الطلب من آخرهم اي من آخرهم الى اولهم وقال صاحب النهاية اي باجمعهم وهذا ايضا صحيح بالنظر الى المال قال تاج الشريعة اي من اولهم الى آخرهم واقتفى اثره صاحب العناية وهذا بعيد عن عبارة المصنف كما لا يخفى في كل عصر فان عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه فعله وعثمان وعلي رضي الله عنهما فعلا ذلك والتابعون بعد الصحابة رضوان الله تعالى عليهم اجمعين فعلوا ذلك من غير نكير منكر وابن ابي ليلى كان يفعل ذلك لم ينكر عليه ابو حنيفة رحمه الله تعالى غير ذلك من المجتهدين فحل محل الاجماع ووجوب الجواب عطف على وجوب الحضور بلا اي ويتعلق بالدعوى الصحيحة ايضا وجوب الجواب على المدعى عليه بنعم او بلى ليفيد حضوره اي حضور الخصم فان المقصود من حضور الجواب لزوم احضار العين المدعاة اي ويتعلق بالدعوى الصحيحة ايضا لزوم ان يحضر المدعى عليه العين المدعاة الى مجلس القاضي لما قلنا اشارة الى ما مر له تشير اليها بالدعوى واليمين بالجر عطف على احضار العين المدعاة فالمعنى ويتعلق بالدعوى الصحيحة ايضا لزوم اليمين على المدعى عليه اذا انكر اي اذا انكر المدعى عليه ما ادعاه المدعي وعجز المدعي عن البينة وسنذكره ان شاء الله تعالى اي وسنذكر لزوم اليمين على المدعى عليه في آخر هذا الباب ان لم يكن حاضرة ذكر قيمتها هذا لفظ القدوري في مختصره اي ان لم تكن العين المدعاة حاضرة في يد المدعى عليه بل كانت غائبة لا يدري مكانها ذكر المدعي قيمة العين المدعاة الغائبة ليصير المدعى معلوما فيصح الدعوى بوقوعها على معلوم لان العين لا تعرف بالوصف لامكان شركة اعيان كثيرة فيه وان بولغ فيه فذكر الوصف لا يفيد والقيمة تعرف بها اي والقيمة تعرف العين به وقد تتعذر مشاهدة العين حالة كون قوله القيمة يعرف بها اي والقيمة تعرف بالبناء للمفعول والحال ان المشاهدة متعذرة فيكون ذكر القيمة اذ ذاك قصورا كما يتبين الاعلام وقد جعل صاحب العناية الجملة المربوطة حالية من قوله لان العين

وقال الفقيه ابو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر المذكورة والانوثة

لا تعرف بالوصف فعليك الاختيار ثم الاختيار وقال الفقيه ابو الليث رح يشترط مع بيان القيمة ذكر المذكورة والانوثة قال صاحب الكافي نقلا عن القاضي فخر الائمة وصاحب الذخيرة وان كان العين غائبا وادعى انه في يد المدعى عليه فانكر ان بين المدعي قيمته وصفته سمع دعواه ويقبل بينته وان لم يبين القيمة وقال غصب مني عين كذا ولا ادري انه هالك ام قائم ولا ادري كم كانت قيمته ذكر في عامة الكتب انه يسمع دعواه لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف ببيان القيمة لتضرر به انتهى وقال صاحب النهاية والكفاية نقلا عن الامام فخر الاسلام البزدوي اذا كانت المسئلة مختلفا فيها ينبغي للقاضي ان يكلف المدعي بيان القيمة واذا كلفه ولم يبين لم يسمع دعواه لان الانسان قد لا يعرف قيمة ماله فلو كلفه ببيان القيمة فقد اضربه اذ يتعذر عليه الوصول الى حقه ثم قال واذا سقط بيان القيمة من المدعي سقط من الشهود بالطريق الاولى انتهى وقال الامام الزيلعي في شرح الكنز بعد نقل ما ذكر في الكافي فاذا سقط بيان القيمة عن المدعي سقط عن الشهود ايضا بالاولى لانهم ابعد عن ممارسة انتهى وقال صاحب الدرر والغرر بعد نقل ما في الكافي اقول فائدة صحة الدعوى مع هذه الجهالة الفاحشة بوجه اليمين على الخصم اذا انكر والجبر على البيان في الاقرار نكل عن اليمين فليتامل فان كلام الكافي لا يكون كافيا الا بهذا التحقيق والله سبحانه الموفق انتهى اقول يرد عليه ان ما ذكره من الفائدة جار في جميع صور دعوى المجهول دينا كان او عينا فيقتضي صحة دعوى المجهول مطلقا مع انهم صرحوا بان من شرائط صحة الدعوى كون المدعى معلوما فغير المجهول وان روايته صحة دعوى العين مع جهالة القيمة انما وردت في دعوى العين الغائبة فقط ويمكن ان يقال في دفعه ان مجرد جريان الفائدة المذكورة في جميع صور الدعوى المجهول لا يقتضي صحة دعوى المجهول مطلقا بل لا بد لصحة الدعوى من علة مقتضية لها غير فائدة مترتبة عليها وقد بينوا تحقق العلة المقتضية لصحة الدعوى في صورة دعوى العين الغائبة المجهولة وهي ان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف ببيان القيمة لتضرر به وبقي بيان الفائدة المترتبة فيها فبينها صاحب الدرر والغرر بخلاف سائر صور دعوى المجهول اذ لم تتحقق فيها علة مقتضية لصحة الدعوى فلا يفيد جريان الفائدة المذكورة فيها ولكن يرد حينئذ ان يقال ان مثل تلك العلة المذكورة تتحقق في غير تلك الصورة ايضا من صور دعوى المجهول كما اذا كان لمورث رجل ديون في ذمم الناس ولم يعرف الوارث جنس تلك الديون ولا قدرها او لم يعرف احدهما فلو كلف ذلك الوارث في دعوى تلك الديون على المديون ببيان جنسها وقدرها لتضرر به اذ الانسان ربما لا يعرف قدر مال مورثه ولا جنسه عند كون ذلك المال في يد مورثه فضلا عن ان يعرفهما عند كونه في ذمم الناس فينبغي ان يصح دعوى مثل تلك الديون المجهولة لمثل ما قيل في صحة دعوى الاعيان الغائبة المجهولة مع انه عالم لم يقل به احد ثم اقول الظاهر من قولهم فاذا اسقط بيان القيمة من المدعي سقط من الشهود بالطريق الاولى ان في دعوى العين الغائبة تسمع الدعوى مع جهالة قيمة المدعى وتقبل الشهادة مع جهالة قيمة المشهود به لكنه مشكل جدا فان القاضي بعد ان يسمع هذه الدعوى وقبل هذه الشهادة ثم يحكم للمدعي على المدعى عليه والقضاء بالمجهول غير ممكن كما صرحوا به في صدر كتاب الدعوى حيث قالوا ان من شروط صحة الدعوى كون المدعى معلوما وعللوه بعدم امكان القضاء بالمجهول لا يقال القاضي يجبر المدعى عليه ببيان قيمة ما ادعى عليه فيحكم عليه بما بين فلا يكون القضاء بالمجهول لانا نقول الجبر عليه انما يصح لو اقر بما ادعي عليه على الجهالة فان التجهيل حرام يصير من جهته حيث لم يعرف ما اعترف بلزومه عليه فعليه البيان على ما تقرر في كتاب الاقرار واما اذا لم يقر به بل ثبت بالبينة كما نحن فيه فلم يكن التجهيل من جهة المدعى عليه ولم يحمل شيئا فلا وجه لاجباره على البيان بمقتضى قواعد الفقه فبقي الاشكال فان قلت القاضي لا يحكم بقيمة العين الغائبة بل يحكم برد تلك العين نفسها الى صاحبها والجهالة في قيمة تلك العين لا في نفسها فلا يلزم القضاء بالمجهول قلت قد مر في الكتاب ان العين انما تعرف بالقيمة لا بغيرها فالجهالة في قيمة العين جهالة في نفسها وايضا اذا حكم القاضي برد العين الغائبة الى صاحبها فعجز المحكوم عليها عن ردها الى صاحبها ولم يردها عليه فالقاضي ان حكم بعد ذلك بقيمة تلك العين يلزم الاشكال وان لم يحكم بها

قال فان ادعى عقارا حدده وذكر ان يد المدعى عليه بغير حق تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل فيعمل بالتحديد فان لم يعرف به قيد بكر الحدود الاربعة ويذكر اسماء من يجاورهم وانسابهم ويكفي من ذكر الحدود التعريف عند ابي حنيفة على المفتى به خلافا لهما وهو الصحيح لو كان جار مشهورا يكفي بذكره وان لم تكن له مرتبة ولا يكفي ذكر واحد وان كثروا على الاصح ولا بد ايضا من ذكر الجد الاعلى الذي يعرف به المدعي ولا يختلف بالذكر والانثى

ثبت حق المدعي لا ظهار الحق واحقاقه وقبول بينته فائدة فان قيل القضاء الحكم على الخصم بثبوت المال بالبينة او باليمين والنكول فما فائدة قوله ادعى الدعوى وقبول البينة هي ان القضاء الذي هو الحكم بصحة ان سببه بالبينة انما يظهر بعد ان ادعى المدعي بان يقول لي عليه كذا وانه لم يقضه اياه بعد او نحو ذلك فان سبب القضاء لما كان هو الدعوى والبينة لم يكن بد من ذكرهما لان الحكم بالشيء بدون سببه الى سنة فلو عجزه عن ذلك والمدعي عجز عن اقامة البينة فلم يقض له ثم اقام البينة بعد ذلك قضي له لان الاول لم يكن قضاء على الحقيقة وانما كان قضاء على الظاهر فلا يمنع القضاء على الحقيقة بعد ذلك كما لو قضى بشهادة الفاسقين ثم اعادا الشهادة بعد التوبة فان القاضي يقضي بها ولا يكون ذلك نقضا للقضاء الاول كذا في الكافي وغيره وانما قال ادعى ولم يقل ادعى عليه ليشمل ما لو ادعى على غائب او على ميت او على صبي او على مجنون فان الدعوى تصح على الكل ويقضي بالبينة على الغائب والميت والصبي والمجنون ولا يحتاج الى اقامة البينة على الوكيل بالخصومة في حق الموكل الغائب ولا على الوصي في حق الميت ولا على الاب في حق الصبي ولا على القيم في حق المجنون لان الخصومة تتوجه على الوكيل والوصي والاب والقيم ويقضي على الموكل والميت والصبي والمجنون بالبينة التي اقيمت على الوكيل والوصي والاب والقيم كذا في الكافي وغيره وانما قال ادعى عقارا ولم يقل ادعى مالا ليشمل ما لو ادعى دينا على الميت فان الدعوى تصح ويقضي بالبينة على الميت كما يقضي على الحي كذا في الكافي وغيره وانما قال حدده ولم يقل بين حدوده ليشمل ما لو ادعى عقارا لا حدود له كالبستان والدار الصغيرة فانه يصح ويقضي بالبينة على ما ذكره الخصاف وهو الصحيح كذا في الكافي وغيره وانما قال وذكر ان يد المدعى عليه بغير حق ليشمل ما لو ادعى عقارا في يد المدعى عليه وقال هو ملكي ولم يقل ان يد المدعى عليه بغير حق فانه لا يقضي بالبينة ما لم يقل ان يد المدعى عليه بغير حق كذا في الكافي وغيره وانما قال تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل فيعمل بالتحديد لان العقار لا يمكن نقله فيمكن التعريف بالاشارة اليه فلا يعمل بالتحديد كذا في الكافي وغيره وانما قال فان لم يعرف به قيد بكر الحدود الاربعة ويذكر اسماء من يجاورهم وانسابهم لان التعريف بالحدود انما يكون بذكر الحدود الاربعة وذكر اسماء من يجاورهم وانسابهم كذا في الكافي وغيره وانما قال ويكفي من ذكر الحدود التعريف عند ابي حنيفة على المفتى به خلافا لهما وهو الصحيح لان التعريف بالحدود انما يكون بذكر الحدود الاربعة وقد ذكرها وانما قال لو كان جار مشهورا يكفي بذكره وان لم تكن له مرتبة ولا يكفي ذكر واحد وان كثروا على الاصح لان التعريف بالجار المشهور يحصل بذكر واحد وانما قال ولا بد ايضا من ذكر الجد الاعلى الذي يعرف به المدعي ولا يختلف بالذكر والانثى لان التعريف بالجد الاعلى يحصل بذكر الذكر والانثى كذا في الكافي وغيره

وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة وقوله في الكتاب وذكر انه في يد المدعى عليه لابد منه لانه انما يتعصب خصما اذا كان في يده وفي العقار لا يكتفي بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه انه في يده بل لا يثبت اليد فيه الا بالبينة او علم القاضي هو الصحيح نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار عساه في يد غيرهما بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة وقوله فان يطالبه به لان مطالبة حقه فلا بد من طلبه

ما اذا شهدا بان البيع وقبض الثمن وتركا ذكر الثمن جاز ولو غلطا في الثمن لا يجوز شهادتهما لانه صار عقدا آخر بالغلط وبهذا الفرق ظهر ان ترك التاريخ على الغلط

وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة فيجري في الثانية ما يجري في الاولى وقوله في الكتاب اي قول القدوري في مختصره وذكر انه يعني العقار في يد المدعى عليه انما يتعصب خصما اي في دعوى العين اذا كانت في يده اي اذا كان المدعي في يده وفي العقار لا يكتفي بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه اي العقار في يده بل لا يثبت اليد فيه الا بالبينة بان يشهد الشهود انهم عاينوا ان ذلك العقار المدعى في يد المدعى عليه حتى لو قالوا سمعنا اقرار المدعى عليه بانه في يده لم تقبل شهادتهم وكذا الحال في غير هذه الصورة وقد لا يفرق الشهود بين الامرين فلا بد ان يسألهم القاضي اعن معاينة تشهدون ام عن سماع كذا ذكر في معتبرات الفتاوى او علم القاضي عطف على البينة اي او يعلم القاضي ان ذلك العقار المدعى في يد المدعى عليه هو الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ فان عندهم يكفي تصديق المدعى عليه انه في يده وانما لا يثبت اليد في العقار الا بالبينة او علم القاضي على القول الصحيح نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار عساه اي لعله في يد غيرهما اي غير المدعي والمدعى عليه قال صاحب النهاية اي يحتمل انهما تواضعا على ان تصدق المدعى عليه المدعي بان العقار في يد المدعى عليه ليحكم القاضي باليد للمدعى عليه حتى يتصرف المدعى عليه فيه وهو في الواقع في يد الثالث فكان في ذلك قضاء بالتصرف في مال الغير ويؤدي ذلك الى نقض القضاء عند ظهوره انه في يد الثالث انتهى كلامه وقد اقتفى اثره في شرح هذا المقام بهذا المعنى صاحب معراج الدراية ثم صاحب العناية ثم الشارح العيني اقول بذا خبط عظيم منهم اما اولا فلان المدعى عليه في الصورة المزبورة لا يدعي على احد شيئا بل يصدق المدعي في قوله ان العقار في يد المدعى عليه ولا شك ان تصديق الآخر ليس بدعوى على عليه فكيف يتصور هناك من القاضي الحكم باليد للمدعى عليه والحكم بحقوق العباد يقتضي سابقة الدعوى وامّا ثانيا فلان الحكم من القاضي لا يصح الا بحجة من البينة او الاقرار وقد انتفت تقسيمها في تلك الصورة اما انتفاء البينة فلان المفروض ان لا يقوم بينة على ثبوت اليد للمدعى عليه واما انتفاء الاقرار فلان الاقرار هو الاخبار بحق الغير على نفسه ولا يخفى ان هذا المعنى غير متصور من المدعى عليه ولا من المدعي بالنسبة الى حق اليد في تلك الصورة فاذا لم تتحقق الحجة اصلا لثبوت اليد للمدعى عليه في تلك الصورة لم يصح الحكم من القاضي باليد للمدعى عليه هناك فضلا عن قولهم ليحكم القاضي باليد للمدعى عليه الخ والصواب ان مراد من صرح ههنا هو ان العقار قد يكون في يد غيرهما وهما متواضعان على ان تصديق المدعى عليه للمدعي في ان ذلك العقار في يد المدعى عليه فيقيم المدعي البينة على المدعى عليه بان ذلك العقار للمدعي فيقضي القاضي للمدعي بكونه له فيصير هذا قضاء له بمال الغير اذ قد كان ذلك العقار في يده في الواقع وبعضي ذلك الى نقض القضاء عند ظهوره في يد ذلك الغير ولقد افصح الامام قاضيخان في فتاواه عن هذا حيث قال وذكر الخصاف عن اصحابنا ان رجلا لو اقام البينة على رجل ان في يده الدار التي حدودها كذا وبين حدودها فان القاضي لا يسمع دعواه ولا يقبل بينته على الملك ما لم يقم البينة ان الدار في يد المدعى عليه ثم يقيم البينة انهما لم يتواضعا في محدود في يد ثالث على ان يدعيه احدهما فيقول الآخر بانها في يده ويقيم المدعي بينة عليه انها له والدار في يد غيرهما وهذا باطل لان هذا قضاء على الغائب انتهى بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة فلا احتمال للمواضعة المذكورة وقوله اي قول القدوري في مختصره وانه يطالب به لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه قال صاحب العناية في عبارته تسامح لانه يؤول الى تقدير فلا بد من طلب المطالبة فتامل ويمكن ان يجاب عنه بان المطالبة مصدر بمعنى المفعول مكان معناه المطالب حقه فلا بد من طلبه انتهى كلامه اقول كل من ايراده وجوابه ساقطا اما سقوط الاول فلان الضمير في طلبه ليس براجع الى حقه كما توهمه بل هو راجع الى ما يرجع اليه ضمير حقه وهو المدعى فالمعنى المطالبة حق المدعي فلا بد من طلب المدعي حتى يجب على القاضي اعانته فلا مسامحة اصلا واما سقوط الثاني فمن وجهين الاول ان المطالبة من طالبه بكذا انما المطالب المفعول ههنا هو المدعى عليه الذي دخل عليه الباء هو المدعي فلو كان المعنى المطالب حق المدعي صار المعنى المدعى عليه حق المدعي ولا خفاء في فساده والثاني ان المدعي ايضا ليس بحق المدعي البتة بل ان ثبت دعوى المدعي

ولانه يحتمل ان يكون مرهونا في يده او محبوسا بالثمن

يكون المدعى حقه والا فلا فقي ابتداء الامر من اين ثبت انه حقه حتى تيم ان يقال هو حقه فلا بد من طلبه اللهم الا ان يقال انه حقه في ابتداء الامر ايضا على زعمه لكنه يحتاج حينئذ الى تقدير قيد على زعمه كما يحتاج الى جعل المصدر بمعنى المفعول ولا يخفى ان شان المصدر بمعزل عن مثل هذا التعسف وقال بعض الفضلاء ولا يبعد ان يكون المطالبة اسم مفعول من التانيث بتاويل الارض ونحوها انتهى اقول هذا بعيد عن الحق وابعد مما قاله صاحب العناية في جوابه اما الاول فلما ذكرناه في سقوط جوابه صاحب العناية من الوجهين واما الثاني فلان مقتضاه التعبير عن كل مطلوب بصيغة التانيث وتاويل كل مطلوب مذكر بمونث وهذا مما لا تقبله الفطرة السليمة بخلاف ما قال صاحب العناية ولانه يحتمل ان يكون اي المدعى مرهونا في يده اي في يد المدعى عليه او محبوسا بالثمن في يده فلا يصح الدعوى قبل اداء الدين او قبل اداء الثمن وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال اذ لو كان مرهونا او محبوسا بالثمن لما طالب بالانتزاع من ذي اليد قبل اداء الدين او الثمن وعن هذا اي بسبب هذا الاحتمال قالوا اي المشايخ في المنقول اي في دعوى المنقول يجب ان يقول في يده بغير حق اي يجب ان يقول المدعي هذا الشيء الذي ادعيه في يد المدعى عليه بغير حق ازالة لهذا الاحتمال فالعين في يد ذي اليد في تينك الصورتين بحق اقول يرد عليه انه ان كان ذكر المطالبة مما لا بد منه في دعوى المنقول ايضا فقد حصل زوال الاحتمال المذكور فيها بذكر المطالبة كما في دعوى العقار فينبغي ان لا يجب زيادة بغير حق في دعوى المنقول كما لا يجب في دعوى العقار وان لم يكن ذكر المطالبة مما لا بد منه في دعوى المنقول يكون الدليل الذي ذكره المصنف في وجوب ذكر المطالبة في دعوى العقار ودعوى الدين وهو قوله لان الدين وهو لان المطالبة حق المدعي فلا بد من طلبه منقوضا بصورة دعوى المنقول ويمكن ان يجاب عنه بنوع بسط في الكلام وتحقيق في المقام وهو ان ذكر المطالبة مما لا بد منه في دعوى المنقول ايضا على ما يقتضيه الدليل الذي ذكره المصنف في دعوى العقار وفي دعوى الدين لكن لا يجب ذكرها قبل احضار المدعى عليه المنقول الى مجلس القاضي بل انما يجب ذكرها بعد احضاره اليه لان اعلام المدعي باقصى ما يمكن شرط وذلك في المنقول لا يكون الا بالاشارة كما مر فما لم يحضر المنقول الى مجلس القاضي لم تحصل الاشارة اليه وما لم تحصل الاشارة اليه لم يصر معلوما بما يجب اعلامه به وما لم يصر معلوما بهذا لم تتحقق الفائدة في ذكر المطالبة به بقي شيء وهو قول البعض فيما سياتي لان صاحب البداية قد حضر فلم يسق الا المطالبة حيث يشير الى انه ما بقي شيء يتعلق به تمام الدعوى ليجب ذكر المطالبة ولا شك ان حضار المنقول الى مجلس القاضي مما يتعلق به تمام الدعوى فلم يجب قبله على المدعي ذكر المطالبة فلما لم يجب قبله علانية كرها وجب عليه اذ ذاك ان يقول في يده بغير حق ازالة للاحتمال المذكور حتى يجب على المدعي عليه احضار المدعي المنقول الى مجلس القاضي ويصح للقاضي تكليفه باحضاره اليه والحاصل ان الاحتياج الى زيادة قيد بغير حق في دعوى المنقول لاجل ان يجب على المدعي عليه احضار المدعي الى مجلس الحكم ووجوب احضار المدعي الى مجلس القاضي مختص بدعوى المنقول كما مر في الكتاب فوجب زيادة القيد المذكور في دعوى المنقول دون غيره ثم ان ما لم يلحق القيد المذكور في دعوى المنقول قبل احضار المدعي عليه المدعي الى مجلس القاضي وزال الاحتمال المذكور به لم يسق لذكر المطالبة فيها بعد احضاره اليه الا علة واحدة وهي ان المطالبة حقه فلا بد من ذكره كما هي العلة فقط في دعوى الدين بخلاف دعوى العقار فان لذكر المطالبة فيها علتين كما ذكرهما المصنف وبهذا البسط والتحقيق تبين اعتراض صدر الشريعة على القوم حيث قال مخترعا للوقاية اقول بهذه العلة يشمل العقار ايضا فلا وجه لتخصيص المنقول بهذا الحكم انتهى ثم ان ههنا كلمات اخرى للفضلاء المتاخرين فلا علينا ان ننقلها ونتكلم عليها فاعلم ان صاحب الدرر والغرر اجاب عن اعتراض صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال ان دراية وجهه موقوف على مقدمتين مسلمتين احدهما ان دعوى الاعيان لا تصح الا على ذي اليد كما قال في الهداية انما ينتصب خصما اذا كان في يده والثانية ان الشبهة معتبرة يجب دفعها بالشبهة كما قالوا ان شبهة الربا ملحقة بالحقيقة لا شبهة الشبهة اذا عرفتهما فاعلم ان دفع ثبوت اليد على العقار شبهة لكونه غير شاهد بخلاف المنقول فانه فيه شاهد وجب دفعها في دعوى العقار بانتابه بالبينة لتصح الدعوى بعد ثبوته يكون احتمال كون اليد بغير الملك شبهة الشبهة فلا تستحق

فى يده وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال فعن هذا نالوا فى المنقول يجب ان يقول فى يده بغير حق

واما اليد فى المنقول فلكونه مشاهدا لا يحتاج الى اثباته لكن فيه شبهة كون اليد لغير المالك فوجب دفعها يصح الدعوى انتهى ورد عليه هذا الجواب بعضهم بانه قد صرح فى الهداية والشروح بانه لا بد من المطالبة فى العقار ايضا لئلا يزول احتمال كونه مرهونا او محبوسا بالثمن ويعلم من هذا انهم اعتبروا ذلك الاحتمال فوجبوا دفعه فى العقار ايضا وهذا ليس من شبهة الشبهة التى لم يعتبروها كما لا يخفى على المتدبر فتدبر انتهى فقال الفضل الفضلاء وان اردت تحقيق المقام وتلخيص الكلام فاسمع ما اتيك عليك مستعينا بالملك العلام ومستمدا من ولى الفيض والالهام فاقول لا شك ان فى العقار شبهة فى ثبوت اليد على المدعى ثم شبهة فى كونها لغير حق وان الثانية شبهة الشبهة وذلك ظاهر لمن تتبع اقاويلهم وان شبهة الشبهة غير معتبرة الا اذا اندفعت الشبهة فان شبهة الشبهة ح تكون معتبرة الا ترى انهم اذا شهدوا على رجل بالزنا بامرأة غائبة فانه يحد لان الذى فيه هو شبهة دعوى النكاح اذا حضرت ثم شبهة صدقها فى ذلك الدعوى فلا تعتبر لكونها شبهة الشبهة واما اذا حضرت قبل الاستيفاء وادعت النكاح لا يحد الرجل لاعتبار الشبهة الصدق اذا تحققت هذه المقدمات فنقول لو اتى مدعى العقار بهذه الزيادة وقال هو فى يده بغير حق وقد قرع سمعك من علماء العربية انه اذا كان فى كلام مثبت او منفى تقييد بوجه من الوجوه فمناط الافادة هو ذلك التقييد يلزم عكس المقصود وهو الاهتمام بدفع شبهة الشبهة مع بقاء الشبهة بحالها فاحالوا دفعها الى كلام مستقل متاخر بحسب الرتبة عن ثبوت اليد وهو قول المدعى اطالبه فان فى تلك المرتبة اندفعت الشبهة الطارئة وبقيت شبهة الشبهة معتبرة بخلاف المنقول فان ثبوت اليد فيه مشاهد لا شبهة فيه فاوجبوا تلك الزيادة ليندفع شبهة كون اليد بحق او نقول لو اراد المدعى قوله بغير حق فى دعوى العقار وهو متعلق بالكلام الاول ومن جملته ولم يندفع فى تلك الحالة شبهة كونه فى يد غيره يلزم اعتبار شبهة الشبهة والمطالبة متاخرة مرتبة عن ثبوت اليد فلا يلزم من اندفاعها به محذور كما يجب عليه بخلاف المنقول فانه ليس فيه شبهة كونه فى يد غيره فاغتنم به فانه هو الكلام الفصل والقول الجزل ثم اعلم ان المطالبة فى المنقول كالمطالبة فى الدين ليس لدفع الاحتمال بل ذلك مخصوص بالعقار الى هنا كلامه واقول ما ذكره ذلك الفاضل هنا وسماه بالتحقيق مما لا يجدى طائلا وما هو ذلك التلقيب تحقيق اما اولا فلان خلاصة كلامه هى ان مدعى العقار لو اتى بتلك الزيادة وجعلها قيدا للكلام الاول وقصد بها دفع شبهة كون اليد بحق لزم اعتبار شبهة الشبهة والاهتمام بدفعها مع بقاء الشبهة وهى شبهة كونه فى يد الغير بحالها اذ لم تندفع هذه الشبهة قبل ثبوت اليد وقد تقرر عندهم ان شبهة الشبهة غير معتبرة قبل اندفاع الشبهة فاحالوا دفع شبهة الشبهة الى كلام مستقل متاخر فى الرتبة عن ثبوت اليد وهو قول المدعى اطالبه فان فى تلك المرتبة اندفعت الشبهة وبقيت شبهة الشبهة شبهة معتبرة بخلاف المنقول فان ثبوت اليد فيه مشاهد فليس فيه شبهة كونه فى يد غيره فاوجبوا تلك الزيادة ليندفع بها شبهة كون اليد بحق لكنها ليست بتلك الدرجة لان الحاصل منها ان لا يصح الايتان بتلك الزيادة فى دعوى العقار على ان تجعل تلك الزيادة قيدا للكلام الاول وهذا لا ينافى صحة الايتان بها على ان تجعل كلاما مستقلا بان يقول المدعى انه فى يده وان يده بغير حق فان الزيادة حينئذ تصير كلاما مستقلا كما ترى وليست متاخرة فى الرتبة عن ثبوت اليد كقوله اطالبه لانه كما ان حق ذكر المطالبة ان يكون بعد ثبوت اليد كذلك حق ذكر ان يده بغير حق بعد ثبوتها اذ قبل ثبوت اليد كما لا فائدة فى المطالبة لا فائدة ايضا فى بيان ان يده بغير حق وهذا مما لا سترة به فلم يظهر وجه عدم الزيادة مطلقا فى دعوى المنقول وبالجملة ان ما ذكره وجه لفظى مخصوص بصورة كون الزيادة قيدا للكلام الاول لا وجه فقهى عام لجميع صور الزيادة فلا تيم التقريب قطعا واتانيا فلانه حينئذ يبقى الاشكال فى المقام بان شبهة كون اليد بحق يندفع فى دعوى المنقول ايضا بالمطالبة فينبغى ان يذكر الزيادة المذكورة فى دعوى المنقول كما تركت فى دعوى العقار ولا يحل هذا الاشكال بما ذكره بقوله ثم اعلم ان المطالبة فى المنقول كالمطالبة فى الديون ليس لدفع الاحتمال بل ذلك مخصوص بالعقار انتهى لان دفع الاحتمال المذكور يحصل قطعا من ذكر المطالبة فى المنقول ايضا

قال وان كان حقا في الذمة ذكر انه يطالبه بها قلنا وهذا لان صاحب الذمة قد حضر فلا بين لا المطالبة لكن لابد من تعريفه بالوصف الذي يعرف به قال واذا صحت الدعوى سأل القاضي المدعي عليه عنها لينكشف وجه الحكم ان اعترف قضى عليه بقوله لان الاقرار موجب بنفسه فيأمر بالخروج عنه وان انكر سأل المدعي البينة لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر قال ان شاء سأله البينة اولا ويرتب اليمين على فقد البينة ولا بد من السؤال ليمكنه الاستحلاف قال وان حضرها قضى بها لانتفاء التهمة عنها وان عجز عن ذلك طلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا ولا بد من طلبه لان اليمين حقه الا ترى انه كيف اضيف اليه بحرف اللام فلا بد من طلبه

فلا يدفع ان لا يقصد بها دفع ذلك الاحتمال في المنقول استدراك الزيادة المذكورة فيه واما ما قدمناه من التحقيق فيندفع به هذا الاشكال كما يندفع به اعتراض صدر الشريعة كما تحققته من قبل الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا ان هدانا الله قال اي القدوري في مختصره وان كان حقا في الذمة اي وان كان المدعى حقا ثابتا في الذمة يعني ان كان دينا لا عينا ذكر انه يطالبه يعني ذكر انه يطالبه به من غير ان يشترط فيه ما يشترط في العين على ما فصل فيما مر لما قلنا لتعليل يجري ذكر المطالبة فيه واشارة الى قوله لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه وهذا اي الاكتفاء فيه بذكر المطالبة لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد من تعريفه اي تعريف ما في الذمة وهو الدين بالوصف اي بالصفة فالمعنى لكن لا بد من تعريفه بالوصف كما لا بد من تعريفه بالجنس والقدر على ما عرف فيما مر من قول القدوري ولا يقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره لانه يعرف به اي لان ما في الذمة يعرف بالوصف الى صفة بان يقال انه جيد او وسط او ردي بعد ان يذكر جنسه وقدره ولكن انما يحتاج الى ذكر الصفة فيما اذا كان المدعى دينا وزيفا ان كان في البلد نقود مختلفة اما اذا كان في البلد نقد واحد فلا يحتاج اليه على ذلك كما ذكر في الشروح ومعتبرات الفتاوى وهذا كله على تقدير ان يكون مراد المصنف بالوصف ههنا معنى الصفة كما هو الظاهر من حيث اللفظ لكن لا بأس من حيث معنى المقام ان يكون مراده به معنى البيان فالمعنى لكن لا بد من تعريف ما في الذمة ايضا بالبيان اي ببيان ما يحتاج الى ما ذكر من جنسه وقدره مطلقا ومن نوعه وصفته في بعض الصور على ما فصل في النهاية والكفاية نقلا عن الذخيرة وفصول الاستروشني وبالجملة لا بد في جنس من الاعلام بما يمكن به التعريف قال اي القدوري في مختصره واذا صحت الدعوى اي واذا صحت الدعوى بشروطها سأل اي القاضي المدعى عليه عنها اي عن الدعوى لينكشف وجه الحكم اي لينكشف القاضي وجه الحكم اي طريقه ان ثبت حق المدعي فان الحكم منه يكون باحد امور ثلثة البينة والاقرار والنكول ولكل واحد منها طريق مخصوص من القضاء فلا بد من السؤال لينكشف له طريق حكمه فان اعترف قضى عليه بها اي فان اعترف المدعى عليه قضى القاضي عليه بالدعوى بمعنى المدعى او بموجب الدعوى ثم ان اطلاق لفظ القضاء ههنا توسع لان الاقرار حجة بنفسه فلا يتوقف على القضاء فكان الحكم من القاضي الزاما للخروج عن موجب ما اقر به بخلاف البينة لانها انما تصير حجة باتصال القضاء بها فان الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب قد جعلها القاضي حجة بالقضاء بها واسقط جانب احتمال الكذب في حق العمل بها كذا في الشروح وغيرها وقد اشار اليه المصنف بقوله لان الاقرار موجب بنفسه فيأمر اي يأمر القاضي المدعى عليه بالخروج عنه اي عما اوجبه الاقرار وان انكر اي المدعى عليه سأل المدعى البينة اي طلب القاضي من المدعي البينة لقوله اي لقول النبي عليه الصلوة والسلام للمدعي الك بينة فقال لا اي قال المدعي لا بينة لي فقال اي قال النبي صلى الله عليه وسلم لك يمينه اي يمين المدعى عليه سأل اي سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم المدعي عن البينة ورتب اليمين على فقد البينة فلا بد من السؤال اي فلا بد للقاضي من السؤال عن البينة ليمكنه الاستحلاف اي ليمكن القاضي استحلاف المدعى عليه عند فقد البينة قال اي القدوري في مختصره فان احضرها اي فان احضر المدعي البينة على وفق دعواه قضى بها اي قضى القاضي بالبينة لانتفاء التهمة عنها اي عن الدعوى لترجح جانب الصدق على الكذب بالبينة وهي اي البينة فعلية من البيان لانها دلالة واضحة يظهر به الحق من الباطل وقيل فيعلة من البين اذ بها يقع الفصل بين الصادق والكاذب كذا في الكافي وان عجز عن ذلك اي وان عجز المدعي عن احضار البينة وطلب يمين خصمه وهو المدعى عليه استحلفه عليها اي استحلف القاضي خصمه على دعواه لما روينا اشارة الى قول النبي صلى الله عليه وسلم لك يمينه بعد ان قال المدعي لا بينة لي ولا بد من طلبه اي من طلب المدعي استحلاف خصمه لان اليمين حقه اي حق المدعي الا ترى كيف اضيف اليه بحرف اللام اي كيف اضيف اليمين الى المدعي بحرف اللام في قوله صلى الله عليه وسلم لك يمينه والاضافة اليه بحرف اللام لمقتضية للاختصاص تنصيص على ان اليمين حقه وانما قال المصنف اضيف بتذكير الفعل مع كونه مسندا الى ضمير اليمين التي هي مؤنث على تاويل القسم او الحلف قال صاحب الكافي والنفقة فيه اي في كون اليمين حق المدعي ان المدعي يزعم انه قوي حقه بانكاره فشرع الاستحلاف

باب اليمين

حتى لو كان الامر كما زعم يكون اقوا بمنا بلة اقوا فان اليمين الفاجرة يقع بالاد الدار بالواقع ولا بال المدعى عليه الثواب بذكر الله تعالى على سبيل التعظيم صادقا ولا تشرع بوجه انتهى وقال صاحب النهاية بعد ذكر ما في الكافي ثم اشار ترتيب اليمين على البينة لا على العكس لان نفس الدعوى ليست بموجبة استحقاق المدعى للمدعى لان فسح اساءة الظن بالآخر وذلك لا يجوز نعم جعلت البينة على المدعى لاثبات استحقاقه بها فيطالبه القاضي بذلك لا على وجه الالزام عليه بل على وجه التذكير فافهم قلت وقد منا ان اليمين لم يكن فيه نظر للمدعي عليه اذا قامت البينة مشروعة بعد اليمين فلو حلفناه ولم نقم المدعى عليه البينة افتضح المدعى عليه باليمين الكاذبة انتهى وقال صاحب الغاية بعد نقل ما في النهاية وفيه نظر وبين وجه النظر فيما نقل عنه حيث قال وجه ذلك ان الشرع لو ورد بتقديم اليمين لما كان اقامة البينة بعد ذلك مشروعة كما اذا اقام البينة فان اليمين بعد ها ليست بمشروعة انتهى وقال بعض الفضلاء قوله لما كان اقامة البينة بعد ذلك مشروعة فيه بحث بل يكون مشروعية البينة اذا عجز عن اليمين بان نكل فليتامل انتهى اقول بحثه ليس بشئ لان مراد صاحب الغاية بقوله المذكور لما كان اقامة البينة بعد تحقق البينة وصدورها من المدعي عليه مشروعة يرشد اليه قطعا قوله كما اذا اقام البينة فان اليمين بعد ها ليست بمشروعة ومراد صاحب النهاية ايضا بقوله اذا اقامة البينة مشروعة بعد اليمين مشروعية اقامة البينة بعد تحقق اليمين من صدورها من المدعى عليه لان افتضاح المدعى عليه باليمين الكاذبة انما يلزم في هذه الصورة فاحتمال كون مشروعية البينة اذا عجز المدعى عليه عن اليمين بان نكل لا يفيد في دفع نظر صاحب الغاية عما قاله صاحب النهاية على ان هذا الاحتمال ليس بصحيح في نفسه لان النكول عن اليمين ليس بعجز عنها او هو حالة اختيارية دالة على صدق المدعي بخلاف العجز عن البينة على ما لا يخفى ثم اقول بقي نظر آخر في كلام صاحب النهاية وهو ان مشروعية اقامة البينة بعد اليمين تقتضي ان لا يكون افتضاح المدعي عليه باليمين الكاذبة محذورا شرعيا لان اقامة البينة بعد اليمين تستلزم الافتضاح المزبور ومشروعية اقامتها بعد اليمين تقتضي حسنها فان كل ما هو مشروع فهو حسن عندنا والظاهر ان ما يستلزم ما هو حسن شرعي فهو حسن شرعي ايضا فلا يصير الافتضاح المزبور محذورا شرعيا فلا يتم التقريب فتامل

باب اليمين قال صاحب النهاية وهذا الترتيب من الترتيب الوجودي لما ان مشروعية اليمين بعد العجز عن اقامة البينة فلما ذكر حكم البينة وما يتعلق بها ذكر في هذا الباب حكم اليمين انتهى اقول فيه شئ وهو ان كون مشروعية اليمين بعد العجز عن اقامة البينة لا يجري على قول ابي يوسف رح وعلى قول محمد رح في رواية كما سيظهر في صدر هذا الباب فلم يكن ما ذكره وجها جامعا لاقوال ائمتنا على انه لما ذكر فيما تقدم حال البينة اجمالا ذكر فيه ايضا حال اليمين اجمالا فهما مشتركان في الذكر الاجمالي فيما قيل هذا الباب واما تفاصيل احكام البينات فتذكر فيما بعد هذا الباب كما تذكر تفاصيل احكام اليمين في هذا الباب فلم يظهر كون ترتيب الكتاب على الترتيب الوجودي خلا لاولى ما قاله صاحب العناية من انه لما ذكر ان الخصم اذا انكر الدعوى وعجز المدعي عن اقامة البينة وطلب اليمين يجب عليه ان يحلف اراد ان يبين الاحكام المتعلقة باليمين انتهى وقال صاحب غاية البيان اقول لما كان يحتاج ههنا الى الفصل بالباب بل كان ينبغي ان يسوق الكلام متواليا لانه لما ذكر صحة الدعوى ترتب عليها الحكم بالاقرار والبينة واليمين انتهى وقال الشارح العيني بعد نقل ما في غاية البيان قلت الذي رتبه المصنف هو الاصل لانه لما كانت اليمين مشروعة بعد فقد البينة تعين ذكرها بعد ها باحكامها وسرائرها انتهى اقول هذا الكلام منفي معرض للجلب عما نقله من العجائب لان ما استقبحه صاحب غاية البيان انما هو الفصل بالباب لا ذكر اليمين بعد البينة كيف وهو قال بل كان ينبغي ان يسوق الكلام متواليا فما ذكره الشارح العيني مما لا مساس له بدفع واستقباح صاحب الغاية فكانه ما فهم معنى صريح كلامه ثم اقول في دفع ذلك ان افراد بعض المسائل من بين اخواتها بوضع باب مستقل لها او كتاب او فصل لكثرة مباحثها واحكامها او لتعلق غرض آخر باستقلالها كافراد الطهارة من بين

واذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند ابي حنيفة رح معناه حاضرة في المصر وقال ابو يوسف رح يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف فاذا طلبه يمينه لابي حنيفة رح ان ثبوت الحق في اليمين يوجب العجز عن اقامة البينة فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس

سائر شروط الصلوة يوضع كتاب مستقل لمناسبة ما بينهما باب مستقل او فصل مستقل شائع ذائع فيما بينهم وهذا الباب ايضا من ذلك القبيل ولهذا ترى اصحاب الكتب المعتبرة من الفتاوى وغيرها جروا على افراد مسائل اليمين بباب او فصل مستقل تقليلا لما صنعه المصنف رح هنا بجعل استطراد او لاستيفاء ما تفرق

واذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند ابي حنيفة رح هذا لفظ القدوري قال المصنف رح معناه حاضرة في المصر اما معنى قول القدوري اذا قال المدعي لي بينة اذا قال لي بينة حاضرة في المصر واحترز بهذا القيد عن البينة الحاضرة في مجلس الحكم فان البينة اذا حضرت في مجلس الحكم لم يستحلف بالاتفاق كما اشار اليه المصنف رح بقوله فيما يأتي كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس احترز بقوله حاضرة عن البينة الغائبة عن المصر فانها اذا غابت عن المصر يستحلف بالاتفاق ثم ان الظاهر كان ان يقترن المصنف رح قوله معناه حاضرة في المصر بذكر قول القدوري اذا قال المدعي لي بينة حاضرة وقد اخر عن ذكر قوله وطلب اليمين لم يستحلف عند ابي حنيفة رح فلعل وجهه امران احدهما ان المصنف رح تتبع قطع كلام القدوري بكلام نفسه فانظر الى ان تتم جواب مسئلة القدوري ثم فسر مراده بالحضور في المصر وثانيهما ان فائدة هذا التفسير الاحتراز عن الحضور في المجلس حيث كان لم يستحلف هناك بالاتفاق وفي ما نحن فيه بالاختلاف فهاهنا القول المشعر بالخلاف في مسئلتنا وهو قول القدوري لم يستحلف عند ابي حنيفة رح لم يظهر فائدة هذا التفسير فيقتضي هذا التفسير تاخير المصنف رح قوله المزبور عن ذكر قول القدوري لم يستحلف عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح يستحلف لان اليمين حقه اي حق المدعي بالحديث المعروف فسر عامة الشراح الحديث المعروف بما مر تحويل هذا الباب من قول النبي صلى الله عليه وسلم لك يمينه ولكن قال صاحب غاية البيان بعد ما فسر مراد المصنف رح بالحديث المعروف بما مر سائر الشراح ويجوز ان يريد به قوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من انكر اقول لا يذهب على من تتبع اساليب تحرير المصنف في كتابه هذا انه يعبر عن الحديث الذي ذكره فيما قبل بما رويناه كما يعبر عن الآية التي ذكرها فيما قبل بما تلوناه وعن الدليل العقلي الذي ذكره فيما قبل بما ذكرناه فلو كان مراده بالحديث المعروف ما ذكره فيما قبل من قوله عليه الصلوة والسلام لك يمينه لما عدل عن اسلوبه المقرر الايري كيف جرى على الاسلوب في ذكر دليل ابي حنيفة رح حيث قال ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة بما رويناه من مرسل ابي الحديث المذكور فيما قبل فالحق ان مراده بالحديث المعروف انما هو قول النبي صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر اي ما جوزه صاحب الغاية لا غير ويؤيده تحرير صاحب الكافي ههنا حيث قال فان قال ابو يوسف رح يستحلف لعموم قوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي واليمين على من انكر انتهى فان قلت الذي حمل الشراح على تفسير رحم الحديث المعروف بما ذكر قول المصنف رح لان اليمين حقه فان كون اليمين حق المدعي تفهم من قوله عليه الصلوة والسلام لك يمينه حيث اضاف اليه اليمين بلام الملك الاقتضاء قلت نعم ولكن يفهم ذلك ايضا من قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر فان كلمة على في قوله على من انكر تدل على ان المنكر هو المستحق عليه باليمين فالمستحق له هو المدعي فهم انفهامه من الاول اظهر لكن لا يوجب حمل كلام المصنف رح على خلاف ما جرت عليه عادته المطردة فاذا طالبه بينة يعني اذا طالب المدعي المدعى عليه باليمين يطالبه القاضي للمدعي اي يحكم له بيمين المدعى عليه او يوجب للمدعي عليه المدعي اي يحلف ولابي حنيفة رح ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة بما رويناه من قوله عليه الصلوة والسلام للمدعي لك بينة قال لا قال لك يمينه فانه ذكر اليمين بعد ما عجز المدعي عن البينة فلا يكون حقه دونه اي لا يكون اليمين حق المدعي دون العجز عن اقامة البينة اي بغير العجز عنها اقول لقائل ان يقول ان كون ثبوت الحق في اليمين مرتبا على العجز عن اقامة البينة فيما رواه من الحديث الشريف لا يدل على ان لا يكون اليمين حق المدعي دون العجز عنها الا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا فكيف تتم الاستدلال به في مقابلة عموم الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي واليمين على من انكر كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس اي في مجلس الحكم حيث لا يثبت

ومحمد رح مع ابي يوسف رح فيما ذكره الخصاف ومع ابي حنيفة رح فيما ذكره الطحاوي **قال** ولا ترد اليمين على المدعي لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر قسم والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء وفيه خلاف الشافعي رح

له حق اليمين هناك فكذا هنا والجامع القدرة على اقامة البينة اقول لابي يوسف رح ان يفرق بين الصورتين بان يقول اذا لم تكن البينة حاضرة في مجلس الحكم فالمدعي غرض صحيح في الاستحلاف وهو ان يقصر المسافة والمؤنة عليه باقرار المدعى عليه او بنكوله عن اليمين فيتوصل الى حقه في الحال فكان له حق اليمين بخلاف ما اذا كانت البينة حاضرة في مجلس الحكم فان هذا الغرض اعني قصر المسافة والمؤنة عليه والتوصل الى حقه في الحال يحصل باقامة البينة في الحال فلم يبق له غرض صحيح في الاستحلاف قبل اقامتها فلم يكن له حق اليمين قبلها فلم يتم الاستدلال على قول ابي حنيفة رح هنا بطريق القياس ايضا كما يشعر به كلام المصنف ومحمد رح مع ابي يوسف رح فيما ذكره الخصاف ومع ابي حنيفة رح فيما ذكره الطحاوي قال صاحب غاية البيان وهذه رواية عجيبة لان الشيخ ابا جعفر الطحاوي قال في مختصره ومن ادعى على رجل مالا ذكره وطلب من القاضي استحلافه له على ذلك بعد انكار المدعى عليه عند القاضي ما ادعاه المدعي فان ابا حنيفة رح قد روي عنه في ذلك ان القاضي لا يستحلف له المدعي عليه ان ذكر المدعي ان له على دعواه بينة حاضرة ولم يستجز هذه الرواية عن محمد رح وقال ابو يوسف رح يستحلف له على ذلك ولا منعة من استحلافه له ذكره ان له بينة حاضرة تشهد له على دعواه الى هنا لفظ الطحاوي في مختصره وقد انكر الرواية عن محمد رح اصلا كما ترى ومع هذا كيف يدعي صاحب الهداية ان محمدا رح مع ابي حنيفة رحمه الله فيما ذكر الطحاوي الا ترى ان القدوري قال في كتاب التقريب قال الطحاوي لم توجد هذه الرواية عن محمد رح انتهى كلام صاحب الغاية وقال الشارح العيني بعد ان ذكر انكار صاحب الغاية على المصنف حيث جعله محمدا رح مع ابي حنيفة رح فيما ذكر الطحاوي وبعد ان نقل ما قاله صاحب الغاية اجابا قلت لا وجه لهذا الانكار لان عدم وقوف الطحاوي على ان محمدا رح مع ابي حنيفة رح لا يستلزم عدم وقوف غيره من المصنف وغيره انتهى اقول هذا الكلام منه عجيب لان الذي انكر فيه صاحب الغاية على المصنف انما هو اسناد المصنف رواية كون محمد رح مع ابي حنيفة رح الى الطحاوي بناء على ان الطحاوي قد انكر هذه الرواية عن محمد رح بالكلية في مختصره فكيف يصح ان يسند المصنف اليه وليس الذي انكره صاحب الغاية على المصنف صحة هذه الرواية عن محمد رح في اصلها حتى يتمشى ما قاله العيني من ان عدم وقوف الطحاوي على هذه الرواية لا يستلزم عدم وقوف غيره عليها وكون محل انكار صاحب الغاية ما ذكرناه مما ينادي عليه الفاظ تحريره فكيف خفي على الشارح العيني قال اي القدوري في مختصره ولا يرد اليمين على المدعي لقوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي واليمين على من انكر وجه الاستدلال به ما اشار اليه المصنف بقوله قسم اي قسم النبي صلى الله عليه وسلم بين الخصمين حيث جعل البينة على المدعي واليمين على من انكر والقسمة تنافي الشركة لان الشركة تقتضي عدم التمييز والقسمة تقتضي التمييز وهما متنافيان وبقوله وجعل جنس الايمان على المنكرين اذ الالف واللام لاستغراق الجنس بناء على ما تقرر في كتب الاصول ان لام التعريف يحمل على الاستغراق ويقدم على تعريف الحقيقة اذا لم يكن هناك معهود وههنا كذلك وليس وراء الجنس شيء اي شيء من افراد ذلك الجنس فيكون المعنى ان جميع الايمان على المنكرين فلو رد اليمين على المدعي لزم المخالفة لهذا النص فقد حصل من كلام المصنف الاستدلال بالحديث المرفوع على المسألة المذكورة من وجهين كما ترى فيه خلاف الشافعي رح اي في عدم رد اليمين على المدعي خلاف الشافعي رح قال صاحب الكافي وعند الشافعي رح اذا لم يكن للمدعي بينة اصلا وحلف القاضي المدعي عليه فنكل يرد اليمين على المدعي فان حلف قضى به والا لا لان الظاهر صار شاهدا للمدعي بنكوله فيعتبر يمينه كالمدعي عليه وكذا اذا اقام المدعي شاهدا واحدا وعجز عن اقامة شاهد آخر فانه يرد اليمين عليه فان حلف قضى له بما ادعى وان نكل لا يقضى له لانه عليه الصلوة والسلام قضى بشاهد ويمين ثم قال وحديث الشاهد واليمين غريب وما رويناه مشهور تلقته الامة بالقبول حتى صار في حيز التواتر فلا يعارضه على ان يحيى بن معين قد رده انتهى وقال الامام الزيلعي في التبيين قال الشافعي رح اذا لم يكن للمدعي بينة تحلف المدعى عليه فاذا نكل ترد اليمين على المدعي فان حلف قضى له وان نكل لا يقضى له لان الظاهر صار شاهدا للمدعي بنكوله فيعتبر يمينه كالمدعى عليه فانه لما كان الظاهر شاهدا له اعتبر يمينه قال ايضا اذا اقام المدعي شاهدا واحدا وعجز عن الآخر يحلف المدعي ويقضى له

قال ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق وبينة الخارج اولى

لما روى انه عليه الصلوة والسلام قضى بشاهد ويمين وبروى انه عليه الصلوة والسلام قضى باليمين مع الشاهد لنا ما رويناه وما رواه ضعيف رده يحيى بن معين فلا يعارض ما رويناه ولانه يروى بقية عن سهل بن ابى صالح وانكره سهل فلا يبقى حجة بعد ما انكره الراوى فضلا عن ان يكون معارضا للمشاهير ولانه يحتمل ان يكون معناه قضى تارة بشاهد يعنى بحجة وتارة بيمين فلا دلالة فيه على الجمع بينهما وهذا كما يقال ركب زيد الفرس والبغلة والمراد على التعاقب ولئن سلمنا انه يقتضى الجمع لكن لا نسلم ان فيه دلالة على ان اليمين على المدعى بل يجوز ان يكون المراد به يمين المدعى عليه ونحن نقول به لان الشاهد الواحد لا يعتبر فوجوده كعدمه فيرجع الى يمين المنكر عملا بالبراءة الى هنا كلامه قال اى القدورى فى مختصره ولا تقبل بينة صاحب اليد فى الملك المطلق اراد بالملك المطلق ان يدعى الملك من غير ان يتعرض لسبب بان يقول هذا ملكى ولا يقول هذا ملكى لسبب الشراء او الارث او نحو ذلك وهذا لان المشاق انما تتعرض للذات دون الصفات لا بالنفى ولا بالاثبات وقيد الملك بالمطلق احترازا عن المقيد بدعوى النتاج وعن المقيد بما اذا ادعيا تلقى الملك من واحد واحدهما قابض وبما اذا ادعيا الشراء من اثنين وارخا وتاريخ ذى اليد اسبق فان فى هذه الصورة تقبل بينة ذى اليد بالاجماع كذا فى الشروح قال صاحب الغاية بعد هذا فان قيل لما اقتضى تقديم بينة ذى اليد حيث قبلت بينة ذى اليد وهو مدعى عليه قلت نعم لان قبولها من حيث انها دعى من الزيادة على النتاج والقبض وسبق التاريخ فهو من تلك الجهة مدع والبينة للمدعى فان قلت فهل يجب على الخارج اليمين لكونه اذ ذاك مدعى عليه قلت لا لان اليمين انما يجب عند عجز المدعى عن البينة وههنا لم يعجز الى هنا كلامه قد اورد بعض الفضلاء على جوابه عن السوال الاول بانه لو كان مدعيا الصدق تعريفه عليه وليس كذلك فانه لا يجبر الخارج على الخصومة ويجبر هو عليه وعلى جوابه عن السوال الثانى بان مراد السائل فهل يجب على الخارج اليمين عند عجز ذى اليد عن البينة والا فلا تمشية لسوال اصلا اقول ايراده الثانى متوجه ظاهر وقد كنت كتبته فى مسودتى قبل ان ارى ما كتبه واما ايراده الاول فمندفع لان ذا اليد لا يجبر على الخصومة من حيث انه مدعى الزيادة المذكورة فى الصورة المزبورة وانما يجبر عليها من حيث انه مدعى عليه باستحقاق الخارج لما فى يده وهذا ظاهر وكذا الخارج انما لا يجبر على الخصومة من حيث انه مدع على ذى اليد استحقاقه لما فى يده واما من حيث انه مدعى عليه بالزيادة المذكورة فى الصورة المزبورة فيجبر عليها وتحقيقه ان دعوى ذى اليد فى الصورة المزبورة دعوى تابعة كدعوى الخارج حيث يقصد بها ذو اليد دفع دعوى الخارج لا دعوى مبتداة مقصودة بالاصالة فمتى جرى الخارج على دعواه يدعى عليه ذو اليد الزيادة المذكورة ويجبر الخارج على الجواب عن دعوى ذى اليد والخصومة معه من حيثية كونه مدعى عليه وان ترك الخارج دعواه لا يدعى عليه ذو اليد شيئا لكون دعواه تابعة لدعوى الخارج وترك المتبوع يستلزم ترك التابع فلا يجبر الخارج على الخصومة معه اصلا ولو لا هذا التحقيق لانتقض تعريف المدعى والمدعى عليه بما هو حد عام صحيح على ما نص عليه المصنف فيما قبل وتقرر عندهم وهو المدعى من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة لصور كثيرة غير الصور المزبورة كما اذا ادعى رجل على آخر دينا معينا فانكر الآخر عليه ليفاد ذلك الدين اياه او ابراه عن ذلك الدين فان الاول لو ترك الخصومة لم يجبر عليها مع كونه مدعى عليه بالايفاء او الابراء وكذا الحال فى جميع صور دعاوى الدفع فالمخلص فى الكل ما بيناه وحققناه ثم اقول بقى لنا كلام فى اثناء جواب صاحب الغاية عن السوال الاول وهو انه بين الزيادة التى تدعيها ذو اليد فى الصور المزبورة بالنتاج والقبض وسبق التاريخ فالاول والثالث صحيحان والثانى ليس بظاهر الصحة لان معنى كون احدهما قابضا فى الصورة الثانية ان يكون المدعى فى يده بالفعل الا ان تثبت قبضه بالبينة على ما سيجئ تفسيره وبيانه فى الكتاب وشروحه فى باب ما يدعيه الرجلان ولا يخفى ان كون المدعى فى يد القابض فى تلك الصورة امر مباين لا يدعيه ذو اليد اصلا فضلا عن اقامة البينة عليه وقبول بينته بالاجماع فظهر ان بيان ما ادعاه ذو اليد من الزيادة فى الصورة المزبورة بالقبض ليس بتام فالحق ان يقول بدل قوله والقبض وتلقى الملك من شخص مخصوص فتدبر وبينة الخارج اولى

وقال الشافعي رح يقضي بينة ذي اليد لاستنادها باليد فيقوى الظهور وصار كالنتاج والنكاح ودعوى الملك مع الاعتاق اولا ستيلاد او التدبير ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا اواظهار لان قدر ما اثبته اليد لا يثبته بينة ذي اليد اذ اليد دليل مطلق الملك بخلاف النتاج لان اليد لا تدل على الاعتاق اختيفي على الولاء الثابت بها

يعني ان بينة الخارج وبينة ذي اليد اذا تعارضتا على الملك المطلق فبينة الخارج اولى بالقبول عندنا وفي احد قولي الشافعي رح تهاترت البينتان ويكون المدعى لذي اليد تركا في يده وهذا قضاء بترك لا قضاء بملك وفي القول الآخر ترجح بينة ذي اليد فيقضي بها الذي لليد قضاء بملك بالبينة وهو الذي ذكره المصنف بقوله وقال الشافعي رح يقضي بينة ذي اليد لاعتضادها باليد اي لتاكد البينة باليد لان اليد دليل الملك فيقوى الظهور اي فيقوى ظهور المدعى وصار اي صار حكم هذه المسئلة كالنتاج اي كحكم مسئلة النتاج بان ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد ان هذه الدابة نتجت عنده واقاما البينة على ذلك او لاحدهما يد فانه يقضي لذي اليد والنكاح اي وكحكم مسئلة النكاح بان تنازعا في نكاح امراة واقاما البينة وهي في يد احدهما فبينة ذي اليد اولى ودعوى الملك مع الاعتاق اي وكحكم مسئلة دعوى الملك مع الاعتاق بان يكون عبد في يد رجل فاقام الخارج البينة انه عبده اعتقه واقام ذو اليد البينة انه اعتقه وهو يملكه فبينة ذي اليد اولى او الاستيلاد عطف على الاعتاق فالمعنى او دعوى الملك مع الاستيلاد بان تكون امة في يد رجل فاقام كل واحد من الخارج وذي اليد البينة انها امته استولدها فبينة ذي اليد اولى او التدبير اي او دعوى الملك مع التدبير بان تكون عبد في يد رجل فاقام كل واحد من الخارج وذي اليد البينة انه عبده دبره فبينة ذي اليد اولى ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا اي في القاضي او اظهارا اي في الواقع فان بينة اظهر ما كان ثابتا في الواقع لان قدر ما اثبته اليد لا يثبته بينة ذي اليد اذ اليد دليل مطلق الملك الا ترى ان من راى شيئا في يد انسان جاز له ان يشهد بانه ملكه فبينة ذي اليد غير مثبتة للملك لكنا نلزم تحصيل الحاصل انما هي موكدة للملك الثابت باليد والتاكيد اثبات وصف للموجود لا اثبات اصل الملك وامابينة الخارج فمثبتة لاصل الملك فصح قولنا انها اكثر اثباتا وما هو اكثر اثباتا في البينة فهو اولى بالقبول لنور فرا شرعت البينات لاجله فيه هذا زبدة ما في الشروح في حل كلام المصنف ههنا فان قيل بينة الخارج تزيل ما اثبته اليد من الملك فبينة ذي اليد تفيد الملك ولا يلزم تحصيل الحاصل اجيب بان البينة ليست موجبة بنفسها حتى تزيل بينة الخارج ما ثبت باليد وانما تصير موجبة عند اتصال القضا بها كما تقدم فقبله يكون الملك ثابتا للمدعى عليه واثبات الثابت لا تصور فلا يكون بينة ذي اليد مثبتة بل موكدة الملك ثابت والتاسيس اولى من التاكيد كذا في النهاية اقول بقي ههنا شئ وهو ان المتبادر من قولهم ان بينة الخارج اكثر اثباتا ومن قولهم ان بينة الخارج اولى بالقبول من بينة ذي اليد في الملك المطلق ان لذي اليد ايضا بينة وان من حقه اقامتها على الملك المطلق ايضا الا ان بينة الخارج اولى بالقبول من بينة لكونها اكثر اثباتا لكن التحقيق يقتضي ان لا يكون لذي اليد بينة شرعية في الملك المطلق وان لا يكون من حقه اقامتها على الملك المطلق اصلا لانه مدعى عليه محض وليس على المدعى عليه غير اليمين بالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعى واليمين على من انكر كما مر بيانه فالاظهر في الاستدلال من قبلنا على مسئلتنا هذه ما ذكر في بعض الشروح من ان لنا قوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعى واليمين على من انكر فانه عليه الصلوة والسلام جعل جميع البينة في جانب المدعي لان اللام في البينة لاستغراق الجنس لعدم العهد فلم يبق في جانب المدعى عليه الا اليمين والمدعى اسم لمن يدعي الشئ ولا دلالة معه ولهذا يقال المسيلمة الكذاب مدعي النبوة والخارج بهذه المثابة لانه لا دلالة معه على الملك بخلاف ذي اليد فان اليد دليل الملك انتهى بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه فكانت بينة ذي اليد كبينة الخارج مثبتة لا موكدة فكانت كل واحدة من البينتين للاثبات فترجحت احدهما باليد وكذا الحال في النكاح الا ان المصنف لم يذكره من بين اخواته اما نسيانا واما اعتمادا على معرفة حاله مما ذكره في النتاج وكذا على الاعتاق واختيه اي وكذا اليد لا تدل على الاعتاق واختيه وهما الاستيلاد والتدبير فاستوت البينتان في الاثبات في هذه الصور ايضا فترجحت احدهما باليد وعلى الولاء الثابت بها اي بهذه الاشياء الثلاثة وهي الاعتاق والاستيلاد

قال واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول الزمه ما ادعى عليه وقال الشافعي رح لا يقضى به بل يرد اليمين على المدعي فاذا حلف يقضى له لان النكول يحتمل النزوع عن اليمين الكاذبة والتورع عن الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال ويمين المدعي يرد ليشهد باحدى جهتيه ولنا ان النكول بذل لانه اسقاط مقرر اذ لولا ذلك لا تقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فيترجح جانب

والتدبير يعني ان اليد لا تدل على الولاء الثابت بها فاستوت البينتان في ذلك فترجحت احداهما باليد قال اي القدوري في مختصره واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول اي قضى القاضي على المدعى عليه بالنكول والزمه ما ادعى عليه اي والزم القاضي المدعى عليه ما ادعى عليه المدعي وفي بعض نسخ مختصر القدوري ولزمه بدل ولزمه اي ولزم المدعى عليه ما ادعى عليه المدعي وقال الشافعي رح لا يقضى به اي بالنكول بل يرد اليمين على المدعي فاذا حلف اي المدعي يقضى به اي يقضى له بما ادعاه وان نكل المدعي ايضا انقطعت المنازعة لان النكول لتعليل لقوله لا يقضى بتحمل التورع عن اليمين الكاذبة والتورع عن المصادقة اي عن اليمين الصادقة كما روي عن عثمان رضي الله تعالى عنه انه نكل عن اليمين وقال اخاف ان يوافقها قضاء فيقال ان عثمان رض حلف كاذبا كذا ذكره الامام خواهرزاده في مبسوطه واشتباه الحال اي وتحمل اشتباه الحال عليه بان لا يدري انه صادق في انكاره فيحلف او كاذب فيمتنع فلا ينتصب اي لا ينتصب نكول المدعى عليه حجة مع الاحتمال المذكور وبين المدعي دليل الظهور اي دليل ظهور كون المدعي محقا فيصار اليه اي فيرجع الى يمين المدعي ولنا ان النكول اي نكول المدعى عليه دل على كونه باذلا اي دل على كون المدعى عليه باذلا ان كان النكول بدلا كما هو مذهب ابي حنيفة رح او مقرا اي على كونه مقرا ان كان النكول اقرارا كما هو مذهبهما اذ لولا ذلك اي ولولا كونه باذلا او مقرا لاقدم على اليمين اقامة للواجب وهو اليمين لانها واجبة عليه لقوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من انكر وكلمة على للوجوب ودفعا للضرر عن نفسه اي ودفعا للضرر الدعوى عن نفسه فيترجح بذا الجانب واعلم ان جل المراد بهذه المقدمة من دليلنا ورده بما قبلها من يد اخص بذا الكتاب ولهذا لم يخل كلام كل واحد من الشراح ههنا عن اختلال اضطراب فقال صاحب العناية فترجح بذا الجانب اي جانب كونه باذلا ان ترفع او مقرا ان تورع لان الترفع والتورع انما يحمل اذا لم يفض الى الضرر بالغير انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلان تورع كونه باذلا او مقرا الى الترفع والترفع مما لا يكاد يصح ههنا لان النكول عند ابي حنيفة رح بذل لا غير وعندهما اقرار لا غير فعلى التورع الامر لا يحمل الرجحان في بذا الجانب على الترفع والتورع معاني واحد من المذهبين بل انما يثبت رجحان كونه باذلا في مذهب ابي حنيفة رح على الترفع فقط ورجحان كونه مقرا في مذهبهما على التورع فقط وبه لا يتم المطلوب على شئ من المذهبين لان الترفع وحده او التورع وحده لا يحمل واحدا من الاحتمالات المذكورة في دليل الشافعي رح وبمجرد رجحان بذا الجانب على واحد من تلك الاحتمالات لا يتعين كونه مرادا للتساكل حتى يتم المطلوب والحاصل ان في تقرير صاحب العناية خلطا بين المذهبين كما ترى واما ثانيا فلانا لا نسلم ان التورع عن اليمين الكاذبة سيما عن اليمين الغموس كما نحن فيه انما يحمل اذا لم يفض الى الضرر بالغير بل الظاهر ان التورع عنها واجب في كل حال واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيه بحث فان ما ذكره من الافضاء الى الضرر بالغير غير ظاهر انتهى اقول هذا غير وارد فان الافضاء اليه في صورة التورع عن اليمين الكاذبة ظاهر جدا لان كون الناكل كاذبا في يمينه انما يتصور فيما اذا كان للمدعي حق عليه في الواقع فح لو تورع عن اليمين الكاذبة بدون البذل او الاقرار افضى الى الضرر بالمدعي قطعا للتضييع حقه وهو ما ادعاه وكذا الافضاء اليه في صورة الترفع عن اليمين الصادقة يظهر بادنى تامل لان يمين الناكل حق المدعي لقوله عليه الصلوة والسلام لك يمينه كما مر فلو ترفع عن اليمين ولو عن الصادقة بدون ارضاء المدعي بالبذل ونحوه افضى الى الضرر بالمدعي بمنع حقه وهو يمين خصمه وقال صاحب النهاية وصاحب الكفاية فترجح بذا الجانب اي جانب كونه باذلا او مقرا على جانب التورع لان الشرع الزمه التورع عن اليمين الكاذبة دون الترفع عن اليمين الصادقة فلذلك ترجح بذا الجانب في نكوله انتهى اقول وفيه ايضا بحث اما اولا فلان ما ذكره من الدليل انما افاد رجحان بذا الجانب اي جانب كونه باذلا او مقرا على الترفع عن اليمين الصادقة حيث لم يكن الترفع عنها مما الزمه الشرع فلا ينبغي ان يلتزمه الناكل ولم يفد رجحانه على التورع عن اليمين الكاذبة فلا معنى لقوله على جانب التورع وان اريد بجانب التورع الجانب المقابل لجانب البذل والاقرار لا التورع نفسه فيكون الغرض

ولا وجه لليمين على المدعى لما قدمناه قال وينبغي للقاضي ان يقول له اني اعرض عليك اليمين ثلثا فان حلفت وإلا قضيت عليك بما ادعاه وهذا اذا لم يعلم القاضي بكذبه وهو مرضي للفقهاء قال فاذا كرر العرض عليه ثلث مرات قضى عليه بالنكول وهذا التكرار ذكره الخصاف تزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء العذار فانه المذهب انه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه

ايضا واختلافي ذلك الجانب ينبغي ان يقال ما ذكره من الدليل انما افاد رجحان جانب كونه باذلا او مقرا على الترفع عن اليمين الصادقة فقط وهو محتمل واحد من المحتملات المذكورة في دليل الخصم وبمجرد الرجحان عليه لا يتم مطلوبنا كما مر آنفا واما ثانيا فلان ما ذكره من الدليل غير مذكور في كلام المصنف وغير منفهم منه فكيف يتم بنا شرح قول المصنف فترجح هذا الجانب عليه والثاني فترجح تقتضي التقرع على ما سبق من كلامه كما لا يخفى وقال صاحب غاية البيان فترجح هذا الجانب اي ترجح جانب كون الناكل باذلا او مقرا على الوجه المحتمل وهو كونه متورعا ونحو ذلك لان النكول امتناع عن اليمين التي وجبت عليه فلو لا ان النكول بذل او اقرار كان النكول امتناعا عن الواجب وظلما على المدعي والعاقل لدين لا يترك الواجب ولا يقدم على الظلم والحاصل ان النكول ان كان امتناعا عن اليمين الصادقة يكون بذلا او اقرارا وان كان امتناعا عن اليمين الكاذبة يكون اقرارا وان كان امتناعا عن اليمين الصادقة يكون بذلا انتهى اقول وفيه ايضا بحث اما اولا فلان قوله وظلما على المدعي ليس بتمام اذ لا نسلم ان النكول الملزم يكون بذلا او اقرارا لكان ظلما على المدعي لجواز ان يكون للترفع عن اليمين الصادقة فح لا يتحقق الظلم على المدعي لان صدق المدعي عليه في انكاره يستلزم كذب المدعي في دعواه والكاذب ليس بمظلوم بل هو ظالم اللهم الا ان يقال يجوز ان يعد النكول ظلما على المدعي في صورة صدق المدعي عليه ايضا من جهة ان يمين المدعى عليه حق المدعي بموجب الحديث على ما مر وان في النكول عنها منع هذا الحق فصار الناكل ظالما على المدعي في الجملة واما ثانيا فلان في التوزيع الحاصل من قوله والحاصل ان النكول ان كان امتناعا عن اليمين الكاذبة يكون اقرارا وان كان امتناعا عن اليمين الصادقة يكون بذلا خلاف حيث لا يكون المطلوب حينئذ على واحد من المذهبين بل يحتاج الى خلط ما على ما بيناه في بحثنا الاول في كلام صاحب الغاية فالصواب عندي في حل مراد المصنف ههنا ان يقال فترجح هذا الجانب اي جانب كون الناكل باذلا او مقرا على جميع الوجوه المحتملة المذكورة في دليل الشافعي رح بناء على مقتضى ما سبق من قوله اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه وبيان ذلك ان العاقل لدين لا يترك الواجب عليه ولا يترك دفع الضرر عن نفسه بشيء من تلك الوجوه المحتمل اما بالترفع عن اليمين الصادقة فظاهر اذ هو ليس بامر ضروري اصلا حتى يترك به الواجب ودفع الضرر عن النفس واما بالتورع عن اليمين الكاذبة فلان المتورع لا يترك الواجب عليه بل يعطي حق خصمه فيسقط الواجب عن العهدة فان لم يكن الناكل باذلا او مقرا ولم يقدم على اليمين انتفى احتمال كونه متورعا واما باشتباه الحال فلان من شيمته عليه الحال لا يترك الواجب عليه ايضا بل يتحرى فيقدم على اقامة الواجب او يعطي حق خصمه فيسقط عن عهدة الواجب فان لم يكن الناكل باذلا او مقرا ولم يقدم على اليمين انتفى هذا الاحتمال ايضا وبالجملة ان قول المصنف اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه كلمة جامعة ينفع بها الوجوه المحتملة المذكورة في دليل الشافعي رح باسرها فيترجح كون الناكل باذلا او مقرا بالضرورة ولا وجه لرد اليمين لما قدمناه اشار به الى قوله ولا يرد اليمين على المدعي لقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر الخ ونحن ايضا قدمنا واستوفينا هناك دليل الشافعي رح في رد اليمين على المدعي واجبنا عنه نقلا عن الكافي والتبيين بما لا مزيد عليه فتذكر قال اي القدوري في مختصره وينبغي للقاضي ان يقول للمدعي عليه اني اعرض عليك اليمين ثلثا اي ثلث مرات فان حلفت اي ان حلفت خلصت او تركتك والا قضيت عليك بما ادعاه اي بما ادعاه المدعي قال المصنف وهذا لادراك اي قول القاضي قضيت عليك بما ادعاه لاعلامه بالحكم اي الحكم بالنكول اذ هو موضع الخفا لكونه مجتهدا فيه فان للشافعي رح خلافا فيه فيجوز ان يلتبس عليه ما يلزمه بالنكول فوجب ان يعرفه حتى يحلف او ينكل كذا في الشروح قال اي القدوري في مختصره فاذا كرر العرض عليه ثلث مرات قضى عليه بالنكول قال المصنف وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء العذار اي في اظهاره يعني ان هذا التكرار الذي ذكره الخصاف للاستحباب لا لازم شرط لجواز القضاء بالنكول ونظيره امهال المرتد ثلثة ايام فانه مستحب لا واجب ومنع هذا القول فاسد المذهب فانه يقضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه من ان النكول بذل او اقرار ويعمل التكرار

وهو الصحيح احتراز عن قول [illegible] لا يحلف ويقضى عليه بالنكول وقد يكون حكميا بان يسكت وسكوته حكما لان الظاهر انه لا آفة به من طرش او غيره
حواشيه قال [illegible] نكاحها لم يستحلف المنكر عندنا خلافا لزفر في النكاح والرجعة والفيء في الايلاء والرق والاستيلاد والنسب والولاء

بشرط في شيء منهما هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم انه لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ كذا في اكثر الشروح وهذا معنى قول صاحب الكافي في التقدير بالثلث في عرض اليمين لازم في المروي عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله والجمهور على انه للاحتياط حتى لو قضى بالنكول مرة بعد قضاءه في الصحيح انتهى وقال صاحب غاية البيان احتراز عن قول الخصاف فانه يشترط التكرار انتهى اقول بذا ليس بشرح صحيح فان المصرح بعد بما صرح بان الخصاف ذكر التكرار زيادة الاحتياط في المبالغة في ابلاء العذر كيف يزعم انه اشترط التكرار فتدبر زعن قوله والاول اولى اي العرض ثلث مرات اولى يعني ان القضاء بالنكول بعد العرض مرة جائز ولكن الاولى هو القضاء بالنكول بعد العرض ثلث مرات وفي النهاية وذكر في فتاوى فاضيخان صورة المسئلة قال رجل قدم رجلا الى القاضي فادعى عليه مالا او وضيعة في يده او حقا من الحقوق فانكر فاستحلفه القاضي فابى ان يحلف فانه ينبغي للقاضي ان يقول له اني اعرض عليك اليمين ثلث مرات فان حلفت والا الزمتك المدعى ثم يقول القاضي احلف بالله ما لهذا عليك هذا المال الذي يدعي وهو كذا وكذا ولا شيء منه فان ابى ان يحلف بالله في المرة الاولى يقول له في المرة الثانية كذلك فان ابى ان يحلف في المرة الثانية يقول له في المرة الثالثة ثم اقضي عليك ان لم تحلف ثم يقول ثالثا احلف بالله ما لهذا عليك هذا المال ولا شيء منه فان ابى ان يحلف يقضي عليه بدعوى المدعي وان قضى القاضي بالنكول في المرة الاولى نفذ قضاؤه انتهى قال صاحب الكافي ولا بد ان يكون النكول في مجلس القضاء وهل يشترط القضاء على فور النكول فيه اختلاف انتهى وقال الامام الزيلعي في شرح الكنز ولا بد من ان يكون النكول في مجلس القاضي لان المعتبر عين فلا يقع للخصومة ولا معتبر باليمين عند غيره في حق الخصومة فلا يعتبر وهل يشترط القضاء على فور النكول فيه اختلاف ثم اذا حلف المدعى عليه فالمدعي على دعواه ولا يطلب حقه بيمينه الا انه ليس له ان يخاصمه الا لم يقم البينة على وفق دعواه فان وجد بينة اقامها عليه وقضى له بها وبعض القضاة من السلف كانوا لا يسمعون البينة بعد الحلف ويقولون ترجح جانب صدقه باليمين فلا تقبل بينة المدعي بعد ذلك كما ترجح جانب صدق المدعى عليه بالبينة حتى لا يعتبر يمين المنكر معها وهذا القول مهجور غير ماخوذ به وليس بشيء اصلا لان عمر رضي الله عنه قبل البينة من المدعي بعد يمين المنكر وكان شريح رحمه الله يقول اليمين الفاجرة احق ان ترد من البينة العادلة وهل ينظر كذب المنكر باقامة البينة والصواب انه لا ينظر كذبه حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور ولا يحنث في يمينه ان كان قال لفلان على الف درهم فادعى عليه فانكر فحلف ثم اقام المدعي البينة ان له عليه الفا وقيل عند ابي يوسف رح ينظر كذبه وعند محمد رح لا ينظر الى هنا كلامه ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا احلف وقد يكون حكميا بان يسكت وحكمه اي حكم الثاني وهو الحكمي حكم الاول وهو الحقيقي اذا علم انه لا آفة به اي بالمدعى عليه من طرش الطرش بفتحتين او الخرس بفتحتين ايضا آفة باللسان يمنع الكلام اصلا هو الصحيح اختلفت الروايات فيما اذا سكت المدعى عليه بعد عرض اليمين عليه ولم يقل لا احلف فقال بعض اصحابنا اذا سكت سال القاضي عنه هل به خرس او طرش فان قالوا لا جعله ناكلا وقضى عليه ومنهم من قال يحبس حتى يجيب والاول هو الصحيح كذا في غاية البيان نقلا عن شرح الاقطع قال اي القدوري في مختصره وان كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر عند ابي حنيفة رح ولا يستحلف عنده يريد به التميم بعد تخصيص النكاح بالذكر في النكاح اي لا يستحلف عنده في دعوى النكاح بان ادعى رجل على امراة انه تزوجها او بالعكس والرجعة اي لا يستحلف عنده في دعوى الرجعة ايضا بان ادعى بعد الطلاق وانقضاء العدة انه كان راجعها في العدة وانكرت او بالعكس والفيء في الايلاء اي وفي دعوى الفيء في الايلاء ايضا بان ادعى بعد انقضاء مدة الايلاء انه كان فاء اليها في المدة وانكرت او بالعكس والرق وفي دعوى الرق ايضا بان ادعى على مجهول النسب انه عبده وانكر المجهول او بالعكس والاستيلاد اي وفي دعوى الاستيلاد ايضا بان ادعت امة على مولاها انها ولدت منه ولدا وانكر المولى ولا يجري فيه العكس كما سيذكره المصرح والنسب اي وفي دعوى النسب ايضا بان ادعى على مجهول انه ولده او والده وانكر المجهول او بالعكس والولاء اي وفي دعوى الولاء ايضا بان ادعى على مجهول النسب انه معتقه ومولاه وانكر المجهول

والحدود واللعان وقال ابو يوسف ومحمد يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان وصورة الاستيلاد ان تقول الجارية انا ام ولد لمولاي وهذا ابني منه وانكر المولى ذلك او ابى منه وانكل عن اليمين او نكل ثلاثا او قال لا ادري او سكت لا يستحلف بل يقضى عليه بالاقرار لانه بدل على كونه كاذبا في انكاره السابق على ما قدمناه يعني قوله اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين فانه للواجب ودفعا للضرر عن نفسه وفيها تحصيل الثواب بما جرت سنة ذكرهم الله تعالى على لسانه تعظيما له ودفع تهمة الكذب عن نفسه وابقاء ماله على ملكه فلولا هو كاذب في يمينه لما ترك هذه الفوائد الثلاث كذا في العناية وغيرها فكان ابى النكول اقرارا اوبدلا عنه بفتح الدال اى خلفا عن الاقرار يعني انه قائم مقام الاقرار اقول لا يخفى على ذوي فطرة سليمة وركانة محررية سليمة حيث عين ولا كون النكول اقرارا ثم فرع على دليله كونه اقرارا اوبدلا عنه بالترديد ولا يذ فيها ما ذكر في النهاية والكفاية من انه جاز ان يكون هذا الترديد لدفع بعض الشبهات التي تورد عليها في القول بالاقرار انتهى اذ كان يمكن دفع ذلك بذكر الترديد ايضا او بالاكتفاء بذكر كونه بدلا منه في احد المتبوعين مقابل كان هذا اى الاكتفاء به هو الذي ينبغي كما ستقف عليه والاقرار يجري في هذه الاشياء هذا كبرى دليلها على جواز الاستحلاف في الاشياء المذكورة تقريره ان النكول اقرار والاقرار يجري في هذه الاشياء ينتج ان النكول يجري في هذه الاشياء فاذا جرى النكول فيها جرى الاستحلاف فيها ايضا لحصول فائدة الاستحلاف وهي الاقتضاء بالنكول كما في سائر مواضع الاستحلاف

او بالعكس ان كان ذلك في ولاء الولاء اذ الولاء لا يشمل ولاء العتاقة وولاء الموالاة والحدود اي في دعوى الحدود ايضا بان ادعى على آخر ما يوجب حدا من الحدود وانكره الآخر واللعان اي في دعوى اللعان ايضا بان ادعت على زوجها انه قذفها بما يوجب اللعان وانكر الزوج واعلم ان هذه الاشياء كلها مذكورة في مختصر القدوري ههنا الا اللعان فانه غير مذكور فيه ولكنه مذكور في الجامع الصغير في كتاب القضاء وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان قيد بانه لا يستحلف في الحدود واللعان على قولهم جميعا واما اختلافهم في الاشياء الستة الباقية ففي الكافي قال القاضي فخر الدين في الجامع الصغير اختلفوا على قولهما وقيل ينبغي للقاضي ان يتحرى حال المدعى عليه فان رآه مستقيما يحلفه وبذلك يقولهما وان كان مطلوما لا يحلفه اخذا بقوله انتهى وفي النهاية هذا كله اذا لم يكن المقصود من الدعوى مال بان ادعت المرأة على رجل انه تزوجها وطلقها قبل الدخول ولها عليه نصف المهر وانكر يستحلف في قولهم فان نكل يقضى عليه بنصف المهر على ما يجيء بعيد هذا في الكتاب وسئل الشيخ الامام عبد الواحد الشيباني عن المرأة اذا كانت تعلم بالنكاح ولا تجد بينة تقيمها لاثبات النكاح والزوج منكر هل ينبغي للقاضي ان لا يمضي حتى لا تتزوج هذه المرأة مخافة ان يكون هذا الرجل زوجها قال يستحلفه القاضي ان كانت هذه امرأته فلك فعي طالق حتى يقع الطلاق ان كانت امرأته فيتخلص منه ويحل للازواج وذكر الصدر الشهيد في آدب القاضي في باب اليمين ان الفقيه ابا الليث رحمه الله اخذ بقولهما في هذه المسألة وهذا في الوقعات ايضا وكيفية الاستحلاف عندهما ان يحلف على الحاصل ان كانت المرأة هي المدعية باسناد هذه الامرأة امرأتك بهذا النكاح الذي ادعته وان كان الزوج هو المدعي يحلف باسناد زوجك علي هذا وعلى هذا اكثر المشائخ على ان ينبغي للقاضي ان ينظر في حال المدعى عليه فان رآه مستقيما يحلفه وبذلك يقولهما وان رآه مطلوما لا يحلفه اخذا بقول ابي حنيفة رح وهو كما اختاره شمس الائمة رحمه الله في التوكيل بالخصومة بغير محضر من الخصم وبغير رضاه ان القاضي ان علم بالمدعي التعنت في ابا التوكيل لا يمكنه من ذلك وقيل التوكيل بغير محضر من الخصم وان علم بالموكل القصد الى الاضرار بالمدعي في التوكيل لا يقدر على ذلك الا بحضور الخصم حتى يكون دافعا للضرر عن الجانبين كذا في الجامع الصغير لقاضيخان والحبوبي وفي الحدود لا يستحلف بالاجماع الا اذا تضمن حقا بان علق عتق عبده بالزنا وقال ان زنيت فانت حر فادعى العبد انه قد زنى ولا بينة له على يستحلف المولى حتى اذا نكل ثبت العتق دون الزنا كذا في كنز

العلوم الشهيد فارب التاجي الى هنا لفظ النهاية وصورة الاستيلاد ان تقول الجارية انا ام ولد لمولاي وهذا ابني منه وانكر المولى او ادعى المولى انها اختلفت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكاره وانما خص صورة الاستيلاد بالذكر من بين اخواته تنبيها على انه لا سماع للمدعوى في هذه الصورة الا من جانب واحد بخلاف اخواته اخانه فيها فان للمدعى فيها مساغا من الجانبين كما صورناه فيما مر لها اى لابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان النكول اقرار انه بدل على كونه كاذبا في الانكار اى في انكاره السابق على ما قدمناه يعني قوله اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين فانه للواجب ودفعا للضرر عن نفسه وفيها تحصيل الثواب بما جرت سنة ذكرهم الله تعالى على لسانه تعظيما له ودفع تهمة الكذب عن نفسه وابقاء ماله على ملكه فلولا هو كاذب في يمينه لما ترك هذه الفوائد الثلاث كذا في العناية وغيرها فكان ابى النكول اقرارا اوبدلا عنه بفتح الدال اى خلفا عن الاقرار يعني انه قائم مقام الاقرار اقول لا يخفى على ذوي فطرة سليمة وركانة محررية سليمة حيث عين ولا كون النكول اقرارا ثم فرع على دليله كونه اقرارا اوبدلا عنه بالترديد ولا يذ فيها ما ذكر في النهاية والكفاية من انه جاز ان يكون هذا الترديد لدفع بعض الشبهات التي تورد عليها في القول بالاقرار انتهى اذ كان يمكن دفع ذلك بذكر الترديد ايضا او بالاكتفاء بذكر كونه بدلا منه في احد المتبوعين مقابل كان هذا اى الاكتفاء به هو الذي ينبغي كما ستقف عليه والاقرار يجري في هذه الاشياء هذا كبرى دليلها على جواز الاستحلاف في الاشياء المذكورة تقريره ان النكول اقرار والاقرار يجري في هذه الاشياء ينتج ان النكول يجري في هذه الاشياء فاذا جرى النكول فيها جرى الاستحلاف فيها ايضا لحصول فائدة الاستحلاف وهي الاقتضاء بالنكول كما في سائر مواضع الاستحلاف

لكنه اقرار فيه شبهة لانه في نفسه سكوت والحدود تندرئ بالشبهات فلا يجري النكول فيها واللعان في معنى الحد لانه قائم مقام حد القذف في حق الزوج يعني ان كل قذف يوجب حد القذف على الاجنبي اذا قذف الاجنبيات فذلك يوجب اللعان على الزوج وقائم مقام حد الزنا في حق المرأة كما تقرر في باب اللعان فلا يجري النكول فيه ايضا قال صاحب العناية وعليه نقوض اجمالية الاول ما ذكره في الجامع رجل اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقي ثم وجد به عيبا فخاصمه في النصف الاول فانكر البائع ونكل عن اليمين فرد عليه ثم خاصمه في النصف الثاني فانكر لم يلزمه واستحلف ولو كان النكول اقرارا لزمه النصف الآخر بنكوله في المرة الاولى كما لو اقر في تلك المرة الثاني الوكيل بالبيع اذا ادعى عليه عيبا في المبيع واستحلف فنكل لزم الموكل ولو كان اقرارا لزمه الوكيل الثالث ما ذكره في المبسوط ان الرجل اذا قال تكالفت لك بما يقر لك به فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فانكر ونكل عن اليمين فتقضي عليه بالنكول لا يقضي به على الكفيل ولو كان النكول اقرارا لقضي والجواب ان النكول اما اقرار او بدل منه فوجه الاقرار ما يقدم ووجه كونه بدلا ان المدعي لتحقق بدعواه جوابا بالفصل الخصومة وذلك بالاقرار والانكار فان اقر فقد انقطعت وان انكر لم تنقطع الا بيمين فاذا نكل كان بدلا عن الاقرار تقطع الخصومة فالنقوض المذكورة ان وردت على اعتبار كونه اقرارا لا ترد على تقدير كونه بدلا منه ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعى الى هنا كلامه اقول ما ذكره في الجواب منظور فيه من وجوه الاول ان الظاهر من قوله فوجه الاقرار ما يقدم ووجه كونه بدلا كيت وكيت ان ما يقدم انما يصلح لان يكون وجه الاقرار لا لان يكون وجه كونه بدلا منه مع انه صالح لهما ولهذا فرعهما المصنف عليه حيث قال فكان اقرارا او بدلا عنه الثاني ان الوجه الذي ذكره لكونه بدلا منه غير تام اذ يرد عليه منع قوله فاذا نكل كان بدلا عن الاقرار تقطع الخصومة بجواز ان يكون بدلا كما ذهب اليه ابو حنيفة رحمه الله لا بدلا عن الاقرار وقطعة الخصومة لا يدل على كونه بدلا عنه لتحقق القطع المزبور بكونه بدلا ايضا وبجواز يكون نفس الاقرار لا بدلا عنه فمع ايضا لا تتم التقريب الثالث ان الاقرار اذا كان مخالفا في الاحكام لما هو بدل عنه كما في صور النقوض المذكورة فمن اين لعرف جريان بدل الاقرار ايضا في الاشياء المذكورة حتى يتم دليلهما المذكور في الكتاب الرابع ان قوله وهذا يسمى في علم النظر تغيير المدعى انما يتم لو كان المذكور في دليلهما المسطور كون النكول اقرارا فقط ولما كان المذكور فيه كونه اقرارا او بدلا عنه بالترديد كما لم يحتج في دفع النقوض المزبورة بما ذكر الى تغيير شيء اصلا فلم يتم قوله المذكور ثم ان بعض الفضلاء كلامي في تحرير صاحب العناية ههنا احد هما في جانب السؤال والآخر في جانب الجواب اما الاول ففي قوله وعليه نقوض اجمالية حيث قال بل الظاهر ان تلك الاسولة الثلثة معارضات كما لا يخفى على من له ادنى تأمل ودربة انتهى واما الثاني ففي قوله ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعى حيث قال بل هو تغيير الدليل لا المدعى جواز الاستحلاف انتهى اقول كل واحد منهما ساقط اما الاول فلان كون تلك الاسولة معارضات بما لا يكاد يخفى لان حاصل كل واحد منها بيان تخلف الحكم وهو كون النكول اقرارا في صورة جزئية عن الدليل المذكور من قبل الامامين وهو صريح نقض اجمالي ولا لطف للحمل على المعارضة في شيء منها لان المدعى ههنا وهو كون النكول اقرارا كليا ما ذكر في كل واحد منها صورة جزئية لا تدل على خلاف المدعى بالكلية وانما غر ذلك البعض قول السائل في ذيل كل واحد من تلك الاسولة ولو كان النكول اقرارا لكان جواب المسئلة خلاف ما ذكر والحال ان المراد به مجرد بيان تخلف الحكم عن الدليل لا اقامة الدليل على خلاف المدعى كما لا يخفى واما الثاني فلان مراد صاحب العناية بالمدعى ههنا قولهما ان النكول اقرار المستدل عليه في كلام المصنف بقوله لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار على ما قدمناه فاذا صير في الجواب عن النقوض المذكورة الى كون النكول بدلا عن الاقرار لا نفس الاقرار فقد غير ذلك المدعى قطعا وكون قولهما ان النكول اقرار مقدمة الدليل بالنظر الى اصل المسئلة وهو جواز الاستحلاف عندهما لا ينافي كونه مدعى بالنظر الى كونه مستدلا عليه بالدليل المستقل مع العجب من ذلك الفاضل انه جعل الاسولة المذكورة معارضات والمعارضة اقامة الدليل

ولابي حنيفة رح انه بدل لان معناه ابقى اليمين واجبة لحصول المقصود وانزاله باذا الى كيلا يصير كاذبا في الانكار والبدل لا يجري في هذه الاشياء وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف لان هذا بدل لدفع الخصومة كما لك المكاتب والعبد الماذون بمنزلة الضيافة بالبسيرة

على خلاف دعوى الخصم وهذا لا يتصور الا بان يكون المدعى هنا قولها ان النكول اقرار اذ لا مساس لتلك الاسولة باصل المسئلة كما لا يخفى ولابي حنيفة رح انه اى النكول بدل وتفسير البدل عنده ترك المنازعة والاعراض عنها لا البتة والتمليك ولهذا قلنا ان الرجل اذا ادعى نصف الدار شائعا فانكر المدعى عليه يقضى فيه بالنكول بنصف الدار شائعا الاصح كذا في النهاية وسراج الدراية نقلا عن الفوائد الظهيرية لان معناه اى مع البدل لا يبقى اليمين واجبة لحصول المقصود به اى لحصول المقصود من اليمين وهو قطع الخصومة بالبدل فيكون ذلك باعثا على تركه الاقدام على اليمين بدا هو العلة المجوزة لكون النكول بدلا واما العلة المسوغة لكونه بدلا على كونه اقرارا فهي المشار اليه بقوله وانزاله باذا اولى اى من انزاله مقرا كيلا يصير كاذبا في الانكار اى في انكاره السابق يعني لو حملناه على الاقرار لكذبناه في الانكار السابق ولو جعلناه بدلا لقطعنا الخصومة بالتكذيب فكان انزاله اولى صيانة للمسلم عن ان ينظر الكذب قيل عليه لو كان النكول بدلا لما ضمن شيئا آخر اذا استحق ما ادى بقضاء كما لو صالح عن انكار واستحق بدل الصلح فانه لا يضمن شيئا ولكن المدعى يرجع الى المدعى واجيب عنه بان بدل الصلح وجب بالعقد فاذا استحق بطل العقد فعاد الحكم الى الاصل وهو الدعوى واما ههنا فالمدعى يقول انا اخذت هذا بازاء ما وجب لي في ذمته بالقضاء فاذا استحق رجعت بما في الذمة وقيل عليه ان الحكم واجب على الحاكم بالنكول والبدل لا يجب به الحكم عليه فلم يكن النكول بدلا واجيب عنه بان الحكم لا يجب بالبدل الصريح واما ما كان بدلا بحكم الشرع كالنكول فلانهم انما لا يجب به بل هو موجب قطعا لان منعة وقيل عليه يقضى بالقصاص في الاطراف بالنكول ولو كان بدلا لما قضى به لان البدل لا يحل فيها واجيب عنه بانا لا نهم ان البدل فيها غير عامل اذا كان مضيا يجوز ان يقول اقطع يدي وبها اكلة حيث لم يأثم بقطعها وفيما نحن فيه النكول مفيد لانه يحترز به عن اليمين وله ولاية الاحتراز عن اليمين هذه خلاصة ما في الشروح ههنا من الاسولة والاجوبة والبدل لا يجري في هذه الاشياء فانه لو قالت مثلا لانكاح بيني وبينك ولكني بذلت لك نفسي لم يصح بذلها وكذا لو قال لا حد لا ولكني بذا يوذيني بالدعوى فبذلت له نفسي ليستريح او قال انا ابن فلان ولكن هذا يوذيني بالدعوى فاصحت له ان يدعي نسبي لم يصح بذله لجلالة الاموال فانه لو قال هذا المال ليس لي ولكني اهبته وبذلته له لا يخلص من خصومته صح قوله وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول ولما لم يجر البدل في هذه الاشياء لم تتصور فيها القضاء بالنكول الذي هو البدل فلا يستحلف فيها لعدم الفائدة قال صاحب الكافي فان قيل هذا التعليل مخالف للحديث المشهور وهو قوله عليه الصلوة والسلام واليمين على من انكر قلنا خص منه الحدود واللعان فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس انتهى وقال صاحب العناية لا يقال ابو حنيفة رح ترك الحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من انكر بالرأي وهو لا يجوز لان ابا حنيفة رحمه الله لم ينف وجوب اليمين فيها لكنه يقول لما لم يفد اليمين فائدتها وهو القضاء بالنكول لكونه بدلا لا يجري فيها سقطت كسقوط الوجوب عن معذور لا يتحقق منه اداء الصلوة لفوات المقصود انتهى وقال بعض الفضلاء واجاب العلامة الكاكي بانه خص من الحديث الحدود بالاجماع فجاز تخصيص هذه الصورة بالقياس ولم يذكره الشارح يعني العناية لان التخصص يجب ان يكون مقارنا والاجماع ليس كذلك انتهى اقول مدار كلامه على ما فهمه من ان يكون مراد العلامة الكاكي ان تخصيص الحدود من الحديث هو اجماع الامة والظاهر ان مراده بالاجماع اتفاق الائمة فالمعنى كون الحديث مما خص منه البعض وهو الحدود ومتفق عليه ولا ينافي هذا كون التخصص قصديا ومقارنا على ان قاعدة الاصول هي انه اذا لم يعلم التقارن وعدمه يحمل على المقارنة فيتم المطلوب ويؤيد كون مراده بالاجماع اتفاق الائمة في كون الحديث مخصوصا ان الجواب الذي ذكره وقع في الكافي والكفاية من غير ذكر قيد الاجماع فتامل الا ان هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد الماذون بمنزلة الضيافة اليسيرة هذا جواب سوال مقدر وهو ان النكول لو كان بدلا لما ملكه المكاتب والعبد الماذون لما ان في البذل معنى التبرع وهما لا يملكان التبرع فاجاب بانهما يملكان ما لا بد له من التجارة كما في الضيافة اليسيرة وبذلهما بالنكول من جملة ذلك كذا في عامة الشروح اقول لمانع ان يمنع كون بذلهما من جملة ذلك

صحته في الدين بناء على ان تعليقه صحيح وهو يقتضي صحة النفسه والبدل معناه هنا ترك المنع وامر المال بهذين قال ويستحلف السارق فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله شيئان الضمان ويعمل فيه النكول والقطع ولا يثبت به فصار كما اذا شهد عليه شاهد وقال

اذا لخصومة تندفع بدون ذلك من غير ضرورة بان اقدما على اليمين فنكلا صادفا في انكارهما وبان اقر ان كان المدعي هو الصادق فليتامل وصحته اي صحة البدل في الدين بناء على زعم المدعي وهو يقتضيه حتى النفسه والبدل معناه ههنا ترك المنع وامر المال بين هنا ايضا جواب سؤال مقدر وهو ان النكول لو كان بذلا لما جرى في الدين لان محله الاعيان لان الديون اوالدين وصف في الذمة والبدل او الاعطاء لا يجريان في الاوصاف فاجاب بان معنى البدل ههنا ترك المنع فكان المدعي باخذه منه بناء على زعمه انه ياخذ حق نفسه ولا مانع له ولامر المنع جائز في الاموال لان امر المال بين حيث تجري فيها الاباحة بخلاف تلك الاشياء فانه لا يجري فيها الاباحة كذا في الشرح وسائر المعتبرات حتى ان صاحب الكافي في تصحيح السؤال والجواب حيث قال فان قيل لو كان بذلا لما جرى في الدين لان محله الاعيان لا الديون اذ البدل او الاعطاء لا يجريان في الاوصاف والدين وصف في الذمة قلنا البدل ههنا ترك المنع كان المدعي ياخذه منه بناء على زعمه انه ياخذ حق نفسه ولا مانع له وامر المال بين بخلاف النكاح ونحوه انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة بعد التامل الصادق ان الجواب المذكور لا يدفع السؤال المذكور وان تلفظ بالقبول لان الدين لما كان وصفا ثابتا في الذمة غير منتقل عنها لم يكن قابلا للاخذ كما لم يكن قابلا للبذل او الاعطاء وان ترك المنع انما يتصور في الاموال المتحققة في الاعيان لا في الاوصاف الثابتة في الذمم لان ترك المنع فرع جواز الاخذ فما لم يكن قابلا للاخذ لم تتصور فيه ترك المنع فلم يكن الذي ياخذه المدعي من المدعى عليه بناء على زعمه انه حق نفسه الدين بل كان العين وكذا لم يكن الذي ترك المدعى عليه منعه اخذ الدين بل كان اخذ العين والسؤال بالدين لا بالعين فالجواب المذكور لا يدفعه والحق عندي في الجواب ان يقال معنى البذل في الدين اجراءات مثله في ذمة المدعى باعطاء عين يماثل معياره معيار الدين المدعى وحصول المقاصة به من الطرفين كما ان معنى قضاء الدين هذا ولهذا قالوا الديون تقضى بامثالها على ما حقق في موضعه فاذا قال المدعي مثلا لي عليه عشرة دراهم كان معناه حاصل في ذمته وصف معياره عشرة دراهم فالذي يلزم المدعى عليه عند نكوله عن اليمين اعطاء عين يماثل معياره ما ادعاه المدعي من العين وهو عشرة دراهم فالمبذول حقيقة هو العين الذي يعطي لا الدين نفسه وان كان المدعي دينا قال ابي محمد رحمه الله في الجامع الصغير ويستحلف السارق يريد به انه اذا اراد المسروق منه اخذ المال دون القطع يستحلف السارق بالله ما له عليك هذا المال لان يثبت بالشبهات الا ترى انه يثبت بكتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة فجاز ان يثبت بالنكول الذي هو بذل او اقرار فيه شبهة والحدود لا يقام بمحتمل فيها شبهة فكذلك لا يقام بالنكول فلهذا لا يجري اليمين في الحدود وعن محمد رح انه قال القاضي يقول للمدعي ما ذا تريد فان قال اريد القطع فالقاضي يقول له ان الحدود لا يستحلف فيها فليست لك يمين وان قال اريد المال فالقاضي يقول له ارجع وعوني السرقة وانبعث على دعوى المال كذا في النهاية نقلا عن الامام المرغيناني والمحبوبي قال المصنف فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله اي بفعل السارق وهو السرقة شيئان الضمان اي احدهما ضمان المال ويعمل فيه النكول والقطع اي في ثانيهما قطع اليد ولا يثبت به اي لا يثبت القطع بالنكول قال صاحب العناية يريد بالمصنف بفعله في قوله لان المنوط بفعله شيئان النكول ثم قال ويجوز ان يراد بفعل السرقة اقول الثاني هو الصحيح والاول فاسد لان المصنف صرح بان القطع لا يثبت بالنكول فحمل الفعل في قوله لان المنوط بفعله شيئان على النكول احد الشيئين هو القطع ثم اقول بقي في كلام المصنف شيء وهو ان التعليل الذي ذكره بقوله لان المنوط بفعله شيئان الى آخره لا يفيد شيئا يعتد به اذ ليس فيه بيان لمية المدعى ههنا بل هو مجرد تفصيل لما قبله فان قوله فان نكل ضمن ولم يقطع فيه النكول تفصيل لقوله فان نكل ضمن من غير اشارة الى علة كون النكول كذلك وقوله والقطع لا يثبت به تفصيل لقوله ولم يقطع من غير اشارة الى علة عدم ثبوت القطع به فبقي المدعى غير معلوم للمنية والاوجه في التعليل ما ذكره الامام الزيلعي في شرح الكنز حيث قال لان الموجب فعله شيئان الضمان وهو يجب مع الشبهة فيجب بالنكول والقطع وهو لا يجب مع الشبهة فلا يجب بالنكول انتهى كذا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال لانه في السرقة يدعي المال والحد والايجاب للحد لا يجامعه الشبهة وايجاب المال يجامعه الشبهة فيثبت به انتهى تعقيب فصار اي صار حكم هذه المسئلة كما اذا شهد عليها اي على السرقة رجل واحد وان هناك يثبت المال دون القطع فكذا ههنا وصار كما اذا اقر بالسرقة ثم رجع فانه يسقط بالرجوع الحد وهو القطع ويثبت المال بالاقرار ولا يسقط بالرجوع قال ابي محمد رحمه الله في الجامع

واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلفت الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري في دعوى الطلاق عندهم لا سيما اذا كان المقصود هو المال

فائدة تعيين صورة المسئلة في الطلاق قبل الدخول هي تعليم ان دعوى المهر لا تتفاوت بين ان يكون الدعوى في كل المهر ونصفه كذا في النهاية ومعراج الدراية قال صاحب العناية وفيه نظر لان الاطلاق يعني عن ذلك وليس فيه توهم التقييد بذلك انتهى واجاب عنه بعضهم بانه لو اطلق لربما ذهب الوهم الى الطلاق بعد الدخول الغلبته فقيد لبعيم حكمه بطريق الاولوية فانه اذا استحلف قبل تأكد المهر فبعده اولى كما لا يخفى قال المصنف وكذا في النكاح اذا ادعت هي اي الصداق اي وكذا يستحلف الزوج بالاجماع فيما اذا ادعت المرأة مع النكاح الصداق لان ذلك دعوى المال اي المقصود من ذلك دعوى المال لم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح يعني يثبت المال بنكوله في قولهم جميعا لان المال يجري فيه الاقرار والبذل ولا يثبت النكاح في قول ابي حنيفة رحمه الله لان النكاح لا يجري فيه البذل قال البعض الفضلاء فان قيل يلزم على هذا ان تحقيق الملزوم بدون اللازم فلنا يجوز ان يحكم بثبوت النكاح في حق المهر لا مطلقا على ان المهر ليس يستلزم النكاح القائم لبقائه حال الفرقة والطلاق انتهى اقول كل واحد من حصل جوابه وعلاته مختل اما الاول فلانه لو جاز ان يحكم بثبوت النكاح في حق المهر بالنكول يجاز البذل في النكاح في الجملة اي في بعض الحالات ولم يقل به صاحب مذهب قط واما الثاني فلان المهر وان لم يستلزم قيام النكاح في البقاء ولكن يستلزم تحقق النكاح في الابتداء كما لا يخفى ومعنى المسئلة التي نحن فيها ان النكاح لا يثبت بالنكول لا في الابتداء ولا في البقاء لعدم جريان البذل فيه على كل حال فلم يندفع السؤال ثم اقول في الجواب عن سؤال الامام ان ثبوت المهر في الواقع يستلزم ثبوت النكاح فيه واما ثبوته عند القاضي فلا يستلزم ثبوت النكاح عنده لان معنى ثبوته عنده ظهوره له اذ قد مر ان الحجج الشرعية مثبتة في علم القاضي مظهرة في الواقع ولا يستلزم ظهور الملزوم ظهور اللازم يجوز ان يقوم الحجة على الاول دون الثاني كما فيما نحن فيه فالذي يلزم من المسئلة المذكورة ثبوت المهر عند القاضي بدون ثبوت النكاح عنده ولا محذور فيه لعدم الالتزام كما عرفت وقس على هذا احوال نظائره من المسائل الآتية المتصلة به في الكتاب فان بأذكرنا نخلص في الجميع قال المصنف وكذا في النسب اي وكذا يستحلف في النسب بالاجماع اذا ادعى حقا اي اذا ادعى مع النسب حقا آخر بالارث بان ادعى رجل على رجل انه اخ المدعى عليه مات ابوهما وترك مالا في يد المدعى فانه يستحلف بالاجماع فان حلف برئ وان نكل يقضى بالمال دون النسب والحجر في اللقيط بان ادعت امرأة حرة الاصل صبيا لا يعبر عن نفسه كان في يد رجل التقطه انه اخوها وانه ولي بحضانته فانه يستحلف بالاجماع فان نكل ثبت لها حق نقل الصبي اي حيرا دون النسب والنفقة بان ادعى زمن على موسر انه اخوه وان نفقته عليه فانكر المدعى عليه الاخوة يستحلف بالاجماع فان نكل يقضى بالنفقة دون النسب وامتناع الرجوع في الهبة بان اراد الواهب الرجوع في الهبة فقال الموهوب له انت آخذ بريد بذلك ابطال حق الهبة حتى لا يرجع فانه يستحلف بالاجماع فان نكل ثبت امتناع الرجوع دون النسب لان المقصود هذه الحقوق دليل للمجموع يعني ان المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة هذه الحقوق اي دون النسب المجرد ثم ان صاحب النهاية بعد ما فسر قول المصنف لان المقصود هذه الحقوق بقوله اي دون النسب المجرد قال في تعليله فان فيه تحميلا على الغير وهو لا يجوز انتهى اقول فيه نظر لان تحميل النسب على الغير لا يلزم من المسائل المذكورة مطلقا بل انما يلزم فيما اذا كان النسب مما لا يثبت بالاقرار كالاخوة ونحوها واما فيما اذا كان مما يثبت بالاقرار كالابوة فلا والمسائل المذكورة تعم الصورتين سدا الا يرى ان المدعى في صورة النفقة اذا قال للمدعى عليه انت ابي فان المسئلة بحالها وكذا الحال في صورة امتناع الرجوع في الهبة وكذا المدعية في صورة الحجر في اللقيط اذا قالت ان الصبي ابنها فان المسئلة بحالها ايضا فكان التعليل المذكور قاصرا عن افادة كلية المدعى فالاولى والاظهر ان يقول صاحب العناية بدل التعليل الذي ذكره فان البذل لا يجري فيه كما قاله آنفا في صورة دعوى النكاح انتهى اقول وفيه ايضا نظر فان المعلل بهذا لا يكون المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة النسب المجرد وعدم جريان البذل في النسب المجرد لا يفيده لان الحجج على الدعوى غير منحصرة في النكول بل منها ايضا اقامة البينة واقرار الخصم البذل انما هو للنكول من بينها فلا يلزم من عدم جريانه في النسب المجرد وعدم جريان سائر الحجج فيه حتى لا يصح ان يكون مقصودا بالدعوى في المسائل المذكورة

واما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في حق الرجل والاب في حق المرأة كان في دعوى ما لا بد تحميل النسب على الغير والمولى والزوج في حقهما قال ومن ادعى قصاصا على غير بمجحدة استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف او يقر وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لزمه الارش فيهما كان النكول اقرارا فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب المال خصوصا اذا كان امتناع القصاص من جهته

بخلاف ما قاله في صورة دعوى النكاح فان المعلل هناك عدم ثبوت النكاح بالنكول وعدم جريان البدل في النكاح فيفيد قطعا لا يقال التعليل الصحيح هناك يقال فانه لو كان المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة هو النسب المجرد لما ادعى المدعي فيها مع النسب حقا آخر والمفروض في كل واحد من تلك المسائل ان المدعي ادعى معه حقا آخر كما ينادي عليه قول المصنف وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث الخ لانا نقول هذا انما يتم فيما اذا كان النسب مما لا يثبت بالاقرار كالنسبة ونحوها فان دعوى النسب المجرد تسمع في تلك الصورة فلو كان مقصود المدعي فيها دعوى النسب المجرد لما ادعى معه حقا آخر ابدا اما اذا كان النسب مما يثبت بالاقرار كالاخوة ونحوها فالان دعوى النسب المجرد لا تسمع في هذه الصورة بل يتوقف فيها استماع الدعوى وقبول البينة على ان يدعي المدعي مع النسب حقا آخر لنفسه كما صرح به في عامة معتبرات الفتاوى فيجوز ان يكون مقصود المدعي في هذه الصورة النسب المجرد ويدعي مع النسب حقا آخر تحرزا والتوسل الى مقصوده وهو النسب المجرد والمسائل المذكورة تعم الصورتين معا كما بيناه من قبل فكان هذا التعليل ايضا قاصرا عن افادة كلية المدعى وبالجملة لم يظهر لقول المصنف لان المقصود هذه الحقوق علة واضحة شاملة لجميع صور تلك المسائل العامة فكان هذا هو السر في ان صاحب الكافي لم يذكر قول المصنف هذا اصلا مع ان عادته افتقاء اثر المصنف في امثاله وان اكثر الشراح لم يتعرضوا الشرحه وبيانه بالكلية وانما يستحلف في النسب المجرد وقيد به احترازا عما هو مقرون بدعوى حق آخر كما مر فانه عندهما اي عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله اذا كان يثبت باقراره اي اذا كان يثبت النسب بمجرد اقرار المدعى عليه فان النكول عندهما اقرار فكل نسب يقر به المدعى عليه يثبت بالنكول ايضا كالاب والابن في حق الرجل فانه اذا اقر بالاب دون الابن يصح اقراره ويثبت نسب المقر له منه بمجرد اقراره والاب في حق المرأة فانها اذا اقرت بالاب يصح اقرارها ويثبت نسب المقر له منها بمجرد اقرارها واما لو اقرت بالابن فلا يصح اقراره ولا يثبت نسبه منها لان في دعواها الابن اي في دعوى ما يكذبها الابن اي في اقرارها به كذا في النهاية وغاية البيان تامل تحميل النسب على الغير وهو لا يجوز والمولى اي وكالمولى يعني السيد والزوج في حقهما اي في حق الرجل والمرأة وهذا القيد اعني قوله في حقهما متعلق بالمولى والزوج جميعا فان اقرار الرجل والمرأة بالمولى والزوج يصح وحاصل كلام المصنف ههنا ان اقرار الرجل يصح باربعة بالاب والابن والمولى والزوجة واقرار المرأة يصح بثلثة بالاب والمولى والزوج ولا يصح بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير وكان اصل المسئلة في محلها ان اقرار الرجل يصح بخمسة بالوالدين والولد والزوجة والمولى واقرار المرأة يصح باربعة بالوالدين والزوج والمولى ولا يصح بالولد لما مر فكان المصنف رح اكتفى بذكر الاب عن ذكر الام لظهور اشتراكهما في الحكم المذكور قال شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه الاصل في هذا الباب ان المدعى قبله النسب اذا انكر هل يستحلف ان كان بحيث لو اقر به لا يصح اقراره عليه فانه لا يستحلف عندهم جميعا لان اليمين لا تفيد فان فائدة اليمين النكول حتى يجعل النكول بذلا واقرارا فيقضى عليه فاذا كان لا يقضى عليه لو اقر فانه لا يستحلف عندهم جميعا وان كان المدعى قبله بحيث لو اقر لزمه ما اقر به منه فاذا انكر هل يستحلف على ذلك فالمسئلة على الاختلاف عند ابي حنيفة رح لا يستحلف وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يستحلف فان حلف برئ وان نكل عن اليمين لزمه الدعوى فعلى هذا الاصل تخرج مسائل الباب انتهى قال ابو القدوري في مختصره ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد وليس للمدعي بينة استحلف المدعى عليه بالاجماع سواء كانت الدعوى في النفس او فيما دونها وهذه المسئلة مذكورة في الجامع الصغير ايضا في كتاب القضاء ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس لزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف ويقرر وهذا اي الحكم المذكور عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لزمه الارش فيهما اي في النفس وفيما دونها لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما لانه ان امتنع عن اليمين تورعا عن اليمين الصادقة لا يكون اقرارا بل يكون بذلا كذا في الكافي فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصا اي خاصة اذا كان امتناع القصاص بمعنى من جهته من عليه القصاص وقيد امتناع القصاص بمعنى من جهته من عليه القصاص لانه لو كان امتناعه من جهته من له القصاص لا يجب القصاص ولا المال ايضا كما اذا اقام مدعي القصاص رجلا وامرأتين او الشاهد

كما اذا اقر بالخطاء والولي يدعي العمد وعلى ابي حنيفة رح ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيجري فيها البذل بالخلاف كالنفس فانه لو قال اقطع يدي فقطعه لا يجب الضمان وهذا العمال للبذل الا ان لا يصلح لعدم الفائدة وهذا البذل مفيد لانه دافع الخصومة به فصار كقطع اليد للاكلة وقلع السن للوجع فاذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق عليه يحبس به كما في القسامة **قال** واذا قال المدعى لي بينة حاضرة قيل لخصمه اعطه كفيلا بنفسك ثلثة ايام كيلا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا وقد مر من قبل واخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا لان في تعذر الاستيفاء بعد الغيبة ضررا كثيرا بالمدعي والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر رح لان الكفالة بالنفس لا تجب الا بالتزامه والمدعى عليه ما التزم شيئا وجه الاستحسان ان الخصومة تجب على المدعى عليه بمجرد الدعوى حتى يعد عليه ويحال بينه وبين اشغاله فيعم التكفيل باحضاره بمجرد الدعوى والتقدير بثلثة ايام مروي عن ابي حنيفة رح وهو الصحيح

على الشهادة حيث لا يقضى بشئ لان الحجة قامت بالقصاص ولكن تعذر استيفاؤه فلا يجب شئ كذا في الشروح ونظير هذا ما اشار اليه المصنف بقوله كما اذا اقر بالخطاء والولي يدعي العمد فانه يجب فيه المال بالعكس لا يجب شئ ولابي حنيفة رح ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للنفس كالاموال فيجري فيها البذل كما يجري في الاموال بخلاف النفس حيث لا يجري فيها البذل فانه لو قال اقطع يدي اي لو قال لآخر اقطع يدي فقطعها لا يجب الضمان اي على القاطع وهذا اي عدم وجوب الضمان لاجل البذل في الاطراف واما لو قال اقتلني فقتله فانه يجب عليه القصاص في روايته والدية في اخرى وهذا دليل على عدم جريان البذل في النفس ولما استشعر ان يقال لو كانت الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لكان ينبغي ان يباح قطع يده اذا قال اقطع يدي كما يباح اخذ ماله اذا قال خذ مالي اجاب عنه بقوله الا انه لا يباح لعدم الفائدة اي لا يباح القطع لعدم الفائدة فيه كما ان اتلاف المال لا يباح عند عدم الفائدة بان قال الق مالي في البحر او احرقه بالنار وهذا البذل اي الذي بالقبول مفيد لانه دافع الخصومة به فصار كقطع اليد للاكلة وقلع السن للوجع قال صاحب العناية وفيه بحث من وجهين احدهما انه مناقض لما قاله في السرقة ان القطع لا يثبت بالبذل والثاني ان الخصومة تندفع بالارش وهو اهون فالمصير اليه اولى واجيب عن الاول بان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال في حقوق العباد ولانهم المحتاجون اليها فيثبت بالشبهات كالاموال والقطع في السرقة خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهات وعن الثاني بان دفع الخصومة بالارش انما يصار اليه بعد تعذر ما هو الاصل وهو القصاص ولم يتعذر فلا يعدل عنه انتهى واعترض بعض الفضلاء على قوله في جواب البحث الاول والقطع في السرقة خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهات بعد ان بين المراد حيث قال يعني ان في كون النكول بذلا شبهة لكن فيه بحث فانه لو صرح بالبذل في حقوق الله تعالى لا يثبت القطع ايضا فالاولى طرح الشبهة من البين والاكتفاء بعدم تاتي البذل فيه انتهى اقول مدار الشبهة على ان يكون المراد بالبينة وذلك ممنوع اذ يجوز ان يكون المراد ان في كون الاطراف مما يسلك به مسلك الاموال شبهة لاحتمال كونها في حكم الانفس كما ذهب اليه الشافعي رح وبنى عليه تجويزه القصاص بين الرجل والمرأة والحر والعبد وبين العبدين فيما دون النفس على ما ياتي في كتاب الجنايات فمع هذه الشبهة لا ياتي البذل في قطع الاطراف في حقوق الله تعالى بخلاف حقوق العبد فيتم الجواب ثم ان في ذكر هذه الشبهة انما الى سبب عدم تاتي البذل فيه في حقوق الله تعالى فكان في ذكر ما ذكر اولى من طرحها والاكتفاء بعدم تاتي البذل فيه كما لا يخفى فاذا امتنع القصاص في النفس اي بالنكول لعدم جريان البذل فيها كما مر واليمين حق مستحق اي في الحال ان اليمين حق مستحق يحبس به اي يحبس الناكل بذلك الحق كما في القسامة فانهم اذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقروا او يحلفوا قال في القدوري في مختصره واذا قال المدعى لي بينة حاضرة قيل لخصمه اعطه كفيلا بنفسك ثلثة ايام كيلا يغيب نفسه اي كيلا يغيب خصمه نفسه فيضيع حقه اي حق المدعي ويجب ان يكون الكفيل ثقة معروف الدار حتى يحصل فائدة التكفيل وهي الاستيثاق كذا في الكافي وغيره والكفالة بالنفس جائزة عندنا خلافا للشافعي رح وقد مر من قبل اي وقد مر جواز الكفالة بالنفس من قبل اي في اول كتاب الكفالة واخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسانا عندنا اعلم ان اخذ الكفيل مما اختلف فيه السلف روي عن قتادة والشعبي انه لا يجوز وروي عن ابراهيم النخعي انه يجوز وهذا هو الاستحسان اخذ به علماؤنا والقياس ان لا يجوز وجه الاستحسان ان مجرد الدعوى ليس بسبب للاستحقاق كيف وقد تضمن الدعوى على المدعى عليه بالانكار فلا يجب عليه اعطاء الكفيل ووجه الاستحسان ما ذكره بقوله لان فيه اي في اخذ الكفيل نظرا للمدعي اذ لا يغيب خصمه فيتمكن من اقامة البينة عليه وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا الان الحضور مستحق عليه اي على المدعى عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه من الاعداء على لفظ المجهول يقال استعدى فلان الامير على من ظلمه اي استعانه به فاعداه الامير عليه اي اعانه الامير عليه لنصرته ومنه قول الشاعر ونستعدي الامير اذا ظلمنا ونمنع بعد اذا ظلم الامير كذا في النهاية وغيرها ويحال بينه وبين اشغاله من الحيلولة على لفظ المجهول ايضا فيصح التكفيل باحضاره بمجرد الدعوى والتقدير بثلثة ايام مروي عن ابي حنيفة رح وهو الصحيح

فصل

اختاره الصدر الشهيد عن ابي يوسف انه يوجب التكفيل في المجلس الثاني ولا فرق في الظاهر الرواية بين الحق المالي والوجيه يقال فلان وجيه اذا كان ذا قدر

القدر الخطير من المال والخطير الرفيع من الخطر بالتحريك وعن محمد رحمه الله اذا كان معروفا بالشر لا يكفل بنفسه لانه يلحقه بذلك القدر ملامة على

احتمال الكفيل وكذا لو كان المدعى عليه لا يخلي المروءة بنفسه لذلك القدر لا يجبر على اعطاء الكفيل ثم لا بد من قوله الى بينة حاضرة فيكفل وصادف الامر الذي

حتى لو قال بالمدعي لا بينة لي او شهودي غيب فلا يجتمعون بفتحتين بغفلة اليار وبضم العين شدة اليار لا يكفل اي لا يكفل خصمه لعدم الفائدة وهي ان الحضور عند القضاء وذلك

في المالك محال والغائب كالمالك من وجه اذ ليس كل غائب غريب قال الامام القدوري في مختصره فان فعل اي فان اعطى خصمه الكفيل فبها والا اي وان لم يعطه

امر بملازمته اي امر المدعي بملازمة خصمه ليلا يذهب حقه اي حق المدعي الا ان يكون غريبا على الطريق اي الا ان يكون المدعى عليه غريبا على الطريق اي مسافرا فلا يلازم

اي فيلازم المدعي المدعى عليه مقدار مجلس القاضي وكذا لا يكفل الا الى آخر المجلس اي وكذا لا يكفل المدعى عليه اذا كان مسافرا الا الى آخر مجلس القاضي فالاستثناء راجع

اليهما اي الاستثناء المذكور في مختصر القدوري لقوله الا ان يكون غريبا منصرفا الى التكفيل والملازمة جميعا لان في اخذ الكفيل والملازمة تريثا وتوقفا ذلك اي على

مقدار مجلس القاضي اخرابا اي بالمدعي عليه بكفيله عن السفر ولا فرق في هذا المقدار اي في مقدار مجلس القاضي ظاهر اي من حيث الظاهر لان هذا القدر لا ينقطع عن الغريم

فاذا ابا ودان قيام القاضي عن مجلسه ولم يحضر المدعي بينة فان القاضي يحلف المدعى عليه ويخلي سبيله لانه يحتمل ان خلف الطالب المطلوب فقال الطالب

انا مسافر وقال الطالب انه لا يريد السفر تكلموا فيه بالتواقل لان المفهوم القول قول المدعى لانه متمسك بالاصل فان الاصل هو الاقامة والسفر عارض فكان القول

قول من تمسك بالاصل وقال الفقيه القاضي يسأل مع من يريد السفر فان اخبره مع فلان قاضي بعث الى الرفقة حتى يسأل ان فلانا هل استأذن فلانا في السفر

معكم فان من اراد السفر لا بد من ان يكون مستأذنا لذلك قال الله تعالى ولو ارادوا الخروج لاعدوا له عدة فان قالوا نعم قد استأذنه لذلك انصرف قولهم الى قوله فيقبل قوله

سنة فيمهله الى آخر المجلس فان احضر المدعي بينة في هذه المدة والا مضى سبيل المطلوب وان لم يعلموا من حاله فحن نعلم انه يبقى ثلاثة ايام لاجل الاستعداد فانما يتبين

اعطاء الكفيل ثلاثة ايام كذا في غاية البيان قال الاسبيجابي وكيفية الملازمة ذكر هلال في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى والذي يذكره المصنف ههنا هو انه يدور معه

ولا يجلسه في موضع لانه حبس لو دخل داره ولا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج لان الانسان لا بد ان يكون له موضع خلوة انتهى وقال في الفتاوى الصغرى

وتفسير الملازمة ان يدور معه حيث دار ويقيت امينا حتى يدور معه اينما دار لكن لا يجلسه في موضع لان ذلك حبس وهو غير مستحق عليه بنفس الدعوى ولا ينصرف عن التعريف

بل هو يتصرف والمدعي يدور معه واذا انتهى المطلوب الى داره فان الطالب لا يمنعه من الدخول على اهله بل يدخل المطلوب على اهله والطالب الملازم يجلس على باب داره

ثم قال رأيت في الزيادات في الباب الخامس والاربعين ان المطلوب اذا اراد ان يدخل بيته فاما ان ياذن المدعي بالدخول معه او يجلس معه على باب الدار لانه لا يمكنه

حتى دخل الدار وحده فربما يهرب من جانب آخر فيفوت ما هو المقصود من الملازمة انتهى

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف لما ذكر نفس اليمين اي في اي موضع يحلف ذكر في هذا الفصل كيفية الشيء وهي بالنسبة به المشابهة والملازمة في

صفته والصفة تقتضي سبق الموصوف قال اي القدوري في مختصره واليمين بالله تعالى دون غيره لقوله عليه الصلاة والسلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله

او ليذر اقول ههنا كلام وهو انه قال في كتاب الايمان اليمين بالله او باسم آخر من اسماء الله كالرحمن والرحيم او بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله

وجلاله وكبريائه وهذا صريح في ان اليمين كما يكون بالله تعالى يكون ايضا بصفاته التي يحلف بها في المتعارف والحصر المستفاد من قوله ههنا واليمين بالله تعالى دون

غيره يقتضي اختصاص اليمين بالله تعالى وايضا قال ههنا لو ان قال ان فعلت هذا فانا يهودي او نصراني او كافر فيكون يمينا والحصر المستفاد ههنا ينافيه ايضا

وقد يكتب بذكر او صافه وهو التغليظ وذلك مثل قوله قل والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر والخفاء ما يعلم من العلانية فالقاضي هذا عليك ولا ينتهك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا ينقص منه ولد ان يزيد في التغليظ على هذا ولد ان ينقص منه لانه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين لان المستحق يمين واحدة والقاضي بالخيار ان شاء غلظ وان شاء لم يغلظ فيقول قل بالله او والله وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير قال ويستحلف بالطلاق والعتاق لان الناس في ديارنا وقيل في زماننا اذا رأى القاضي ان يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله كثر الامتناع بسبب الحلف بالطلاق قال ويستحلف اليهودي بالله الذي انزل التوراة

ويمكن ان يجاب عن الاول بانه قد اشتهر من مذهب اهل السنة ان صفات الله تعالى ليست عين الذات ولا غيره بافعلى هذا لا ينافي قوله دون غيره صحة اليمين بصفاته المذكورة ولا ينافيها ايضا اختصاص اليمين بالله تعالى بمعنى لا بغيره كما يفيده قوله دون غيره وعن الشافعي بان اليمين في الصورة المذكورة وان لم يكن بالله تعالى في ظاهر الحال الا انها كانت به في المآل تشاهل وفي المبسوط ان الحر والمملوك والرجل والمرأة والفاسق والصالح والكافر والمسلم في اليمين سواء لان المقصود هو القضاء بالنكول وهو لا في اعتقاد الحرمة في اليمين الكاذبة سواء كذا في النهاية ومعراج الدراية قوله كذا اي اليمين بذكر اوصافه اي بذكر اوصاف الله تعالى بالتغليظ الذي ذكره القدوري في مختصره قال المصنف وهو التغليظ وذلك مثل قوله قل والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم يعلم من السر ما يعلم من العلانية فالقاضي هذا عليك ولا ينتهك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا ينقص منه ولد اي وللقاضي ان يزيد في التغليظ على هذا اي على المذكور وله ان ينقص منه من المذكور لان المقصود سد باب الاستحلاف بالنكول واحوال الناس فيه مختلفة منهم من يمتنع اذا غلظ عليه اليمين ويتجاسر اذا حلف بالله فقط ثم منهم من يمتنع بادنى تغليظ ومنهم من لا يمتنع الا بزيادة تغليظ فلمقتضى ان يراعي احوال الناس الاصل فيه حديث ابي هريرة رض في الذي حلف بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال والله الذي لا اله الا هو الرحمن الرحيم الذي انزل عليك الكتاب ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم الا انه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين والمراد بالاحتياط ان يذكر بغير واو ولو ذكر والله والرحمن الرحيم بالواوات صارت ثلثة ايمان وتكرار اليمين غير مشروع كذا في النهاية نقلا عن المبسوط لان المستحق عليه يمين واحدة فلا يزاد عليها وان شاء القاضي لم يغلظ فيقول بالله او والله لما مر ان المقصود من اليمين النكول واحوال الناس فيه شتى فمنهم من يمتنع بدون التغليظ فلا يحتاج اليه فالا فالى القاضي وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح اذا الظاهر منه ان يمتنع بدون التغليظ ويغلظ على غيره لكون امره على خلاف الاول وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير لشمل ما قلنا في القيل الاول قال ابي القدوري في مختصره ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لما روينا وهو قوله عليه الصلوة والسلام من كان حالفا فليحلف بالله او ليذر وقيل في زماننا اذا رأى القاضي ان يحلف بذلك اي بالطلاق او بالعتاق لقلة المبالاة باليمين بالله اقول يرد عليه ان هذا التعليل في مقابلة النص وهو قوله عليه السلام من كان حالفا فليحلف بالله او ليذر فلا يصح على ما عرف في موضعه وفي فتاوى قاضيخان وان ادعى المدعي تحليفه بالطلاق والعتاق في ظاهر الرواية لا يجيبه القاضي الى ذلك لان التحليف بالطلاق والعتاق ونحو ذلك حرام وبعضهم جوزوا ذلك في زماننا والصحيح ظاهر الرواية انتهى وفي الذخيرة التحليف بالطلاق والعتاق والايمان بالمنطقة لم يجوزه اكثر مشائخنا واجازه البعض فينبغي بانه يجوز ان المفتي اذا رأى المستفتي في التنوي يفتي بان الرأي الى القاضي انتهى وفي فصول الاستروشني ولو حلف القاضي بالطلاق فنكل لا يقضي عليه بالنكول لانه نكل عما هو منهي عنه شرعا انتهى وفي الخلاصة التحليف بالطلاق والعتاق والايمان بالمنطقة لم يجوزه اكثر مشائخنا فان ثبت الضرورة نفتي ان الرأي الى القاضي فلو حلف القاضي بالطلاق فنكل وقضى بالمال لا ينفذ قضاؤه انتهى اقول قد تلخص من هذه المذكورات كلها ان للقاضي ان يحلف بالطلاق والعتاق عند الحاجة الخصم لان نفتي بجواز ذلك ان ثبت الضرورة ولكن ليس له ان يقضي بالنكول عنه وان قضى به لا ينفذ قضاؤه وعن هذا قال صاحب النهاية وقد توهم قوم ان نكل عن اليمين به لا يقضى عليه بالنكول لانه نكل عما هو منهي عنه شرعا فلو قضى به لا ينفذ قضاؤه انتهى لكن فيه اشكال لان فائدة التحليف القضاء بالنكول فاذا لم يجز القضاء بالنكول عما ذكر فكيف يجوز التحليف به الا يرى الى ما مر في بيان دليل ابي حنيفة رحمه الله على عدم جواز الاستحلاف في الاشياء العديدة عنده من ان النكول بذل والبذل لا يجري في هذه الاشياء وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف فيها حيث جعلوا عدم ترتب فائدة الاستحلاف وهو القضاء بالنكول علة لعدم جواز الاستحلاف في الاشياء المذكورة عنده فتامل قال ابي القدوري في مختصره ويستحلف اليهودي بالله الذي انزل التوراة

ز بالمعجمة والنون خ بسبب الحلف بالطلاق

على موسى عليه السلام والنصراني بالله الذي انزل الانجيل على عيسى عليه السلام لفوله اي لقول نبينا عليه الصلوة والسلام لابن صوريا الاعور في المغرب ابن صوريا بالتكسير
اعجم انشدك بالله الذي انزل التوراة على موسى عليه السلام ان حكم الزنا في كتابكم هذا اي التحميم في الحدود فسئل ابن الحبر ابن خازب رضي الله عنه
قال مر النبي عليه السلام بيهود فقال لهم هكذا تجدون حد الزنا في كتابكم قالوا نعم فدعا رجلا فقال نشدتك الله الذي انزل التوراة على موسى عليه السلام هكذا تجدون الزنا
في كتابكم فقال اللهم لا فلولا انك نشدتني بهذا لاخبرتك نجد الزنا في كتابنا الرجم ولكنه كثر في اشرافنا فكنا اذا اخذنا الرجل الشريف تركناه واذا اخذنا الضعيف اقمنا
عليه الحد فقلنا تعالوا نجتمع على شيء نقيمه على الشريف والوضيع فاجتمعنا على التحميم والجلد وتركنا الجلد فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اللهم اني اول من احيى امرك
اذ اماتوه فامر به فرجم وقال شراحه وهذا الرجل هو عبد الله بن صوريا وقد صرح باسمه في سنن ابي داود عن سعيد عن قتادة عن عكرمة ان النبي صلى الله عليه وسلم
يعني لابن صوريا الحديث وهذا مرسل ولان اليهودي لا يعتقد نبوة موسى عليه السلام والنصراني نبوة عيسى عليه السلام اي لا يعتقد نبوته على ما ينبغي فيغلظ على كل واحد منهما
بذكر المنزل على نبيه ليكون ادعاه عن الاقدام على اليمين الكاذبة وبحلف المجوسي بالله الذي خلق النار هكذا ذكر محمد رح في الاصل وذلك لان المجوس لا يعتقدون
في النار فيمتنع عن اليمين الكاذبة فيحصل المقصود ويروى عن ابي حنيفة رح انه لا يستحلف احد الا بالله خالصا لانه ياخذ بشركه الغير معه في التعظيم وذكر الخصاف
انه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله وهو اختيار بعض مشائخنا لان في ذكر اسم الله تعظيما وينبغي ان يعظم لان النار كفير من الخلق فلا
يستحلف المسلم بالله الذي خلق الشمس فكذلك لا يستحلف المجوسي بالله الذي خلق النار وفي المبسوط وكان وقع عند محمد رح انهم يعظمون النار تعظيم العبادة
فلم يقصد التغليظ قال تذكر ذلك في اليمين اي بخلاف الكتابيين اي التوراة والانجيل لان كتب الله تعالى معظمة فجاز ان تذكر مع اسم الله تعالى والوثني
لا يحلف الا بالله لان الكفرة باسرهم يعتقدون الله تعالى قال الله تعالى ولئن سالتهم من خلقهم ليقولن الله لا يقال لو كانوا يعتقدون الله تعالى لما عبدوا
الاوثان لانا نقول انما يعبدونها تقربا الى الله تعالى على زعمهم الا ترى الى قوله تعالى حكاية عنهم ما نعبدهم الا ليقربونا الى الله زلفى واذا ثبت انهم يعتقدون
الله تعالى يمتنعون عن الاقدام على اليمين الكاذبة بالله تعالى فيحصل الفائدة المطلوبة من اليمين وهي النكول قال اي القدوري في مختصره ولا يحلفون في
بيوت عبادهم لان القاضي لا يحضرها اي لا يحضر بيوت عبادتهم للحرج بل هو ممنوع عن ذلك لان فيه تعظيم ذلك المكان والحالف يقسم بالله تعالى لا بالمكان
ففي اي مكان حلفه جاز وفي الاجناس قال في الماخوذ للحسن وان سال المدعي القاضي ان يبعث به الى بيعة او كنيسة فيحلفه هناك فلا باس ان يفعل اذا
اتهمه كذا في غاية البيان قال اي القدوري في مختصره ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم زمان ولا مكان لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك
اي بدون تعيين الزمان والمكان وفي ايجاب ذلك حرج على القاضي حيث تكلف حضورها اي حضور الازمان المعينة والاماكن المخصوصة وهو مدفوع
اي الحرج مدفوع بالنص وقال الشافعي رح اذا كانت اليمين في قسامة او في لعان او في مال عظيم فانها تختص بمكان ان كان بمكة فبين الركن والمقام
وان كان بالمدينة فعند قبر النبي عليه الصلوة والسلام وفي بيت المقدس عند الصخرة وفي سائر البلاد في الجوامع وكذلك يشترط يوم الجمعة والعصر
كذا في النهاية نقلا عن المبسوط وشرح الاقطع قال اي القدوري في مختصره ومن ادعى انه ابتاع من هذا عبده بالف فجحده استحلف بالله ما بينكما بيع
فيه قائم ولا يستحلف بالله لقد باعه يعني يستحلف على الحاصل دون السبب واعلم ان هذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو اليمين على الحاصل والسبب الاضافة
في ذلك ان السبب اما ان كان مما يرتفع برافع او لا فان كان الثاني فالتحليف على السبب بالاجماع وان كان الاول فان تضرر المدعى بالتحليف على
الحاصل فكذلك وان لم يتضرر يحلف على الحاصل عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعلى السبب عند ابي يوسف رح الا اذا اعرض المدعى عليه برفع السبب

لانه قد يباع العين ثم يقال فيه ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك ردّه ولا يحلف بالله ما غصبت لانه قد يغصبه ثم يبيعه بالعبد والبيع في النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال لانه قد يطرأ حيلة الخلع بني دعوى الطلاق بالله ما في باطن من الساعة بما ذكرت ويستحلف بالله ما طلقها لان النكاح قد يجدد بعد الابانة يحلف على الحاصل في هذا الوجه لانه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه هذا قول ابي حنيفة ومحمد اما على قول ابي يوسف رح يحلف في جميع ذلك على السبب اذا عرض المدعى عليه بما ذكرنا حينئذ يحلف على الحاصل وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه ان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل فالحاصل عرولا صل عندهما اذا كان سببا يرتفع برافع الا اذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعي حينئذ

وسيظهر لك من الكتاب قال المصنف في تعليل المسئلة المذكورة لانه قد يباع العين ثم يقال فيه من الاقالة اي يطرى عليه الاقالة فلا يبقى البيع على حاله فلا يستحق المشتري على السبب الذي هو البيع ههنا التضرر به فاستحلف على الحاصل دفعا للضرر عنه ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك ردّ اي رد المدعي ولا يحلف بالله ما غصبت هذا ايضا من قول القدوري في مختصره قال المصنف في تعليله لانه قد يغصبه اي يغصب المدعي الذي هو المشتري ثم يبيعه اي يبيع الغصب بالبيع فلو حلف المدعي عليه على السبب الذي هو الغصب ههنا لتضرر به فحلف على الحاصل لدفع الضرر عنه وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال وهذا ايضا من قول القدوري قال صاحب النهاية واكد الشراح هذا على قولهما لما ان الاستحلاف في النكاح قولهما اقول الاولى ان يقال هذا على قول محمد رح لان الاستحلاف في النكاح مطلقا وان كان يجري على قولهما معا الا ان الاستحلاف فيه على الوجه المذكور وهو الاستحلاف على الحاصل انما يجري على قول محمد رح فقط اذ لا استحلاف فيه على قول ابي يوسف رح انما هو على السبب كما يتادى عليه قول المصنف فيما سياتي اما على قول ابي يوسف رح يحلف في جميع ذلك على السبب نعم سيقول المصنف ههناك ايضا الا اذا عرض بما ذكرنا فح يحلف على الحاصل لكن الكلام ههنا في الاستحلاف على الحاصل مطلقا اي سواء عرض اولم يعرض بدل عليه قطعا بيان الخلاف فيه بقوله وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله اما على قول ابي يوسف رح اذ لا خلاف في صورة التعريض قال المصنف في التعليل لانه قد يطرأ عليه الخلع اي يطرأ على النكاح الخلع فلو حلف على السبب الذي هو اصل النكاح ههنا لتضرر به فحلف على الحاصل لدفع الضرر عنه وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها وهذا ايضا من قول القدوري فكانه زاد ذكر الدعوى في هذه المسئلة التي هي اخرى المسائل المتشابهة المذكورة ههنا اعلم انها معتبرة في المسائل السابقة ايضا الا انها ذكرت فيها اعتمادا على انفهامها مما هو مذكور ههنا قال المصنف في التعليل هذه المسئلة لان النكاح قد يجدد بعد الابانة وفرع على جملة ما ذكر في تلك المسائل قوله فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه على ما مر تقريره وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله اي التحليف على الحاصل في الوجوه المذكورة قولهما قال بعض العلماء ههنا كلام وهو انه لا يحلف في النكاح عند ابي حنيفة رح فلا يكون التحليف فيه على الحاصل عنده كما لا يخفى انتهى اقول هذا ظاهر ولكن الظاهر ايضا ان يحمل كلام المصنف هذا على التغليب اي تغليب حكم سائر الوجوه على حكم وجه النكاح اعتمادا على ظهور عدم جريان الاستحلاف في النكاح مما مر ثم ان بعض الفضلاء قصد توجيه الكلام ودفع الاعتراض عن المقام حيث قال اي التحليف على الحاصل قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وليس معناه ان التحليف على الحاصل في جميع الامور المذكورة قول ابي حنيفة رح حتى يعترض عليه بانه مخالف لما سبق من انه لا يحلف عنده في النكاح انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان قول المصنف اما على قول ابي يوسف رحمه الله يحلف في جميع ذلك على السبب يابى ما قاله هذا القائل اذ قد صرح المصنف ههنا بلفظ الجميع تعميما لكون الخلاف بين ابي يوسف رح وصاحبيه في جميع الوجوه المذكورة لا في كيفية التحليف في الجملة فتدبر اما على قول ابي يوسف رح يحلف في جميع ذلك اي في جميع ما ذكر من الوجوه على السبب لا اذا عرض اي الا اذا عرض المدعى عليه بما ذكرناه من ارتفاع السبب وصفة التعريض ان يقول المدعى عليه للقاضي اذا عرض القاضي اليمين عليه بالبت ايها القاضي ان الانسان قد يبيع شيئا ثم يقبل فيه وعلى هذا في اخوات البيع فتدبر فح يحلف على الحاصل اي فحينئذ يلزم القاضي الاستحلاف على حكم الشئ في الحال وصار المعدول عن اليمين على مقتضى الدعوى حقا للمدعي عليه حين طالب به كذا في النهاية نقلا عن شرح الاقطع وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه اي روي عنه انه ينظر الى انكار المدعى عليه ان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل وفي فتاوى قاضيخان قال شمس الائمة هذا احسن الاقاويل عندي وعليه اكثر القضاة وفي الكافي قال فخر الاسلام يفوض الى راي القاضي والحاصل هو الاصل عندهما اي التحليف على الحاصل هو الاصل عندهما اذا كان سببا اي اذا كان سبب ذلك سببا يرتفع برافع الا اذا كان فيه اي في التحليف على الحاصل ترك النظر في جانب المدعي ح

يحلف على السبب بالاجماع وذلك اي ما كان في التحليف على السبب فيه ترك النظر في جانب المدعى مثل ان يدعي شيئا فقئ العدة والزوج ممن لا يراها اما على الارث فقئ العدة للمعتوبة او اذا شفعة بالجوار والمشتري لا يراها بان كان شافعيا لانه لو حلف على اصل العبد في يمينه في عقده فيفوت النظر في حق المدعى بانه يحلف على السبب بشراء المدعى عليه ايضا بجواز الشراء والاتفاق بين سلم او سكت عن السبب فانه اقام على ايجاد السبب اعني الشراء بجانبه كان اولى بان السبب الموجب للحق هو الشراء واذا اثبت يثبت الحق بشروط انه يكون باسباب عارضة فيحلف على السبب العارض كذا ذكره الصدر الشهيد في ادب القاضي كذا في النهاية ومعراج الدراية وان كان سببا اي ان كان السبب فاكه سببا يدفع به فالتحليف على ذلك بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه وجحد المولى فانه يحلف على السبب بالله ما اعتقه لانه لا ضرورة الى التحليف على الحاصل اذ لا يجوز ان يعود رقيقا بعد الاعتاق كيف ولو تصور عود الرق فانما يتصور على تقدير وقوع الاستيلاء عليه بعد الارتداد ولا يمكن ذلك بالنسبة الى العبد المسلم لانه يقتل بالارتداد فخلا الامة والعبد الكافر حيث يحلف فيهما على اصل اي ما هي حرة او ما هو حر في الحال كذا في الكافي لانه يكره الرق عليهما اي على الامة بالردة والملحق بدار الحرب والسبي وعليه اي يكره الرق على العبد الكافر بنقض العهد والملحق بدار الحرب والسبي ايضا لا يكره على العبد المسلم لما ذكرناه آنفا قال اي محمد رحمه الله في الجامع الصغير في كتاب الفضاء ومن ورث عبدا او ادعاه آخر ولا بينة له استحلف اي الوارث على علمه اي بالله ما يعلم ان هذا عبد المدعي لانه لا علم له اي للوارث بما صنع المورث فلا يحلف على البتات اذ لو حلفنا عليه لامتنع عن اليمين مع كونه صادقا فيما يتعذر به كذا في الكافي وان وهب له او اشتراه يحلف على البتات يعني ان وهب له عبدا او اشتراه وادعاه آخر ولا بينة له يحلف على البتات لوجود المطلق اي الموجب لليمين اي لليمين على البتات اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة فان قبل هذا التعليل لا يقع الفرق بين الارث وغيره فان الارث ايضا سبب موضوع للملك شرعا كالهبة فكيف يستحلف فيه على العلم قلنا ان معنى قوله الشراء سبب لثبوت الملك وضعا ان ذلك سبب يثبت الملك باختيار المشتري ومباشرته ولو لم يعلم ان المشتري ان العين الذي اشتراه ملك البائع لما باشر الشراء اختيارا بخلاف الموهوب له في قبول الهبة بخلاف الارث فانه يثبت الملك للوارث خيرا من غير اختياره ولا علم له بحال ملك المورث فلذلك يحلف الوارث بالعلم والموهوب له بالبتات كذا في الشروح ثم اعلم ان هذا النوع آخر ايضا من كيفية اليمين وهو اليمين على العلم او البتات والضابط في ذلك ان التحليف ان كان على فعل نفسه يكون على البتات وان كان على فعل غيره يكون على العلم فان قيل انى يستقيم على هذا دعوى عليه رجل اباق عبده قبله والمدعى عليه ينكر الاباق فانه يحلف على البتات مع ان الاباق فعل غيره قلنا المدعى يدعي عليه تسليم غير المسلم عن العيب وهو ينكره وانه فعل نفسه كذا في الكافي قال الامام الاستروشني في الفصل الثالث من فصوله واما كيفية التحليف فنقول ان وقعت الدعوى على فعل المدعى عليه من كل وجه بان ادعى على رجل انك سرقت هذا العين مني او غصبت هذا العين مني او على البتات وان وقعت الدعوى على فعل الغير من كل وجه يحلف على العلم حتى لو ادعى دينا على ميت بحضرة وارثه بسبب الاستهلاك او ادعى ان اباك سرق هذا العين مني او غصب هذا العين مني يحلف على العلم وهذا عندنا قال شمس الائمة الحلواني هذا الاصل مستقيم في المسائل كلها ان التحليف على فعل الغير يكون على العلم الا في الرد بالعيب بيد ان المشتري اذا ادعى ان العبد سارق او آبق واثبت اباقه او سرقته في يد نفسه وادعى انه آبق او سرق في يد البائع وارد التحليف البائع يحلف على البتات بالله ما آبق بالله ما سرق في يدك وهذا تحليف على فعل الغير وهذا لان البائع ضمن تسليم المبيع سليما عن العيوب والتحليف بما ضمن نقله فيكون على البتات وكان فخر الاسلام البزدوي يزيد على هذا الاصل حرفا وهو ان التحليف على فعل نفسه على البتات وعلى فعل الغير على العلم الا اذا كان تبعا لما يتصل به فحينئذ يحلف على البتات خرج على هذا فصل الرد بالعيب لان ذلك مما يتصل به بدليل ان تسليم العبد سليما واجب على البائع فان وقعت الدعوى على

قال ومن ادعى على آخر مالا فاقتدى بيمينه او صالحه منه على عشرة دراهم فهو جائز وهو ماثور عن عثمان رضي الله عنه

فعل المدعى عليه من وجه على فعل غيره من وجه بان قال اشتريت مني استاجرت مني فان هذه الافعال فعله وفعل غيره فانما يقوم باثنين فنفي بهذا العموم يحلف على البتات وقيل ان التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا قال الذي استحلف لا علم لي بذلك فاما اذا قال لي علم بذلك يحلف على البتات الا ترى ان المودع اذا قال قبض مني المودعة او دفعتها الي فانه يحلف المودع على البتات وكذا الوكيل بالبيع اذا باع وسلم الى المشتري ثم اقر البائع ان الموكل قبض الثمن وجحد الموكل فالقول قول الوكيل مع يمينه فاذا حلف يرى المشتري ويحلف الوكيل على البتات بالله لقد قبض الموكل وهذا تحليف على فعل الغير ولكن الوكيل يدعي ان له علما بذلك فانه قال قبض الموكل فكان له علم بذلك فيحلف على البتات الى هنا لفظ الفصول كذا في غاية البيان وذكر الامام الاسبيجابي ان في كل موضع وجبت اليمين على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرا واذا نكل عن اليمين على العلم لا يعتبر ذلك النكول ولو وجبت على العلم فحلف على البتات سقط عنه الحلف على العلم ولو نكل يقضى عليه لان الحلف على البتات اقوى كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفصول وقال بعض الفضلاء قال الزيلعي اقتداء من النهاية ثم في كل موضع وجب اليمين فيه على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرا حتى لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه وفي كل موضع وجب فيه اليمين على العلم فحلف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط عنه اليمين على العلم ويقضى عليه اذا نكل لان الحلف على البتات اكد فيعتبر مطلقا بخلاف العكس انتهى وفيه بحث اما اولا فلان قوله لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه ليس كما ينبغي بل اللائق ان يقضى بالنكول فانه اذا نكل عن الحلف على العلم ففي الحلف على البتات اولى والجواب المنع لجواز ان يكون نكوله لعلم بعدم فائدة اليمين على العلم فلا يحلف حذرا عن التكرار واما ثانيا فلان قوله ويقضى عليه اذا نكل محل تامل فانها اذا لم يجب عليه كيف يقضى عليه اذا نكل الى هنا كلام ذلك الفاضل واقول بحثه الثاني متوجه في الظاهر ولكنه ليس بمستقل بايراده بل قد سبقه اليه بعض العلماء حيث ذكر في النهاية وقال فيه كلام وهو ان الظاهر عدم الحكم بالنكول لعدم وجوب اليمين على البتات كما لا يخفى انتهى وقد سبقهما اليه الامام عماد الدين حيث قال في فصوله ورأيت فيما كتبت من نسخته المحيط في فصل المتفرقات من ادب القاضي منه في كل موضع وجب اليمين على البتات فحلف القاضي على العلم لا يكون معتبرا واذا نكل عن اليمين على العلم لا يعتبر ذلك النكول ولو وجب على العلم فحلفه على البتات يسقط عنه الحلف لان البتات اقوى ولو نكل عنه يقضى عليه قلت وهذا الفرع مشكل انتهى ولا يخفى ان مراده بهذا الفرع هو قوله ولو نكل عنه يقضى عليه وان وجه الاشكال توجه باذكراه واما بحثه الاول وجوابه فمنظور فيهما اما البحث الاول فلان اللازم من النكول عن الحلف على العلم ان يقيم نكوله عن الحلف على البتات لو حلف عليه لان تحقق النكول عن الحلف على البتات بالفعل هو الذي من اسباب القضاء وهو الثاني دون الاول كما لا يخفى واما الجواب فلانه لو علم يتقين كون نكوله لاجل العلم بعدم فائدة النكول اليمين على الحكم فالحكم ايضا ماذكر ولا يجري الجواز المذكور هناك على انه لا وجه لقوله فلا يحلف حذرا عن التكرار اذ الحذر عن تكرار التحليف لا تكرار الحلف كما لا يخفى قال اي محمد رح في الجامع الصغير في كتاب القضاء ومن ادعى على آخر مالا فاقتدى بيمينه اي افتدى الآخر عن يمينه او صالحه منها اي صالح الآخر المدعى من اليمين على عشرة دراهم مثلا فهو اي الافتداء او الصلح جائز فالافتداء قد يكون بمال يساوي المدعى وقد يكون بمال هو اقل من المدعى واما السالم من اليمين فانما يكون على مال اقل عن المدعى في الغالب لان الصلح مبني عن المسامحة وكلاهما مشتركان كذا في النهاية ومعراج الدراية وهو اي الافتداء عن اليمين ماثور عن عثمان رضي الله عنه قال صاحب العناية ولفظ الكتاب يشير الى انه كان مدعى عليه ذكر في الفوائد الظهيرية انه ادعى عليه اربعون درهما فاعطى شيئا وافتدى يمينه ولم يحلف فقيل الا تحلف وانت صادق فقال اخاف ان يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يميني الكاذبة وذكر ان مقداد بن الاسود استقرض من عثمان رض سبعة آلاف درهم ثم قضاه اربعة آلاف درهم فترافعا الى عمر رض في خلافته فقال المقداد احلف يا امير المؤمنين ان الامر كما تقول وليأخذ سبعة آلاف فقال عمر رض لعثمان رض انصفك المقداد احلف انها كما تقول وخذها فاحلم يحلف عثمان رض

وليس له ان يستحلفه على تلك اليمين لانه اسقط حقه

باب التحالف

قال واذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى احدهما ثمنا وادعى البائع اكثر منه او اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشتري الكثر منه

فلما خرج المقداد قال عثمان رض لعمر رض انما كانت سبعة آلاف قال فما منعك ان تحلف وقد جعل ذلك اليك فقال عثمان رض عنه ذلك ما قاله فيكون دليلا للشافعي رح على جواز رد اليمين على المدعي والجواب انه كان يدعي الابتلاء على عثمان رض وبه نقول انتهى وقال بعض الفضلاء فيه نظر لان المقداد اذا قضى اربعة آلاف كيف قال عثمان رض انها كانت سبعة آلاف ثم ان القصة ليست مما نحن بصدده اذ ليس فيها الا النكول لا الابتداء والصلح انتهى واقول نظيره ساقط لان المقصود اما شقه الاول فلان معنى قول عثمان رض انها كانت سبعة آلاف انها كانت في الاصل سبعة آلاف كما يرشد اليه لفظ كانت لان الباقية في ذمته الا ان سبعة آلاف ولا يخفى ان قضاء اربعة آلاف انما ينافي الاول دون الثاني فان قلت يشكل حينئذ قوله والجواب انه كان يدعي الايفاء على عثمان رض اذ الانزاع ح يكون في الايفاء دون مقدار اصل الفرض كما ذكرت قلت المراد به انه كان يدعي ايفاء تمام الدين وهو اربعة آلاف على عثمان رضي الله عنه وهو ينكر ذلك ويقول بل وفيت البعض منه وهو اربعة آلاف وبقي البعض منه في ذمتك وهو ثلثة آلاف فح يكون النزاع في الايفاء فرع النزاع في اصل مقدار القرض فتسلم القصة عن تعارض طرفيها كما توهمه الناظر ويخرج الجواب عما قاله الشافعي رح واما شقه الثاني فلانه لم يدع احد ان القصة مما نحن بصدده بل صرحوا بان عثمان رضي الله عنه كان مدعيا في هذه القصة بالصلح ان يتعذه الشافعي رح دليلا على مذهبه وهو جواز رد اليمين على المدعي وان امكن الجواب عنه من قبلنا وانما كان مدعي عليه ومقتديا عن يمينه بمال في رواية مذكورة في الفوائد الظهيرية والمقصود البتية على ان قول المصنف وهو ماثور عن عثمان رضي الله عنه انما تم على رواية بعض الكتب دون رواية بعضها وقد اشار اليه صاحب العناية حيث قال اولا ولفظ الكتاب يشير الى انه كان مدعى عليه فذكر ما ذكر في الفوائد الظهيرية ثم نقل هذه القصة فقال فيكون دليلا للشافعي رح على جواز رد اليمين على المدعي واعلم ان صاحب النهاية قد اوضع المرام بتفصيل الكلام في هذا المقام فقال قد اختلفت روايات الكتب في ان عثمان رضي الله عنه كان مدعى عليه في ذلك او مدعيا ففي الفتاوى الظهيرية انه اذا ادعى عليه اربعون درهما فاعطى شيئا وافتدى يمينه ولم يحلف فقيل لا تحل وانت صادق فقال اخاف ان لا يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة وذكر في الباب الاول من دعوى المبسوط في احتجاج الشافعي رح في مسئلة رد اليمين على المدعي ان عثمان رضي الله عنه كان مدعيا فقال وحجته في رد اليمين على المدعي عليه روى ان عثمان رض ادعى على المقداد بن عمر رضي الله عنه الى ان قال التحلف لي يا عثمان رض وذكر الامام المحبوبي رح تمام القصة فقال روى ان مقداد بن الاسود استقرض من عثمان رضي الله عنه سبعة آلاف درهم فقضاه اربعة آلاف درهم فمر فعا الى عمر رضي الله عنه في خلافته فقال المقداد يا امير المؤمنين ان الامر كما يقول ولي اخذ سبعة آلاف فقال عمر رض لعثمان رض انصفك المقداد لعلف انها كما تقول وخذها فلم يحلف عثمان رض فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر رضي الله تعالى عنهما انها كانت سبعة آلاف قال فما منعك ان تحلف وقد جعل ذلك اليك فقال عثمان رض عنه ذلك ما قاله ثم قال في المبسوط وتاويل حديث المقداد انه ادعى على الايفاء على عثمان رض وبه نقول الى هنا كلام صاحب النهاية وليس له ان يستحلفه على تلك اليمين اذ ليس للمدعي ان يستحلف المدعى عليه على تلك اليمين التي افتدى عنها او صالح عنها على مال ابدا كما في وقت من الاوقات لانه اسقط حقه اي لان المدعي اسقط حقه في يمين المدعى عليه بالافتداء والصلح بخلاف ما لو اشترى بيمينه بعشرة دراهم فانه لم يجز وكان له ان يستحلفه لان الشراء عقد تمليك المال بالمال والله اعلم واليمين ليست بمال كذا في الشروح وسائر المعتبرات

باب التحالف لما ذكر حكم يمين الواحد شرع في بيان حكم يمين الاثنين لان الاثنين لبعد الواحد طبعا فراعاه في الوضع لينا سب الوضع الطبع قال اي القدوري في مختصره واذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى احدهما اي المشتري ثمنا باقل مثلا اشتريته بمائة وادعى البائع اكثر منه بان قال بعته بمائة وخمسين او اعترف البائع بقدر من المبيع بان قال مثلا المبيع كر من حنطة وادعى المشتري اكثر منه بان قال هو كران من الحنطة والحاصل اذا وقع الاختلاف بينهما

واقام احدهما البينة قضى له بها لان في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها وان اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان البينات للاثبات ولا تعارض في الزيادة ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا البيع كان المقصود قطع المنازعة وهذا اجمع فيه لانه ربما لا يرضيان بالفسخ فاذا اعلمنا به يتراضيان فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر

في قدر الثمن كما في الصورة الاولى او في قدر المبيع كما في الصورة الثانية فاقام احدهما البينة قضى له بها اي بالبينة لان في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها لان البينة توجب الحكم على القاضي ومجرد الدعوى لا يوجب عليه وان اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان البينات للاثبات اي وضعت في الشرع للاثبات فكل ما كان اكثر اثباتا كان اولى ولا تعارض في الزيادة لان البينة المثبتة للاول لا تعرض للزيادة فكانت البينة المثبتة للزيادة سالمة عن المعارض كذا في غاية البيان قال تاج الشريعة فان قلت البينة التي تثبت الاقل تنفي الزيادة لانها تثبت ان كل الثمن هذا القدر قلت المثبتة للزيادة تثبتها قصدا وتلك لا تنفيها قصدا وكانت الاولى اولى لما قامت بينها معارضة انتهى اقول جوابه هذا وان كان صحيحا في نفسه الا انه غير مطابق لظاهر تقرير النص رح فان المفهوم منه انتفاء التعارض بين البينتين في الزيادة والمفهوم من هذا الجواب تحقق التعارض بينهما في الزيادة ومع رجحان البينة المثبتة للزيادة على البينة النافية لما قابل ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا بان قال البائع مثلا بعتك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشتري بعتها وهذا العبد معها بخمسين دينارا واقاما بينة فبينة البائع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات فالجارية والعبد جميعا للمشتري بمائة دينار في المثال المذكور وقيل هذا قول ابي حنيفة رح آخرا وكان يقول اولا وهو قول زفر رح يقضي للمشتري بمائة وخمسة وعشرين دينارا لظهور هذه المسألة في الاجارات كذا في الشروح ثم المراد من قوله ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا اي في قدرهما على ما ذكرنا من صورة المسألة واما اذا اختلفا في جنس الثمن واقاما البينة فالبينة بينة البائع من غير اتفاق على قوله كما لو قال البائع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار واقاما البينة لزم البيع بالعبد وتقبل بينة البائع دون حق المشتري لان حق المشتري في الجارية ثابت باتفاقهما وانما الاختلاف في حق البائع فبينته على حقه اولى بالقبول ولانه يثبت بينته الحق للبائع في العبد والمشتري ينفي ذلك والبينات للاثبات لا للنفي كذا في النهاية نقلا عن المبسوط اقول في التعليل الثاني بحث اما اولا فبما ذكره فان المشتري يثبت بينته الحق للبائع في مائة دينار والبائع ينفي ذلك والبينات للاثبات لا للنفي فينبغي ان تقبل بينة المشتري دون البائع واما ثانيا فبما في التقفين فانه لو تم هذا التعليل لافاد عدم قبول بينة المشتري عند انفراده باقامة البينة ايضا اذ هو ينفي بينته حق البائع بما ادعاه والبينات للاثبات لا للنفي مع ان المسألة على انه اذا اقام احدهما البينة قضى له بها قطعا واما اذا اقاما فبما لا نم ان المشتري ينفي بينته ما يثبته البائع على ما يثبت لها ما يدعيه نفسه وهو كون حق البائع في مائة دينار وليست عما بينة البائع وهو كون حقه في العبد فان حصل مما يثبته المشتري نفي ما يثبته البائع فانما هو بالتبع والتضمن لا بالاصالة والمقصد وذلك لا ينافي كون وضع البينات للاثبات دون النفي وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري اي يقول الحاكم للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع اي يقول للبائع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود اي المقصود من شرعية الاسباب قطع المنازعة ورفع الخصومة وهذا اجمع فيه اي القول المذكور للبائع وللمشتري جميعا في قطع المنازعة لانه ربما لا يرضيان اي المتبايعان بالفسخ فاذا علمنا به اي بالفسخ تراضيا اي بدعوى كل واحد منهما اقول لقائل ان يقول كما ان ما ذكر جمع في قطع المنازعة كذلك عكسه في ذلك جمع فيه بان يقال للبائع اما ان ترضى بالثمن الذي ادعاه المشتري والا فسخنا البيع وان يقال للمشتري اما ان تقبل ما اعترف البائع من المبيع والا فسخنا البيع وبالجملة ان قطع المنازعة كما يمكن بان يكلف مدعي الاقل بالرضى بالاكثر يمكن ايضا بعكسه وهو ان يكلف مدعي الاكثر بالرضى بالاقل فما الرجحان في اختيارهم الجهة المذكورة دون عكسها فتامل فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر قال صاحب النهاية في شرح قول القدوري فان لم يتراضيا اي بان يعطي كل واحد ما يدعي صاحبه انتهى اقول فيه قصور لان هذا لا يتصور الا في الصورة الثانية من الصور الثلث المذكورة وهي ما اذا اختلفا

وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكرها والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكر فكل واحد منهما ينكر فيحلف فاما بعد القبض فمخالف للقياس لان المشتري لا يدعي شيئا لان المبيع سالم له فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكرها فيكتفي بحلفه

في الثمن والمبيع جميعا دون الصورتين الاخريين اذ قد مر في الكتاب ان صورة الاختلاف في الثمن ان يدعي احدهما ثمنا ويدعي الآخر اكثر منه واصح رواية الاختلاف في المبيع ان يدعي احدهما قدرا من المبيع ويدعي الآخر اكثر منه فلو على كل واحد منهما على صاحبه في باقي الصورتين لزم اعطاء الثمنين معا او اعطاء المبيعين معا وهذا خلف ولا يخفى ان ما ذكره المص ههنا حكم عام للصور الثلث جميعا فلا يناسب التفسير المزبور وقال صاحب غاية البيان في شرح هذا المقام اي ان لم يتراض البائع والمشتري يعني لم يرض البائع بما ادعاه المشتري من المبيع ولم يرض المشتري بما ادعاه البائع من الثمن يستحلف القاضي كل واحد من البائع والمشتري على دعوى صاحبه انتهى اقول وفيه ايضا قصور لان هذا ايضا لا يجري الا في الصورة الثالثة من تلك الصور الثلث كما لا يخفى على ذي مسكة فلا يناسب ما ذكره المص ههنا من الحكم العام للصور الثلث كلها واما سائر الشراح فلم يتعرضوا ههنا للشرح والبيان فالحق عندي في شرح المقام ان يقال اي ان لم يتراض البائع والمشتري على الزيادة سواء كانت مما يدعيه احدهما كما في الصورة الاولى والصورة الثانية او مما يدعيه كل واحد منهما كما في الصورة الثالثة استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر فحينئذ يجري معنى الكلام ومجموى المقام في كل صورة كما ترى وهذا التحالف قبل القبض اي قبل قبض المشتري السلعة كذا في النهاية ومعراج الدراية على وفاق القياس لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره اي ينكر ما ادعاه البائع والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره فكل منهما منكر فيحلف لان اليمين على المنكر بالحديث المشهور واما بعد القبض فمخالف للقياس لان المشتري لا يدعي شيئا لان المبيع سالم له فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكره فيكتفي بحلفه اي كان القياس ان يكتفي بحلفه فان قلت اذا لم يدع المشتري شيئا فيما بعد القبض ينبغي ان لا تقبل بينته في هذه الصورة اذا اقامها لان البينة للمدعي مع انه قال فيما قبل فاقام احدهما البينة قضي له بها قلت المراد ان المشتري لا يدعي شيئا او عاما معنويا فيما بعد القبض وهذا لا ينافي ان يكون المشتري مدعيا او خاصويا في هذه الصورة وبينة المدعي صورة تسمع على ما صرحوا به كما اذا ادعى المودع رد الوديعة على مامر لا يقال ان كان المشتري مدعيا صورة فيما بعد القبض يكون البائع منكرا للايداع صورة فيصير التحالف ههنا ايضا موافقا للقياس لانا نقول لم يقل احد بتحليف المنكر الصوري بل انما اليمين ابدا على المنكر الحقيقي بخلاف المدعي الصوري فان البينة تسمع منه على ما ذكروا وذلك ان تقول في الجواب عن اصل السؤال ان المشتري لا يدعي شيئا فيما بعد القبض وقبول بينة لدفع اليمين عنه لا لكونه مدعيا وهذا اي قبول البينة من غير المدعي لدفع اليمين كثير من مسائل الفقه يعرفه من تتبع الكتب وهذا الوجه من الجواب هو الاوفق لما يؤديه حقا في شرح مراد المص من كلامه المذكور في صدر كتاب الدعوى فتذكر اقول بقي ههنا شيء وهو انه ان اراد المص بكلمة هذا في قوله وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس الاشارة الى ما في صورة الاختلاف في الثمن فقط من الصور الثلث المذكورات كما هو الظاهر من اختصاص الدليل الذي ذكره بقوله لان البائع يدعي زيادة الثمن الخ تلك الصورة فلا يخلو الكلام عن الوكالة لفظا ومعنى اما الاول فلان تلك الصورة بعد الصور المذكورة فالاشارة الى ما فيها بلفظ القريب بعيد واما الثاني فلان الاصل المذكور اعني كون التحالف قبل القبض على وفاق القياس وبعده على خلافه غير مخصوص بتلك الصورة بل هو جار ايضا في صورة الاختلاف في المبيع فان المشتري يدعي فيها قبل قبض البائع الثمن زيادة المبيع والبائع ينكره والبائع يدعي وجوب تسليم الثمن ما عين من المبيع والمشتري ينكره فكل منهما منكر فيحلف واما بعد قبض البائع الثمن فلا يدعي على البائع شيئا لان الثمن سالم له فبقي دعوى المشتري في زيادة المبيع والبائع ينكره فيكتفي بحلفه ولقد افصح الامام الزيلعي عن عدم اختصاصه بتلك الصور حيث قال في التبيين وهذا اذا كان قبل قبض احد البدلين فظاهر وهو قياس وان كان بعده فمخالف للقياس لان القابض منهما لا يدعي شيئا على صاحبه وانما ينكر ما ادعاه الآخر انتهى فاذا لم يكن الاصل المذكور مخصوصا بتلك الصورة لم يظهر تخصيص الاشارة الى ما فيها وجه وان اراد بها الاشارة الى جنس التحالف فلا يخلو المقام عن الوكالة لفظا ومعنى ايضا اما الاول فلان لفظ هذا يصير حينئذ زائدا لا موقع له في الظاهر

المذكور فنا بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والمتابعة تامة بعين فحسب فان ادعى قال البينة بينة المشتري وهذا قول ابي يوسف آخرا وهو رواية عن ابي حنيفة رح وهو الصحيح لان المشتري منكر لانه يدعي الاستحقاق بالثمن والبائع يدعي وجوب الثمن فكان المشتري منكرا وقد بينا ان البينة في جنب المنكر تجعل فائدة القول للمدعي وهو البائع لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر فان قال البائع ما قبضت الثمن وقد سلمت المبيع الى زمان استيفاء الثمن فالقول قوله لان الثمن كان لابي يوسف رح يقول ولا يمين بين البائع لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع فخصه بالذكر وقال فائدته التقديم فان كان بيع عين بعين او ثمن بثمن بدءا القاضي بيمين ايهما شاء لاستوائهما وصفة اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين فان في الزيادات

وما الكافي فلان الدليل الذي ذكره يقيد ان البائع يدعي زيادة الثمن الخ بسيري فخص من المدعي ثم اعلم ان صاحب الكافي وكثيرا من الشراح تركوا الكلام هنا في بيان الاصل المذكور ولكنهم ذكروا بعد ذلك في دليل يخالفه للقياس بعد القبض ما يخص بصورة الاختلاف في الثمن فقط ويمكن توجيه الكل بعناية فتامل لكنا عرفنا بالنص استدراك من قوله فيحلف يعني كان القياس في صورة الاختلاف بعد القبض ان يكتفي بحلف المشتري لكنا عرفنا التحالف بالنص وهو قوله عليه الصلوة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا فاقال صاحب العناية وللقائل ان يقول هذا الحديث مخالف للمشهور فان لم يكن مشهورا فهو مرجوح وان كان كذلك لعموم المشهور او يتساقطان ولا ترجيح انتهى اقول في الجواب عنه قد تقرر في كتب الاصول ان عبارة النص ترجح على اشارة النص فحينئذ يكون هذا الحديث راجحا على المشهور لان هذا الحديث يدل بعبارته على اختلاف المدعى ايضا فيما نحن فيه اما الحديث المشهور فلا يدل بهذه العبارة على عدم اختلاف المدعى مطلقا بل انما يدل عليه باشارة حيث لم يفهم من تقييد المجلسين للمخيرين او من جعل جنس الايمان على المنكرين كما بين فيما مر فهو اذن مرجوح قال ابو القدوري في مختصره وبيدي اي القاضي بيمين المشتري قال المص وهذا قول محمد والي يوسف آخرا وهو رواية عن ابي حنيفة رحمهم الله تعالى وهو الصحيح احترازا عن القول الاول لابي يوسف رح كما يجيء لان المشتري اشتراها بالانكار للانه ان طالب اولا بالثمن فهو الباذي بالانكار قال صاحب العناية وهذا يدل على تقدم الانكار ودون شدته ولعله اراد بالشدة التقدم وهو انسب بالمقام لانه لما تقدم في الانكار تقدم في الذي يترتب عليه انتهى اقول فيه نظر لان الظاهر ان مراد ما ذكره المص رح على كون الباذي اظلم لكونه منشأ للثاني ايضا فيكون اشد كما يكون اقدم ويجوز ايضا ان يكون مداره على ان المشتري لما كان مطالبا اولا بالثمن كان منكر المشبهين اصل الوجوب ووجوب الاداء في الحال فكان اشد انكارا وعند هذين المجلسين الصحيحين الاجراء الكلام على الحقيقة كيف يجوز حمل الاشد على الاقدم مع جواز عدم ظهور العلاقة بينهما ولانه يتعجل فائدة النكول اي بالابتداء بيمين المشتري وهو اي فائدة النكول الزام الثمن فكر الضمير الراجع الى الفائدة باعتبار الخبر وهو الزام الثمن او بتاويل الفائدة بالنفع ولو ترى بيمين البائع تقاضي المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن لان تسليم المبيع يخرج الى زمان استيفاء الثمن لانه يقال له امسك المبيع الى ان تستوفي الثمن فكان تقديم التعجل فائدة له كذا في الكافي وكان ابو يوسف رح يقول اولا بيمين البائع وذكر في المنتقى وفي جامع ابي الحسن عنه رواية عن ابي حنيفة رح وهو قول زفر رح كذا في العناية وغيرها لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع وجه الاستدلال انه عليه الصلوة والسلام جعله بالذكر اي خص البائع بالذكر حيث قال فالقول ما قاله البائع واقل فائدة اي فائدة التخصيص التقديم يعني انه عليه الصلوة والسلام جعل القول قول البائع وهذا بظاهره يقتضي بالاكتفاء جنسه فاذا كان لا يكتفى جنسه فلا اقل من ان يبدا بيمينه وفي غاية البيان قال في شرح الاقطع جوابا عن هذا الحديث انما خص البائع بالذكر لان يمين المشتري معلومة لا يحتمل لقوله عز وجل واليمين على من انكر فسكت صلى الله عليه وسلم عما تقدم بيانه وبين ما يشكل ولم تقدم بيانه انتهى اقول فيه نظر الان قوله عليه السلام واليمين على من انكر كما انه دليل في حق المشتري دليل ايضا في حق البائع فانه قد مر ان كل واحد منهما ينكر في كل واحدة من الصور الثلث المذكورة فيما اذا اختلفا قبل القبض واما اذا اختلفا بعد القبض ففي صورة الاختلاف في الثمن بعد قبض المبيع المنكر هو المشتري وفي صورة الاختلاف في المبيع بعد قبض الثمن المنكر هو البائع فاستوى كل واحد من البائع والمشتري في الانكار تحت قوله عليه السلام واليمين على من انكر في اكثر الصور وعدم الاندراج تحته في بعض الصور فلا فرق بينهما في اشكال اليمين وعدم اشكالها وتقدم البيان وعدم تقديمه فلم يتم الجواب المذكور ثم ان هذا الذي ذكر من عدم لزوم الابتداء بيمين المشتري على القول الصحيح اي بيمين البائع على القول الآخر اذا كان المبيع بيع عين بثمن وان كان بيع عين بعين هو المسمى بالمقايضة او ثمن بثمن اي بيع ثمن بثمن وهو المسمى بالصرف يبدا القاضي بيمين ايهما شاء من البائع والمشتري لاستوائهما اي في الانكار وفي فائدة النكول وصفة اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين كذا ذكره في الاصل وقال في الزيادات

حلف ذو البائع بالله ما باعه بألف ونقد باعه بالفين وحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ونقد اشتراه بألف يقضي بالنكول والبينات في الدعوى للاثبات وفي الدفع للنفي لان الايمان على النفي وضعت لان الايمان على ذلك وضعت اي على النفي وضعت لا على الاثبات كذا في النهاية ومعراج الدراية ودل عليه حديث القسامة ولا عكس فيه فانا قال فان حلف انفسخ البيع بينهما وقيل لا بد من فسخ القاضي لان اليمين لا تفسخ بنفسها فصار كما لو تقايلا ولنا ان الفسخ ثبت بالنص فلا حاجة الى فسخ القاضي كما لو تقايلا

ان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به فاشبه الاختلاف في الحط والابراء وهذا لان بانعدامه لا يختل به قوام العقد بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر لجريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف وكذلك الاجل ليس بوصف الا ترى ان الثمن موجود بعد مضيه قال والقول قول من ينكر الخيار والاجل مع يمينه لانهما يثبتان بعارض الشرط والقول المنكر العوارض قال فان هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابي حنيفة

وجه الصورة قال المصنف في تعليل المسائل المذكورة لان خبر الاختلاف في الاجل وشرط الخيار او استيفاء بعض الثمن اختلاف في غير المعقود عليه وهو المبيع والمعقود به وهو الثمن والاختلاف في غيرهما لا يوجب التحالف لان التحالف عرف بالنص والنص انما ورد عند الاختلاف فيما يتم به العقد اذ قد تحقق فيه وجوب التحالف باختلاف المتبايعين وهو اسم مشتق من البيع فيتعلق وجوب التحالف باختلافهما فيما يثبت به البيع والبيع انما يثبت بالمبيع والثمن لا بالاجل وشرط الخيار واستيفاء الثمن وكانه قيل انما يختلف المتبايعان في البيع او في الثمن بخلافهما الاختلاف فيما ذكر من الاجل وشرط الخيار واستيفاء بعض الثمن لم يكن في معنى المنصوص عليه فلم يلحق به دلالة فافهم وانما كان الاختلاف في الحط والابراء اي في الاختلاف في الحط من الثمن والابراء عن الثمن ولا يحالف في الاختلاف فيهما بل القول قول من انكر مع يمينه فكذا في الاختلاف في الامور المذكورة وهذا اي كون الاختلاف في الامور المذكورة اختلافا في غير المعقود عليه والمعقود به ويجوز ان يشار به الى الاقرب اي شبه الاختلاف في الامور المذكورة للاختلاف في الحط والابراء لان بانعدامه اي بانعدام ما ذكر من الاجل وشرط الخيار واستيفاء بعض الثمن لا يختل به قوام العقد لان العقد باشرط واجل جائز فاذا اختلفا الشرط او في الاجل وحالفا بقي العقد بلا شرط واجل وانه لا يوجب الفساد واما اذا اختلفا في الثمن او الثمن وحلفا لم يثبت ما ادعاه احدهما فيبقى الثمن او المثمن مجهولا وذلك يوجب الفساد ووجه آخر وهو ان الاختلاف في الثمن او المثمن يوجب الاختلاف في العقد الا يرى انه لو اختلف الشاهدان فشهد احدهما بالبيع بالف درهم والآخر بالف دينار لا يقبل واذا اختلفا في الثمن كان كل منهما مدعيا ومنكرا اما الاختلاف في الشرط والاجل فلا يوجب الاختلاف في العقد الا يرى انه لو شهد احدهما انه باعه بالف الى شهر وشهد الآخر انه باعه بالف يقتضي بالعقد بالف حالة وكذا لو شهد احدهما انه باعه بشرط الخيار ثلاثة ايام وشهد الآخر انه باعه ولم يذكر الخيار جازت الشهادة كذا في النهاية فقلا عن جامع الامام قاضيخان بخلاف الاختلاف في وصف الثمن كالجودة والرداءة وجنسه كالدراهم والدنانير حيث يكون الاختلاف فيهما بمنزلة الاختلاف في القدر اي في قدر الثمن في جريان التحالف لان ذلك اي الاختلاف في وصف الثمن يرجع الى نفس الثمن اي الى الاختلاف في نفس الثمن فان الثمن دين وهو اي الدين يعرف بالوصف فلما اختلفا في الوصف وهو معرف صار اختلافا في المعرف وهو الثمن وكذلك الاجل اي ليس الاختلاف فيه بمنزلة الاختلاف في قدر الثمن لانه اي لان الاجل ليس بوصف بل هو اصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط ولهذا قبلوا الاخبار ان الثمن موجود بعد مضيه اي بعد مضي الاجل ولو كان وصفا لتبعه كذا في الكافي قال في معراج الدراية كذا قيل وفيه نوع تامل انتهى قال اي القدوري في مختصره والقول قول من ينكر الخيار والاجل مع يمينه لانهما اي الخيار والاجل يثبتان بشرط عارض على اصل العقد والقول المنكر للعوارض والحكم في استيفاء بعض الثمن كذلك لان بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد لتقارر ما يحصل ثمنا كذا في العناية قال اي القدوري في مختصره فان هلك المبيع ثم اختلفا اي فان هلك المبيع بعد قبض المشتري ثم اختلفا في مقدار الثمن كذا في الشروح وغيره في النهاية ومعراج الدراية اي المبسوط لم يتحالفا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله والقول قول المشتري اي مع يمينه وقال محمد رح يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي رح وعلى هذا اي على هذا الخلاف اذا خرج المبيع عن ملك المشتري او صار اي المبيع بحال لا يقدر اي المشتري على رده بالعيب بحدوث عيب في يده لهما اي لابي حنيفة ومحمد رح والشافعي رح ان كل واحد منهما اي من البائع والمشتري يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره فان البيع بالف غير البيع بالفين الا يرى ان شاهدي البيع اذا اختلفا في مقدار الثمن لا تقبل الشهادة وانه ليفيد دفع زيادة الثمن اعلم ان حل هذه المقدمة وربطها بالمقاود من مشكلات هذا الكتاب لهذا كان للشراح ههنا طرائق قددا ولهم بيانات اردا منهم بالشيخ الجليل فقال صاحب النهاية اي وان التحالف يفيد اعطاء المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري عن الحلف فان فائدة اليمين النكول وهذا جواب سوال مقدر وهو ان يقال ما فائدة التحليف على قول محمد رح بعد الهلاك مع عدم حكمه فان حكم التحالف التراد وانتفع التراد بالهلاك فلا فائدة

وقال ابو يوسف رح القول قول المشتري وقال محمد رح يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي رح وعلى هذا اذا خرج عن ملكه او صار بحال لا يقدر على رده يجب قيمته يوم قبضه عند ابي حنيفة رح وآخر هبكر رواته يفيد دفع زيادة الثمن

في التحالف فاجاب عنه وقال بل فيه فائدة وهي دفع المشتري الزيادة التي تدعيها البائع على تقدير نكول المشتري فلذلك يتحالفان فان قيل هذا يحصل بتحليف المشتري حينئذ فما فائدة تحليف البائع قلنا ليحصل تمام الفائدة بتحليف المشتري فان المشتري اذا نكل يجب الثمن الذي ادعاه البائع والبائع اذا نكل يندفع عن المشتري ما ادعى البائع عليه من الزيادة فيتحالفان الى هنا كلامه وقد اقتفى اثر صاحب معراج الدراية كما هو دابه في اكثر المحال الا قول فيه بحث اما اولا فلانه لما فسر الدفع الواقع في كلام المصنف باعطاء على ان يكون من دفع اليه للمن دفع عنه حيث قال اي وان التحالف يفيد اعطاء المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري عن الحلف وجعل مراد المصنف ان فائدة التحالف عند محمد رح هي اعطاء المشتري الزيادة التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري اتجه عليه السوال الذي ذكره بقوله فان قيل بالضرورة ولم يدفعه اذكره جوابا عنه اصلا لانه ان اراد انه لا يحصل تمام الفائدة التي حمل عليها مراد المصنف هنا بتحليف المشتري فليس بصحيح اذ لا شك انه اذا حلف المشتري وحده ونكل عن الحلف يجب عليه اعطاء زيادة الثمن التي يدعيها البائع وان اراد انه لا يحصل تمام الفائدة الحقيقية بتحالف المشتري فلا يفيد شيئا في دفع السوال لان صوره ما حمل عليه مراد المصنف هنا وامانيا فلانه ان اراد بقوله في الجواب والبائع اذا نكل الخ انه اذا نكل بعد نكول المشتري يندفع عن المشتري ما ادعى عليه البائع من الزيادة فليس بصحيح اذ قد تقرر فيما مر انه اذا نكل احد المتحالفين عن اليمين لزمه دعوى الآخر فبعد نكول المشتري يلزمه دعوى البائع فلا يجوز تحليفه حتى يتصور نكوله وان اراد به انه اذا نكل بعد حلف المشتري يندفع عن المشتري ما ادعى البائع عليه من الزيادة يتجه عليه ان في هذه الصورة يندفع عن المشتري ذلك بحلفه السابق فلا تاثير فيه لنكول البائع وايضا يتجه على مجموع الجواب الاول والثاني وهو اندفاع الزيادة عن المشتري بتحليف المشتري ان حلف كما ان الامر الاول وهو وجوب اعطاء الزيادة على المشتري يحصل بحلفه ان نكل تمام الفائدة الذي ذكره وهو احد الامرين لا بعينه يحصل بتحليف المشتري وحده فلم يظهر فائدة تحليف البائع قطعا وقال صاحب الكفاية وتاج الشريعة يعني ان التحالف يفيد دفع زيادة الثمن عن المشتري عند نكول البائع فكان التحالف مفيدا انتهى اقول فيه ايضا بحث لانهما حملا الدفع الواقع في كلام المصنف على معنى المنع حيث جعلاه من دفع عنه كما ترى واعتبر الظهور الفائدة عند نكول البائع فيتجه على ما ذهبا اليه ان نكول البائع انما يتصور بعد حلف المشتري لا بعد نكوله لما مر انفا وعند حلف المشتري قد حصلت هذه الفائدة اعني دفع زيادة الثمن عن المشتري فما الفائدة في تحليف البائع ونكوله بعد ذلك وقال صاحب العناية وانه يعني التحالف يفيد دفع زيادة الثمن بمعنى ان التحالف يدفع عن المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع عليه بالنكول واذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة فكان مفيدا انتهى اقول وفيه ايضا بحث لانه جعل الدفع الواقع في كلام المصنف من دفع عنه كما ترى فالظاهر ان قوله بالنكول متعلق لقوله يدفع عن المشتري وان مراده بالنكول نكول البائع دون نكول المشتري لان النفي يقتضي دفع زيادة الثمن عن المشتري انما هو نكول البائع وانا نكول المشتري فيقتضي دفعه زيادة الثمن بمعنى اعطائه اياها فاذن يؤل قوله ان التحالف يدفع عن المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع عليه بالنكول الى ما ذكره صاحب الكفاية وتاج الشريعة كما مر فيرد عليه ما يرد عليه ذلك ويزداد اشكال قوله واذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة فان مدلوله ان يكون اندفاع الزيادة المدعاة بحلف البائع ومدلول قوله السابق ان يكون اندفاعها بنكول البائع فيلزم ان يتحد حلف البائع ونكوله حكما وهذا ظاهر الفساد فان قلت يجوز ان يكون معنى قوله اللاحق واذا حلف البائع بعد حلف المشتري اندفعت الزيادة المدعاة بان يفسخ البيع على قيمة الهالك ومعنى قوله السابق اذا نكل البائع عن الزيادة المدعاة عن المشتري بان يقضي بها ادعاه المشتري وهو اقل الثمنين لا بان يفسخ البيع على قيمة الهالك فاختلف حكم حلف البائع وحكم نكوله بهاتين الجهتين وهو كاف قلت لا يتعين ان يكون قيمة الهالك انقص مما ادعاه البائع بل يجوز ان يكون مساويا له بل ازيد منه فلا يلزم من فسخ البيع على قيمة الهالك دفع

فيتحالفان كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة ولابي حنيفة وابي يوسف رح ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما انه سلم المشتري ما يريد حيث وقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة والتحالف فيه يقضي الى الفسخ وكذلك بعد هلاك كذا لارتفاع المستند لم يكن في معناه ولان الكلام لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود

الزيادة المدعاة فلا يتم حمل معنى قوله اللاحق على ما ذكر فان قيل يجوز ان تكون كلمة حلف في قوله واذا حلف البائع الخ على صيغة المبني للمفعول من تفعيل ان يكون المعنى واذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة اي بنكول البائع لا يحلفه فلا يلزم المحذور المذكور وهو اتحاد حكم حلف البائع ونكوله قلنا فح يلزم استدراك قوله اللاحق بحصول هذا المعنى بعينه من قوله السابق كما لا يخفى ثم ان بعض الفضلاء قصد حل كلام صاحب العناية ههنا فقال في تفسير قوله بالنكول اي بنكول المشتري وقال في قوله بالنكول متعلق بزيادة في قوله يدفع عن المشتري زيادة الثمن وقال في تفسير قوله واذا حلف البائع يعني بعد حلف المشتري وقال فان قيل دافع زيادة الثمن المدعاة حلف المشتري ليس الا نكول البائع اذا حلف البائع بعد حلف المشتري فسخ على القيمة وتندفع الزيادة المدعاة انتهى اقول جملة ما ذكره ليست بشيء اما تفسير قوله بالنكول بنكول المشتري وجعل قوله بالنكول متعلقا بزيادة في قوله يدفع عن المشتري زيادة الثمن فلانه لا يكون للكلام حينئذ معنى مقبول اصلا لانه ان كان المعنى يدفع عن المشتري زيادة الثمن الكائنة اي الثابتة في الواقع بنكول المشتري فلانه وجه له لان زيادة الثمن ان ثبتت في الواقع ثبتت بالعقد لا غير وان كان المعنى يدفع عن المشتري زيادة الثمن الثابتة في علم القاضي بنكول المشتري فلا صحة له لان زيادة الثمن اذا ثبتت في علم القاضي بنكول المشتري يجب على المشتري فيكيف يدفعها التحالف عنه بل لا يتصور التحالف عند نكول المشتري اصلا على ما مر غير مرة واما قوله يعني بعد حلف البائع فظهور ان المشتري الذي ذكر في قوله فان قيل الخ غير هذا المشتري وجوابه عن هذا السؤال فلسقوطه بما ذكره اذ لا فائدة من انه لا يلزم من فسخ البيع على القيمة اندفاع الزيادة المدعاة بجواز ان يكون القيمة مساوية للزيادة المدعاة بل ازيد منها وقال صاحب المحاكمات قوله دافع زيادة الثمن اي دعوى المشتري ليفيد ذلك وتذكير الضمير بتاويل الادعاء انتهى اقول وفيه ايضا بحث لان دعوى المشتري لا تفيد دفع زيادة الثمن سواء كان المراد بالدفع معنى الاحطاط او معنى المنع وانما الذي يفيد دفعها بينة المشتري او حلفه ان كان المراد بالدفع معنى المنع ونكوله ان كان المراد به معنى الاحطاط على ان الذي يقتضيه المقام بيان فائدة التحالف لا بيان فائدة دعوى المشتري ولا بيان فائدة تحليفه فقط فلو كان مراد المصنف ما ذكره فان مقتضى المقام كما لا يخفى على ذوي الافهام فتيحالفان نهاية القيمة الدليل المذكور كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة بان ادعى احدهما العقد بالدراهم والآخر بالدنانير فانهما يتحالفان ويلزم المشتري رد القيمة ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما انه يسلم للمشتري ما يريده وقد ورد الشرع به اي بالتحالف في حال قيام السلعة وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا فلا يتعدى الى حال هلاك السلعة فان قيل فليكن مال هلاك السلعة ملحقا بحال قيام السلعة بالدلالة اجاب بقوله والتحالف فيه اي في حال قيام السلعة يقتضي الى الفسخ فيندفع به الضرر عن كل واحد منهما بروز راس ماله بعينه اليه ولا كذلك بعد هلاكها اي بعد هلاك السلعة لارتفاع العقد اي بالهلاك الا ترى انه لا فسخ بالاقالة والرد بالعيب بعد هلاك السلعة فكذا بالتحالف اذ الفسخ لا يرد الا على عقد صحيح عليه العقد فلم يكن في معناه اي فلم يكن وقت هلاك السلعة في معنى وقت قيام السلعة قبيل الالحاق ايضا والآ لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود هذا جواب عن قول محمد والشافعي رح ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره اي لا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود وهو سلامة المبيع للمشتري حيث سلم له وهلاك على ملكه سواء كان الامر على ما زعم هو او البائع فلغا ذكر السبب صار بمنزلة اختلافهما في الف والفين بلا سبب فيكون اليمين على منكر الالف الزائد وهذا بخلاف ما لو اختلفا في جنس الثمن لان البائع يدعي الدنانير والمشتري ينكر والمشتري يدعي الشراء بالدراهم والبائع ينكره وانكاره صحيح لان المبيع لا يسلم للمشتري الا بثمن ولم يتفقا على ثمن ههنا اتفقا على الالف وهو يكفي للصحة كذا قرر المقام في الكفاية ومعراج الدراية اخذا من اكمالي وقال صاحب العناية في تقريره قوله ولانه لا يبالي الخ جواب عن قولهما ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه وهو قوله بموجب العلم اي سلمنا ذلك لكن لا نسلم فيما نحن فيه لان اختلاف السبب انما يعتبر اذا افضى الى التناكر وههنا ليس كذلك لان مقصود المشتري وهو تملك المبيع قد حصل بقبضه وتم هلاكه في يده

والذي يراعى من الفائدة ما يوجب العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجبات العقد وهذا اذا كان الثمن دينا فان كان عينا يتحالفان كان المبيع في احد الجانبين قائما او هالكا ان له مثلا او قيمة بان لم يكن له مثل قال وان هلك احد العبدين ثم اختلفا في الثمن يتحالفان عندنا خلافا لابي حنيفة رح الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه عندهما خلافا لابي حنيفة رح الا ان يشاء البائع ان يأخذ العبد الحي وما لا شيء له من قيمة الهالك وقال ابو يوسف رح يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي

على البائع شيئا ينكره يجب عليه اليمين ثم قال وتوقف سحال قيام السلعة وما اذا انتفا بهلاكه فان في كل منهما المقصود واصل والتحالف موجود واجيب عن الاول بمنع الاولوية بالنص على خلاف القياس وعن الثاني بانه على الاختلاف والمذكور في بعض الكتب قول محمد رح انتهى وانما يراعى من الفائدة ما يوجب العقد وفائدة رفع زيادة الثمن ليست من موجباته هذا ايضا جواب عن قولها وانه يفيد رفع زيادة الثمن يعني ان المراعى من الفائدة ما يكون من موجبات العقد وفائدة رفع زيادة الثمن ليست منها بل من موجبات النكول وليست اليمين من موجبات العقد حتى يكون النكول من موجباته فلا يترك بهما ما هو من موجباته وهو ملك المبيع وقبضه هذا زبدة ما في الشروح واعترض عليه بعض الفضلاء بان ملك المبيع وقبضه باق على حاله على تقدير التحالف غاية انه يملك بالقيمة فلا يلزم ترك موجب العقد به انتهى اقول مدار هذا الاعتراض على عدم فهم معنى المقام وزعم المراد بملك المبيع وقبضه ملك البائع المبيع وقبضه اياه وليس المراد به ذلك قطعا اذ لا شك ان الذي من موجبات العقد هو ملك المشتري المبيع وقبضه اياه وامّا ملك البائع المبيع وقبضه اياه فمن موجبات الفسخ دون العقد وهذا ما لا ستره به ثم ان قوله غاية انه يملكه بالقيمة الخ كلام ساقط مع قطع النظر عن ذلك تأمل تقف ثم ان صاحب العناية بعد شرح هذا المقام قال وفيه نظر لانا قد اعتبرنا حال قيام السلعة التراد فائدة للتحالف وليس من موجبات العقد والجواب انه ثبت بالنص على خلاف القياس انتهى واعترض بعض الفضلاء على الجواب بان قال فيه تأمل فانه قبل القبض على وفاق القياس انتهى اقول لم يعتبر التراد فائدة للتحالف الا بعد القبض اذ التراد انما يتصور بعد القبض فكان الجواب المزبور واقعا في محله فتدبر نعم لقائل ان يقول لظاهر ان للتحالف قبل القبض فائدة ما فاي شيء اعتبر فائدة للتحالف قبل القبض لم يكن من موجبات العقد البتة لان موجبه التمام بعد الفسخ العقد وحكم الفسخ يخالف حكم العقد قطعا فينتقض به قولهم وانما يراعى من الفائدة ما يوجب العقد وبهذا ايضا يندفع ما ذكره بعض الافاضل في التحالف عند صورة هلاك المبيع اذا كان الثمن دينا اي ثابتا في الذمة بان كان من الدراهم والدنانير او المكيلات او الموزونات الموصوفة الثابتة في الذمة فان كان عينا اي فان كان الثمن عينا كالثوب والفرس ونحو ذلك بان كان العقد متقايضة وهلك احد العوضين يتحالفان اي بالاتفاق لان المبيع في احد الجانبين قائم فان كان احد العوضين في بيع المقايضة مبيعا وثمنا في الجانبين احدهما المبيعية بدخول الباء كما يقرر في كتاب البيوع فيفوز فائدة الفسخ وهو التراد فيما هو القائم بخلاف ما لو هلك الهالك كان له مثله او قيمته ان لم يكن له مثل هذا اذا اختلفا في قدر البدل وان اختلفا في كون البدل دينا او عينا ان ادعى المشتري انه كان عينا يتحالفان عندهما وان ادعى البائع انه كان عينا وادعى المشتري انه كان دينا لا يتحالفان فالقول قول المشتري كذا في الكفاية قال الاسبيجابي في مختصره وان هلك احد العبدين اي بعد قبضهما كذا في الشروح ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك يعني اذا باع الرجل عبدين صفقة واحدة وقبضهما المشتري فهلك احدهما ثم اختلفا في الثمن فقال البائع بعتهما منك بالف درهم وقال المشتري اشتريتهما منك بالف درهم لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك كذا في الجامع الصغير القول قول المشتري اي فيما كذا في كتب من الشروح مع يمينه عند ابي حنيفة رح الا ان يشاء البائع ان يأخذ الحي ولا شيء له وانما اعاد ذكر لفظ الجامع الصغير لان لفظه يقتضي ان يكون المستثنى منه حين المشتري ولفظ القدوري الذي هو لفظ المبسوط يقتضي ان يكون المستثنى منه عدم التحالف لان المذكور قبل الاستثناء هناك قوله لم يتحالفا عاد قال ابو يوسف رح يتحالفان في الحي وفسخ العقد في الحي قال صاحب العناية وقوله في تحرير المذاهب يتحالفان في الحي ليس بصحيح على ما سيأتي انتهى اقول يعني ان قوله هناك يتحالفان في الحي ليس بالمعتبر الصحيح والمتحالف على قول ابي يوسف رح على ما سيأتي وهو ان يتحالفا على القائم والهالك معا لان عند ذلك يتحقق التحالف على البعض كما لا يخفى فيه نظر اذ يمكن تطبيق قوله هذا على ما سيأتي من التفسير الصحيح فانه لم يقل هناك يتحالفان على الحي حتى يكون كلمة على صلة التحالف فيحتاج الى التفسير الغير الصحيح بل قال يتحالفان في الحي فنجوز ان يكون كلمة في بمعنى اللام ويصير المعنى يتحالفان لاجل الحي كما في قوله تعالى فذلكن الذي لمتنني فيه وكما في الحديث ان امرأة دخلت النار في هرة حبستها على ما نص عليه في معنى اللبيب ولا يخفى ان كون تحالفهما لاجل الحي اي كون المقصود من تحالفهما

ثم تفسير التحالف على قول محمد بما بيناه بقوله القائم او لعدم ما يتفقا على شيء فرع احدهما الفسخ او كلاهما يفسخ العقد بينهما ايكون مراعا حتى
المشتري برد الباقي وقيمة الهالك اختلفوا في تفسيره على قول ابي يوسف رح والصحيح انه يحلف المشتري بالله ما اشترى بهذا الثمن ولا بشيء منه
دعوى البائع وان حلف يحلف البائع بالله ما باعه بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري
وان حلف فسخان البيع في القائم ويسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك ويعتبر قيمتها في الاقسام يوم القبض

فيه ان اتخذ هي يكون معلقا بمشيتها البتة وانما الذي لا يعلق بمشيتها البتة اشتري اتخذ اقرب من ثمن الهالك انتهى اقول هذا ليس بشيء لانا اذا بقول ان اتخذ هي فيه
معلقا بمشيتها البتة ان كان في الكتاب معلقا بمشيتها البتة فليس بصحيح لان المذكور في الكتاب الا ان يشاء البائع ان يأخذه هي ولا شك ان هذا لا يعلق فيه اتخذ هي
الا بمشيئة البائع وان اراد به انه يكون في الصلح معلقا بمشيتها البتة فليس بمفيد لما اصلا بل هو موجد لما قال الشيخ الامام السلامي فان مراده ان اتخذ هي اذا كان الباعث للصلح
كان معلقا في الكتاب بمشيتها كما يكون محل الصلح معلقا بمشيتها البتة ولم يعلق فيه الا بمشيئة البائع ثم تفسير التحالف على قول محمد رح بما بيناه في القائم اي في البيع القائم على
وهو قوله وصفته اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف الخ واعلم ان تحالف صفة التحالف عنده في الصورتين لان قيام السلعة عنده ليس بشرط للتحالف واذا اصلا
لم يتفقا على شيء كان الاحسن في التحرير ان يقول واذا لم يتفقا على شيء حلفا بتقديم لم يتفقا على شيء على حلفا في الوضع ليقدمه عليه في الطبع فادعى احدهما الفسخ او كلاهما
او ادعى كل واحد منهما الفسخ والعقد بحيثما وبامر القاضي المشتري يرد الباقي وقيمة الهالك والقول في القيمة قول المشتري لان البائع يدعي عليه زيادة قيمة وهو ينكر فكان القول
قوله كما لو اختلفا في قيمة المغصوب او المقبوض بعقد فاسد كذا في الشروح واختلفوا في تفسيره اي في تفسير التحالف قال ابو يوسف رحمه الله قال في النهاية ومعراج الدراية
لم يذكر تفسير التحالف على قول ابي حنيفة رح لان عنده هلاك البعض يمنع التحالف كهلاك الكل اقول فيه شيء وهو ان هلاك البعض لا يمنع التحالف عنده مطلقا بل ان
رضي البائع ان يترك حصة الهالك اصلا يتحالفان عنده ايضا على تخريج عامة المشائخ وقد ارتضى المصنف هذا التخريج حيث بنى عليه شرح معنى الكتاب الا كما سيأتي
انفا وكان ينكر تفسير التحالف على قول محمد رح وعلى قول ابي يوسف رح قال وعند ابي حنيفة رح ايضا مما روى عنه وما ان الامام الزيلعي يعبد ان كر في تبيين تفسير التحالف على قول محمد رح وعلى قول ابي يوسف رح
قال وعند ابي حنيفة رح ان البائع اذا رضي ان يترك حصة الهالك من الثمن يتحالفان عند بعضهم على الوجه الذي ذكرناه لابي يوسف رح انتهى وقال في غاية البيان
لما كان قول ابي حنيفة رح عدم وجوب التحالف استغنى عن التفسير ففسره على قولهما انتهى اقول هذا اقرب الى الحق مما سبق ولكن فيه ايضا شيء لا يخفى فالاولى ان يقال
لما كان جريان التحالف عند هلاك بعض المبيع في قول ابي حنيفة رح مخصوصا بتخريج بعض المشائخ وبصورة نادرة هي صورة الاستثناء ولم يذكر تفسير التحالف عنده
على سبيل الاستقلال بل اكتفى بما يفهم من بيان تفسيره على قول ابي يوسف رح والصحيح ان يحلف المشتري بالله ما اشترى بهذا بما يدعيه البائع وسنهم من قال
يتحالفان على القائم بحصته من الثمن دون الهالك لان التحالف للفسخ والعقد للفسخ في القائم لا في الهالك وهذا ليس بصحيح لان المشتري لو حلف بالله ما اشترى
القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه البائع كان صادقا وكذا لو حلف البائع بالله ما بعت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه المشتري صدق فلا يفيد التحالف
فالصحيح ان يحلف المشتري على الوجه المذكور في الكتاب فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف تحلف البائع بالله ما باعها بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل
لزمه دعوى المشتري وان حلفا يفسخان العقد في القائم فان قالت استدفع العقد ههنا اليها كما تقدم وفيما سبق الى القاضي حيث قال وان فسخ القاضي العقد بينهما
قال التوفيق قلت معنى ما سبق فسخ القاضي ان لم يفسخا بأنفسهما بإرشاد البيان الشراح قالوا في شرح ذلك المقام فسخ القاضي العقد بينهما ان طلبا او طلب احدهما لان الفسخ
حقهما اقامة من الطلب انتهى ولا يخفى ان الفسخ اذا كان حقهما فهما يقدران على احداثه بأنفسهما ومعنى ما ذكره ههنا فيفسخان ان اقتدرا ان اراد الفسخ بأنفسهما على نهج ما مر آنفا
تحالفا وترادا وهذا لا يناسب ان يفسخ القاضي ايضا فانه اذا لم يفسخا بأنفسهما بل لزما او طلب احدهما من القاضي ما بقي للتصريح من الشراح في مسئلة التحالف في الاقالة
فسخ القاضي فسخهما بأنفسهما ويسقط حصته اي حصة القائم من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك من الثمن الذي اقر به المشتري لا يلزمه قيمة الهالك لان القيمة يجب
انفسخ العقد والعقد في الهالك لم يفسخ عنده كذا في العناية ويعتبر قيمتها في الاقسام يوم القبض يعني تقسيم الثمن الذي اقر به المشتري على العبد القائم والهالك تعتبر
قيمتها يوم القبض فان التقاعلى حصتها يوم القبض كانت على السواء يجب على المشتري نصف الثمن الذي اقر به المشتري ويسقط عنه النصف وذلك وان تصادقا ان

وان اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول قول البائع ويجب اقامة البينة فتقبل بينة البائع اولا وتوابا وقد كمر في
يوم الاصل اشترى عبدين وقبضهما ثم رد احدهما بالعيب وهلك الآخر عنده ويجب عليه ثمن الهالك عنده ويسقط عنه قسط من ارد من الثمن على
قيمتهما فان اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البائع لان الثمن قد وجب بانفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكر والقول

يوم القبض كانت على التفاوت فان اتفقا على ان قيمة الهالك الثمن يوم القبض كانت كذا يجب على المشتري بقدرها حصته من الثمن الذي اقر به ويسقط عنه الباقي من ذلك
الثمن وان اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فقال المشتري كانت قيمة القائم يوم القبض الفا وقيمة الهالك خمسمائة وقال البائع على العكس فالقول للبائع مع يمينه لانهما اتفقا على
وجوب الثمن الذي اقر به المشتري ثم المشتري يدعي شرط زيادة من الثمن بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره والقول قول المنكر مع يمينه فان قيل لما اعتبر قيمتهما يوم القبض دون
العقد في حق انقسام القيمة ومسائل الزيادات تدل على هذا حتى قال محمد رح قيمة الام تعتبر يوم العقد وقيمة الزيادة وقيمة الولد يوم القبض لان الام صارت مقصودة
بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض في كل واحد من العبدين هنا صار مقصودا بالعقد فوجب اعتبار قيمته يوم العقد لا يوم القبض قال الامام ظهير الدين صاحب الفوائد هذا اشكال وارد
على كل قوم تحريره فلم يهتد احد الى جوابه ثم قال والذي تحايل لي بعد طول التفكر ان فيما ذكر من المسائل ما تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وفي ما لم
تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وهذا التفاوت انما ظهر لنا في الحكم حتى لو كان لذلك في الحكم لكان الهالك كله اعتبارا بما هو من لوازم الفسخ في الهالك وهو
اعتبار قيمته يوم القبض لان الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ كما هو مذهب محمد رح حتى قال يضمن المشتري قيمة الهالك على تقدير التحالف عنده فيجب اعمال التحالف في اعتبار
قيمة الهالك يوم القبض فلهذا اعتبر قيمتها يوم القبض كذا في النهاية واكثر الشروح اقول في التوجيه الذي ذكره الامام ظهير الدين نظر لان تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار
مقصودا بالعقد في حق الميت على قول ابي يوسف رح ممنوع لان ما يوجب ذلك فيما نحن فيه انما هو التحالف كما صرح به والتحالف انما يجري عنده في الحي دون
الميت وتعذر الفسخ في الهالك عنده لامتناع جريان التحالف فيه لا هلاك لامتناع الهلاك بدون امتناع جريان التحالف الا ترى ان محمدا لما اجاز التحالف على
الهالك ايضا اجاز الفسخ في الهالك على قيمته ولم يكن الهلاك مانعا عنده فاذا لم تحقق التحالف في الهالك على قول ابي يوسف رح وتعذر الفسخ فيه ايضا فما الباعث على اعتبار
ما هو من لوازم الفسخ فيه ومجرد عدم تعذر اعتباره لا يقتضي اعتباره سيما عند تحقق ما يقتضي اعتبار القيمة يوم العقد وهو كونه مقصودا بالعقد ثم ان صاحب العناية قال
بعد نقل ما في تلك الشروح والاقول الاصل فيما هلك وكان مقصودا بالعقد ان يعتبر قيمته يوم العقد الا اذا وجد ما يوجب فسخ العقد فانه يعتبر حينئذ قيمته يوم القبض لانه
لما انفسخ العقد وهو مقبوض على جهة الضمان تعين اعتبار قيمته يوم قبضه وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة والفسخ العقد في القائم دون الهالك صار العقد منفسخا
في الهالك نظرا الى اتحاد الصفقة غير مفسوخ نظرا الى وجود المانع وهو الهلاك فصار فيه ما يوجب ويقتضي بازوم حصته من الثمن نظرا الى عدم الانفساخ وبالقسمة على قيمته يوم القبض نظرا الى الانفساخ انتهى
اقول فيه ايضا نظر لان تحليله فيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة والفسخ العقد في القائم صار العقد مفسوخا في الهالك نظرا الى اتحاد الصفقة غير تام لان اتحاد الصفقة انما يقتضي انفساخ العقد في الهالك
بالانفساخ في القائم لو وقع الفسخ قبل قبضهما فاما بعد القبض فلا يقتضي ذلك فان اللازم حينئذ تفريق الصفقة قبل تمامها وهو غير جائز وما اذا وقع الفسخ بعد قبض قبضها الا ترى الى ما مر في ما اذا اشترى عبدين
ان من اشترى عبدين صفقة واحدة فقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا فانه ليس له فسخ العقد في احدهما خاصة عندنا التفاتا الى ان تفريق الصفقة بعد تمامها بالقبض
جائز والمسئلة فيما نحن فيه مفروضة فيما اذا هلك احد العبدين بعد قبضهما كما تبين في هذه الصورة فلا يتم التقريب فانهما اقاما البينة تقبل بينة لانه لو رد دعواه بالحجة وان
اقاما البينة البائع اولى لانها اكثر اثباتا لانباتها الزيادة في قيمة الهالك فان قيل المشتري يدعي زيادة في قيمة القائم فوجب ان تقبل بينة لانباتها الزيادة قلنا ان الذي
وقع الاختلاف فيه مقصودا قيمة الهالك والاختلاف في قيمة القائم شبيه ضمنا للاختلاف في قيمة الهالك كما ثبت بينة البائع قامت على ما وقع الاختلاف فيه مقصودا فكانت
اولى بالاعتبار كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الامام المرغيناني وقاضيخان وهو اعلم بما ذكر من قول ابي يوسف رح وتفريعاته فيما سيأتي ذكره في جميع الاصل المبسوط

اشترى عبدين وقبضهما ثم رد احدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده وتقسيم الثمن على قيمتهما اي يوم القبض كذا في النهاية فان
اختلفا في قيمة الهالك هي في مسئلة الاصل فالقول قول البائع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره فالقول

انتهى تصحيح القبض وهو جائز الا بري

للمنكر وان قاما البينة اى فى مسئلة الاصل فبينة البائع اولى لانها اكثر اثباتا ظاهرا لاثباتها الزيادة فى قيمة الهالك وهذا لفقه وهو ان فى البيان يعتبر الحقيقة كما مر وهنا عجز الحاكم عن الوقوف على حقيقة الحال فبقى الامر على ما كان والبائع منكر حقيقة فلهذا كان القول قوله وفى البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال وانما يعتبر الظاهر فى حقهما والبائع مدع ظاهرا فلهذا انقلب بينته بينة وترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر وهذا بين ان ما ذكره من ان البينة مع المدعى انما هو فى الاصل لا فى كل موضع وقال ومن اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا فى الثمن فالقول قول المشترى مع يمينه والبينة بينة البائع لان التقايل فسخ فى حق المتعاقدين وفى حق الثالث بيع جديد لانه رد فى البيع المطلق ولا اقالة فيه فصح فى حق المتعاقدين فاما اثبتناه بالقياس لان المسلم مفروض قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر وهذا القياس لا جائز على البيع قبل القبض والورث على العاقد والقسمة على الحيين فاذا استهلكه فى يد البائع غير المشترى ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة كان مخالفا عند ابى حنيفة رح لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا

للمنكر وان قاما البينة اى فى مسئلة الاصل فبينة البائع اولى لانها اكثر اثباتا ظاهرا لاثباتها الزيادة فى قيمة الهالك والبينات شرعت للاثبات فما كان اكثر اثباتا كان اولى قال الصدر وهذا اللفظة اى اعتبار بينة البائع وبيمينه لمعنى فقهى وهو ان الايمان تعتبر لحقيقة اى حقيقة الحال لما يلزم الاقدام على القسم بحالة واستعمال النص عليه بقوله لانها اى الايمان يتوجه على احد العاقدين اى لا على الوكيل والنائب وهما اى المتعاقدين يعرفان حقيقة الحال لان العقد فعلهما والانسان اعرف بحال نفسه فينبغى الامر جليا اى حال كون الحقيقة والبائع منكر حقيقة لانه ينكر سقوط الزيادة وفى البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال لانهما يخبران عن فعل الغير لا عن فعل انفسهما فيجوز ان يكون الحال فى الواقع على خلاف ما ظهر عندهما بمزل او بلجمة او غيرهما لك فاعتبر الظاهر فى حقهما والبائع يدعى ظاهرا فلهذا انقلبت بينته اليها اى كما اعتبرت بينة وترجح اى وترجح بينة على بينة المشترى بالزيادة الظاهرة على ما مر وهو قوله لانها اكثر اثباتا ظاهرا وهذا اى ما ذكر فى جميع الاصول بين لك معنى ما ذكرنا ومن قول ابى يوسف رح فى التخالف وتفريعاته التى ذكرت فى مسئلة الجامع الصغير قال اى محمد رح فى جميع الجامع الصغير ومن اشترى جارية وقبضها اى وقد تقدمنا كذا فى الشروح وفى اصل الجامع الصغير ثم تقايلا ولم يقبض البائع المبيع بعد الاقالة كذا فى الشروح وسيشير اليه المص بقوله والمسئلة مفروضة قبل القبض ثم اختلفا فى الثمن فقال المشترى كان الثمن الفا فعليك ان ترد الالف وقال البائع كان خمسمائة فعليك ان ترد الخمسمائة فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول حتى يكون حق البائع فى الثمن وحق المشترى فى المبيع كما كان قبل الاقالة معناه يعود البيع الاول اذا فسخ التقايض او فسخا بانفسهما الاقالة لان الاقالة كالبيع لا تفسخ الا بالفسخ كذا فى النهاية ومعراج الدراية اعلما عن صدر الاسلام ولما استشعر ان يقال النص الوارد فى حق التحالف وهو قوله عليه الصلوة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا لم يتناول الاقالة فما وجه جريان التحالف فيها اجاب بقوله ونحن بانا انما التحالف فيها اى فى التقابل بالنص لانه ورد فى البيع المطلق اى فى البيع من كل وجه والاقالة فسخ فى حق المتعاقدين وان كان بيعا جديدا فى حق غيرهما فان قلت قوله والاقالة فسخ فى حق المتعاقدين انما يتمشى على قول ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله لا على قول ابى يوسف رح فان الاقالة عنده بيع فى حق المتعاقدين ايضا والمسئلة التى نحن فيها مستغرقة بمثلها فما وجه بناء الوفاقية على الخلافية قلت كذا اسلموه وفى هذا جواب عن سؤال يقدر ذكره انفا وذلك ان يقال انما يكاد يتوجه على قول ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله لا على قول ابى يوسف رح كما لا يخفى فيبنى الجواب ايضا على اصلهما دون اصله فنقدر ونقول انما اثبتناه بالقياس لان المسلم فيه مفروض قبل القبض اى قبل قبض البائع البيع بحكم الاقالة والقياس يوافقه على ما مر اى فى اول الباب ولهذا نفى الاجارة قبل القبض لفوات وانما اثبتنا بالقياس يعنى اذا اختلف المؤجر والمستأجر قبل استيفاء المعقود عليه فى الاجارة يجرى التحالف بينهما والورثة على العاقد اى فى نفى الوارث على العاقد يعنى اذا اختلف البائع والمشترى فى الثمن قبل القبض يجرى التحالف بينهما والقيمة على العين اى فى نفى القيمة على العين فيما اذا استهلكه فى يد البائع غير المشترى يعنى اذا استهلك غير المشترى العين المبيعة فى يد البائع وضمن القيمة قامت القيمة مقام العين المستهلكة فان اختلف العاقدان فى الثمن قبل القبض يجرى التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عند لقاء العين المشتراة لكون النص المذكور معقول المعنى وفى غاية البيان وهذه هى النسخة المقابلة بنسخة المص وفى بعض النسخ فيما اذا استهلك المشترى وفى بعضها فيما اذا استهلك المبيع قال الامام حافظ الدين الكبير البخارى على حاشية كتابه الصحيح استهلك المشترى انتهى وفى معراج الدراية الصواب فى استهلكه فى يد البائع غير المشترى وهذه النسخة على حاشية نسخة قرئت بنسخة المص او الصواب استهلك المشترى بضم التاء على صيغة المفعول فالمشترى على صيغة المفعول انتهى ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فخالف عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد رح لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا يعنى ان محمدا رح يرى النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا معلولا بوجود الانكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه الآخر من العقد وبهذا المعنى لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضا او غير مقبوض حتى قال بعض الفضلاء فان قبل الاقالة بيع عند ابى يوسف رح فيكون تناول النص فينبغى ان يجرى التحالف عنده بعد قبض البائع ايضا قلنا لما وقع الخلاف فى كونه تبعا لا يتناوله النص الوارد

قال ولو اختلفا في قدر رأس المال أو في التأجيل تحالفا وترادا والقول قول المسلم اليه مع يمينه ولا يعود السلم لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل الفسخ لانه اسقاط فلا يعود السلم بخلاف الاقالة في البيع لانها فسخ لان رأس مال السلم لو كان عرضا فرده بالعيب فهلك قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع حتى على الغريم بيانه ما قال اذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجني بالفين فاقام كل واحد منهما البينة تقبل بينة الزوج لانها تثبت الزيادة

في البيع المطلق انتهى اقول جوابه ساقط جدا لان التحالف ليس مما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص كما لا يخفى فلو كان مجرد وقوع التحالف في كون الاقالة بيعا انما عنده عن ان يتناول النص الوارد في البيع المطلق في حق حكم التحالف فكان ذلك مانعا عنده عن ان يتناولها المنصوص الواردة في حق سائر الاحكام البيع المطلق الشائع ان احكام البيع المطلق جارية باسرها في الاقالة عنده على ما تقرر في بابها ثم اقول في دفع سوال ان اصل ابي يوسف رح في الاقالة هو انها بيع الا ان لا يكون جعلها بيعا كما في قبل القبض في المنقول فيجعل فسخا كما بينوا في باب الاقالة وفيما نحن فيه لما اختلفا في الثمن ولم يثبت قول احدهما صار الثمن مجهولا فلم يكن جعله بيعا لعدم جواز البيع بالثمن المجهول لكن لزم جواز بيع المنقول قبل القبض فلم يتناوله النص الوارد في البيع المطلق فلم يخرج التحالف فيه عنده ايضا لا بالنص ولا بالقياس فان راى محمد رح في جوامع الجامع الصغير من اسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن اى في راس المال فقال المسلم اليه كان راس المال خمسة وقال رب السلم كان عشرة فالقول قول المسلم اليه مع يمينه لان رب السلم يدعي عليه زيادة وهو ينكر ولا يعود السلم اى لا يتحالفان ولا يعود السلم لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل النقض اى الفسخ يعني ان المنصوص التحالف الفسخ واليه الاشارة النبوية بقوله عليه الصلوة والسلام تحالفا وتراد والاقالة في باب السلم لا تحتمله لانه اى الاقالة في باب السلم ذكر الضمير تاويل التقايل استقاط للمسلم فيه وهو دين والدين الساقط لا يعود فلا يعود السلم بخلاف الاقالة في البيع فانها تحتمل الفسخ ويعود المبيع الى المشتري بعد عوده الى البائع لكونه عينا فافهم وفي هذا القول اشارة الى ان راس مال السلم لو كان عرضا فرده بالعيب اى فقضى القاضي بالرد بالعيب على رب السلم وهلك اى في يد المسلم اليه قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع وهذا الذي ذكر على الفرق بينهما اى بين السلم والبيع فان قيل ما الفرق لمحمد رح بين اقالة السلم وبين ما اذا هلكت السلعة ثم اختلفا في مقدار الثمن فانهما يتحالفان فيما اذا هلكت السلعة ولا يتحالفان في اقالة السلم اذا اختلفا في مقدار راس المال وان فات المعقود عليه في الفصلين جميعا قلنا الاقالة في السلم قبل قبض المسلم فيه فسخ من كل واحد والتحالف بعد هلاك السلعة يجري في البيع لا في الفسخ كذا في النهاية ومعراج الدراية انتهى

الحوالة الشهيرة قال اي القدوري في مختصره واذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجني بالفين فاقام البينة تقبل بينة قال الحسن رح في تعليله لانه ليس مدعيا لانه يريد ان يحوله الى الصحة وهي كافية لقبضها انتهى وان اقاما البينة فالبينة بينة المراة هذا هو تمام كلام القدوري قال الحسن رح في تعليله ايضا اي لان بينة المراة تثبت الزيادة وقال في توجيهه معناه اذا كان مهر مثلها اي مهر مثل المراة اقل مما ادعته وقال صاحب العناية في تفصيل المسالة وان قالا ما تزوجها الا ان يكون مهر المثل اقل مما ادعيته او لا فان كان الاول فالبينة للمراة لانها تثبت الزيادة وان كان الثاني فبينتها ايضا حيث تثبت بينتها الزيادة وتثبت بينة الحط فتتهاتران فيجب مهر المثل وقد صرح بهذا التفصيل في عامة الكتب المعتبرة حتى المتون في باب المهر بل صرح به صاحب العناية ايضا في ذلك الباب من شرح هذا الكتاب واما قول المصنف معناه اذا كان مهر مثلها اقل مما ادعيته فليس بهذه المثابة من الفضل اذ يمكن ان يكون مراده به مجرد الاحتراز عما اذا كان اكثر مما ادعته الا ان التعميم لتضمن كون مهر مثلها اقل مما ادعته بخلاف تحرير صاحب العناية فان عبارته لا يخلو في قوله وان قالا ما تزوجها الا ان يكون مهر المثل اقل مما ادعته اولا تقتضي شمول الاقسام كما لا يخفى على ذوي الافهام ولقد احسن الامام الزيلعي في هذا المقام حيث قال في شرح قول صاحب الكنز وان برهنا فللمراة هذا اذا كان مهر المثل شهد للزوج وبينة المراة مثبتة خلاف الظاهر وكانت اولى وان كانت مهر المثل شهدت لها بان كان مثل ما تدعيه المراة

وان لم تكن لها بينة تحالفا عند ابي حنيفة رح ولا يفسخ النكاح بتحالفهما وان تحالفا لكن في القديم التسمية واذا لم يحكم بالتحالف المهر تابع للنسب فكان لها مهر مثلها لان عدم التسمية هنا لمعنى فيها وهو فساد العقد لكن يكمل لها مهر مثلها وان كان مثل ما ادعته او اقل لان الظاهر شاهد لها ان كان مثل ما ادعته او اكثر فيما ادعته او كان مهر مثلها اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته المرأة يقضى لها بمهر مثلها من غالب النقد الذي يثبت الزيادة على ما اعترف به الزوج لانه ثبت بشاهد الحال كما ثبت بشاهد الظاهر ولا تحالف عند محمد رح لان المهر مثل ما ادعته المرأة او اقل مما اعترف به الزوج وهذا لان المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وشرط اعتبار المثل بالتحالف

او اكثر هو بينة الزوج اولى لانها اثبتت الحط وهو خلاف الظاهر والبينات للاثبات وان كان مهر مثلها لا يشهد لما ولا لما بان كان اقل مما ادعته المرأة واكثر مما اعترف به الزوج فالصحيح انها تتحالفان لانها استوفيا في الاثبات لان بينة احداهما اثبتت الزيادة وبينة الاخرى اثبتت الحط فلا يكون احدهما اولى من الاخرى انتهى وان لم تكن لهما بينة اي ان عجزا عن اقامة البينة تحالفا عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف لا يقع التحالف في النكاح لان اثر التحالف في الفساد التسمية وانها لا تخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه اي في النكاح فلا عابرة الى الفسخ بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسد البناء بالثمن وهو ساقط على ما مر اي في كتاب البيوع بل في هذا الباب ايضا حيث قال او يقال اذا لم يثبت البدل بقي مبيعا بلا بدل وهو فاسد فيفسخ اي البيع قال صاحب النهاية فان قلت النص بشرعية التحالف انما ورد في البيع والنكاح ليس في معناه وهو ظاهر فكيف تعدى حكم النص من البيع الى النكاح او نقول ان التحالف انما شرع في عقد يحتمل الفسخ لما ان الفسخ من احكام التحالف والفسخ في النكاح بعد التحالف بالاتفاق فيجب ان لا يشرع فيه التحالف لعدم حكمه تحالفا اما الاول وهو ورود النص في البيع فلانا ان المعنى الموجب للتحالف هناك موجود ههنا من كل وجه فيثبت التحالف في النكاح ايضا بدلالة النص وذلك لان الموجب للتحالف هناك ان كل واحد من المتعاقدين مدع ومنكر لكن يتعين احدهما للانكار والآخر للدعوى لتساويهما فيما فلذلك قلبت بينتهما وبينهما لان كل واحد فيهما ينكر بدل الآخر خلاف كل واحد من المتداعيين في سائر الدعاوى حيث تسمع بينة من يدعي خلاف الظاهر لقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر واما الثاني وهو ان للفسخ حكم التحالف والفسخ ليس بثابت ههنا فجوابه مذكور في الكتاب والصلح ذلك هو ان التحالف انما اوجب الفسخ في التحالف لانه لما تعذر اثبات دعوى كل واحد منهما بسبب يمين الآخر لزم اخلاء العقد عن البدل والبدل اذا خلا في البيع يفسد البيع والفاسد يفسخ واما النكاح اذا خلا العوض عنه فلا يفسد كما لو يذكر التسمية اذا لعدم يفسد النكاح لا يفسخ اذا الفسخ انما كان بسبب الفساد فافترقا الى هذا اشار في الفوائد الظهيرية وبه انتفى وقد انتفى اثره في تبيين السوال وتبيين الجوابين صاحب مصباح الدراية وصاحب النهاية اقول في كل واحد من الجوابين بحث اما في الاول فلان المعنى الموجب للتحالف وهو كون كل واحد من المتعاقدين مدعيا ومنكرا مع عدم امكان ترجيح احدهما على الآخر انما يوجد ههنا قبل تسليم المرأة نفسها الى الزوج واما بعد التسليم فلا يوجد لان الزوج لا يدعي على المرأة حينئذ شيئا اذ المقصود عليه سالم له بقي دعوى المرأة في زيادة المهر والزوج ينكر ذلك فيا ليس بالتقرير في الاختلاف في البيع بعد القبض والمسلة فيما نحن فيه ليست بمعروفة قبل القبض بل هي عامة لما قبل القبض وما بعده بل كانت هي مصورة في بعض الشروح بصورة تخص بما بعد القبض فبقي السوال في هذه الصورة الا على قول محمد رح فانه يرى المنع معللا بعد القبض ايضا كما مر واما في الثاني فلان حاصله بيان سبب عدم ثبوت الفسخ في النكاح وهو لا يدفع السوال اذ ليس فيه ما يشعر بالنزاع اذ النزاع في عدم ثبوت الفسخ في النكاح بل حاصله ان التحالف انما شرع لحكمه وهو الفسخ فاذا لم يثبت الفسخ في النكاح ينبغي ان لا يجري فيه التحالف ايضا ويرده ان التحالف لم يشرع فيها اذا اختلفا في الاقالة في السلم لعدم احتمال الاقالة في باب السلم الفسخ كما مر قبيل مسئلة فاسد فتامل ولكن يحكم مهر المثل هذا استدراك من قوله ولا يفسخ النكاح اي لكن يحكم بمهر المثل لتعذر التراجع فان كان اي مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج او اقل اي مما اعترف به الزوج قضى بما قال الزوج لان الظاهر اي ظاهر الحال شاهد له اما في صورة كون مهر المثل مثل ما اعترف الزوج ظاهر لقوله مهر المثل واما في صورة كون مهر المثل اقل مما اعترف به الزوج فلكون قوله اقرارا على مهر المثل من قبلها وان كان اي مهر المثل مثل ما ادعته المرأة او اكثر اي مما ادعته المرأة قضى بما ادعت المرأة لان الظاهر شاهد لها حينئذ لمثل ما بيناه آنفا وان كان مهر المثل اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته المرأة قضى لها بمهر المثل لانها لما تحالفا لم يثبت الزيادة على مهر المثل اي بسبب حلف الزوج ولا الحط عنه اي بسبب حلف المرأة قال اي المصنف رضي الله عنه ذكر اي القدوري التحالف اولا ثم التحكيم وهذا اي ما ذكره القدوري قول الكرخي رح لان مهر المثل لما اعتبر لم يسقط وجود التسمية لانه موجب نكاح لا تسمية فيه وسقوط اعتبارها بالتحالف اي في سقوط اعتبار التسمية

فلهذا يقدم في الوجوه كلها ويبدأ بيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعجيلا لفائدة النكول كما في المشتري وخرج الرازي على الكافي وقد استقصيناه في النكاح وذكرنا خلاف ابي يوسف رح فلا فائدة ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسألة المتقدمة الا ان قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها لان ملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة وان اختلفا في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا معناه اختلفا في البدل وفي المبدل

انما هو بالتحالف فلهذا يقدم اي التحالف في الوجوه كلها يعني فيما اذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج به واقل منه او كان مثل ما ادعته المرأة او اكثر منه او كان اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته المرأة فهذه خمسة وجوه ويبدأ بيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعجيلا لفائدة النكول لان اول التسليمين عليه فيكون اول اليمينين عليه كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفتاوى الظهيرية كما في المشتري اي كما يبدأ بيمين المشتري على القول الصحيح تعجيلا لفائدة النكول كما مر وتخريج الرازي بخلافه اي تخريج ابي بكر الرازي بخلاف قول الكرخي فان الرازي يقول بتحكيم مهر المثل اولا اذا شهد مهر المثل لاحدهما ثم يقول بالتحالف اذا لم يشهد ذلك لاحدهما قال المصنف وقد استقصيناه اي تخريج الرازي في النكاح اي في كتاب النكاح وذكرنا خلاف ابي يوسف رح وهو ان القول في جميع ذلك قول الزوج الا ان يأتي بشيء مستنكر كما لو اتى ببينة على اقراره بالخلع او على مبايعة في كتاب النكاح فلا يقبل اي لا يفيد ذكر خلافه هنا قال صاحب النهاية وهذا اي قول الرازي الاصح لان تحكيم مهر المثل بهما لا يجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر ثم الاصل في دعاوى ان يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه كذا ذكره الامام فاضيخان والحبوبي وانتقى وقال صاحب غاية البيان قالوا ان قول الكرخي هو الصحيح لان مهر المثل لا يثبت مع وجود التسمية وانما ينعدم التسمية بالتحالف لانه حينئذ يكون كالعقد لم يكن فيه تسمية اصلا فيصار الى مهر المثل فلما لم يثبت مهر المثل مع وجود التسمية كيف يكون الظاهر مع الذي وافقه مهر المثل انتهى وقال صاحب العناية اقول ان اراد وا بقولهم هو الصحيح انه غيره يجوز ان يكون اصح فلا كلام وان اراد وا ان غيره فاسد فالحق ما قاله صاحب النهاية لان التسمية تمنع المصير الى مهر المثل لا يجابه وان التحكيم لمعرفة من يشهد له الظاهر فممنوع انتهى وانا اقول ان قوله ان اراد وا بقولهم هو الصحيح ان غيره يجوز ان يكون اصح فلا كلام ليس بصحيح اذ لا مجال لارادة هذا المعنى من ذلك اللفظ لانهم ما قالوا هو الصحيح حتى لا ينافي كون غيره اصح بل قالوا هو الصحيح بقصر المسند على المسند اليه وهو قصر الصفة على الموصوف كما ترى فاذا كانت صفة الصحة مقصورة عليه فكيف يجوز ان يتصف غيره بالاصحية والاتصاف بالاصحية يستلزم الاتصاف باصل الصحة لانها زيادة في الصحة اللهم الا ان يكون مراده لا كلام في المراد لا في الارادة فتأمل ثم قال صاحب العناية وتقابل ان يقول ما بالهم لا يحكمون قيمة المبيع اذا اختلف المتبايعان في الثمن لمعرفة من يشهد له الظاهر كما في النكاح فانه لا محظور فيه ويمكن ان يجاب عنه بان مهر المثل امر معلوم ثابت بيقين فجاز ان يكون حكما مخالفا للقيمة فانها يعلم بالحزر والظن فلا تفيد المعرفة فلا تجعل حكما انتهى واقول في جوابه بالحكم حيث جعل مهر المثل امرا معلوما ثابتا بيقين والقيمة امرا مظنونا غير مفيد للمعرفة والحال انهما ان كانا متفاوتين في المعرفة فمهر المثل اخفى من القيمة اذ قد تتسرى في باب المهر ان مهر المثل يعتبر بقرابة المرأة من قومها بها ويعتبر فيه التساوي بين المرأتين سنا وجمالا ومالا وعقلا ودينا وبلدا وعصرا وبكارة وثيابة ولا يخفى ان معرفة هذه الشرائط عسيرة جدا بخلاف القيمة اذ يكفي فيها نوع خبرة باحوال الاسعة كما لا يخفى فالصواب في الجواب ما ذكره صاحب النهاية والكفاية حيث قالا ما قلنا انتصار هناك بما يدعيه احدهما غير ممكن وان كانت القيمة مطابقة لما يدعيه احدهما لان القيمة لا يمكن اثباتها ثمنا بمطلق العقد ومهر المثل يمكن اثباته مهرا بمطلق العقد وهذا هو الفرق بينهما انتهى وقال صاحب النهاية الى هذا اشار في الفوائد الظهيرية ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسألة المتقدمة يعني انه يحكم مهر المثل اذا لا مس يشهد له فالقول له وان كان بينهما تجاحد فان والي الامام فخر الاسلام وهو تخريج الرازي واما على تخريج الكرخي فيتحالفان اولا كما تقدم كذا في النهاية الا ان قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها اي للمرأة قيمتها اي قيمة الجارية دون عينها لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد اي التراضي فوجبت القيمة اي قيمة الجارية وان اختلفا في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف رح معناه اختلفا في البدل اي في الاجرة او في المبدل اي المعقود عليه وهو المنفعة وهذا احتراز عن اختلافهما في الاصل فانه لا يجري فيه التحالف بينهما فيه بل القول قول من ينكر الزيادة كذا في النهاية ومعراج الدراية ثم ان الظاهر كان ان يريد المصنف رح على قول في البدل

الاوصاف

فتدبر

لان البقاء كالابتداء يمين على وفاق القياس على ما مر ولا يجاب قبل قبض للمنفعة وتظهر الثمرة قبل قبض المبيع وكذا قبل التمكن من المنفعة فان وقع الاختلاف في حق يمين المستاجر كان له منكرا يجب الاجر وان وقع في المنفعة يمين كل واحد منهما على صاحبه فان حلف المستاجر سقط الاجر وان حلف المؤجر وجب الاجر وان نكل لزمه دعوى صاحبه ويقام البينة قبلت ولو اقاما فبينة المؤاجر اولى ان كان الاختلاف في الاجر وان كان في المنافع فبينة المستاجر اولى وان كان في قدر فلكل واحد منهما ان يقيم البينة على ما يدعيه من الفضل لحوان يدعي هذا الشهر بعشرة والمستاجر شهرين بخمسة يقضي بشهر بن بعشرة

او المبدل او فيهما كما اراده صاحب الكافي لمبتدا اول الصور الثلث الآتية وكانه اراد بقوله منع استحلاف احتراز اعما ذكرناه انها لا تمنع الجميع فتنبه ولهما ايضا فتدبر لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس من حيث ان كل واحد من المتبايعين منكر لما يدعيه صاحبه فكان اليمين على من انكر على ما مر اي في اول هذا الباب والاجارة قبل قبض المنفعة بمنزلة البيع قبل قبض المبيع من حيث ان كل واحد منهما عقد معاوضة مالية الفسخ ليس فيه معنى التبرع وكلما قبل استيفاء المنفعة لان وضع مسئلتنا في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه لا الاختلاف في الاجارة قبل قبض المنفعة كالاختلاف في البيع قبل قبض المبيع فجرى التحالف هنا كما جرى ثمة فان قبل قيام المعقود عليه شرط التحالف والمنفعة معدومة فوجب ان لا يجري فيها التحالف قلنا في معدوم يجري التحالف كما في السلم وان اليمين المستاجرة اقيمت مقام المنفعة في حق ايراد العقد عليها فصارت كانها قائمة كذا ذكره الامام الزيلعي في التبيين فان وقع الاختلاف في الاجرة بدئ بيمين المستاجر لانه منكر لوجوب الاجرة اي لوجوب زيادة الاجرة على قدر المسمى قال صاحب النهاية اخذا من شرح تاج الشريعة فان قيل كان الواجب ان يبدا بيمين الآجر لتعجيل فائدة النكول فان تسليم المعقود عليه واجب اولا على الاجير ثم وجب الاجرة على المستاجر بعده اجيب بان الاجرة ان كانت مشروطة التعجيل فهو الاسبق انكارا فيبدا به وان لم تشترط لا يمتنع الاجر عن تسليم المبيع المستاجرة لان تسليمه لا يتوقف على قبض الاجرة فبقي انكار المستاجر لزيادة الاجرة فيحلف انتهى وقد افتى اثره الشارح العيني اقول في الجواب بحث من وجوه الاول الموجر ان لم يمتنع من تسليم العين المستاجرة بما ادعاه من الاجرة ولكن يمتنع من تسليمها بما اعترف به المستاجر منها فان تسليمه اياه وان لم يتوقف على قبض الاجرة الا انه يتوقف على تعيينها والا لم يكن للموجر منكر الوجوب تسليم المعقود عليه باحد البدلين المستاجر فيلزم ان لا يكون الاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وقد اخلف والثاني ان ما ذكره هنا منقوض بما اذا اختلف المتبايعان في المبيع دون الثمن فان المشتري هناك ايضا لا يمتنع من تسليم الثمن بنا على ان تسليمه لا يتوقف على قبض المبيع مع انه يبدا فيه بيمين المشتري كما يبدا بيمينه في صورة الاختلاف في الثمن لتعجيل فائدة النكول الثالث ان قوله فبقي انكار المستاجر لزيادة الاجرة فيحلف اي اراد به انه لا انكار للموجر اصلا كما هو المتبادر من العبارة فليس بصحيح اذ يلزم حينئذ ان لا يحلف الموجر اصلا فيختل وضع المسئلة لان وضعها في التحالف لا في حلف الواحد وان اراد به ان للموجر ايضا انكارا الا ان في انكار المستاجر ما يقتضي البدا بيمينه فهو اول المسئلة ولم يظهر بعد ثم ان تاج الشريعة اجاب بعد ايجاب المذكور بوجه آخر حيث قال ولان الاجارة اعتبرت بالبيع ومن شان القياس ان لا يغير حكم الاصل في الفرع اي بعد ما حكم الاصل بعينه وذلك فيما قلنا انتهى اقول وفيه ايضا بحث لان هذا منقوض بالصورة الثانية الآتية وهي ما اذا وقع الاختلاف في المنفعة فانه يبدا فيها بيمين الموجر فيلزم مما ذكر ان يغير فيها حكم النص وان لا يعدى حكم الاصل بعينه فان حكمه ان يبدا بيمين المشتري من غير فصل بين ان يقع الاختلاف في البدل وان يقع في المبدل على ما مر ثم ان التحقيق ان حكم النص مجرد ثبوت التحالف للمتعاقدين عند اختلافهما في العقد من غير تعيين من يبدا بيمينه عنهما وانما يستفاد ذلك من دليل آخر فلا يلزم تغيير النص في شئ من الصورتين ولا يتم الجواب

وان وقع اي الاختلاف في المنفعة بدا بيمين الموجر لانه منكر لزيادة المنفعة وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه لان نكوله بدل واقرار على ما مر وايهما اقام البينة قبلت لانه يثبت دعواه بالحجة ولو اقاما فبينة المؤاجر اولى ان كان الاختلاف في الاجرة لان بينته تثبت الزيادة حينئذ وان كان اي الاختلاف من المنافع فبينة المستاجر اي بينة المستاجر اولى لانها تثبت الزيادة حينئذ وان كان فيهما اي وان كان الاختلاف في الاجرة والمنافع معا قبلت بينة كل واحد فيما يدعيه من الفضل نحو ان يدعي هذا اي الموجر شهر العشرة والمستاجر شهرين بخمسة تقضي شهرين بعشرة لا يقال كان الاحسن ان يقدم ذكر احوال اقامة البينة على ذكر احوال اليمين والنكول لان المصير الى اليمين بعد العجز عن اقامة البينة والنكول فرع تكليف اليمين وقد عكس المصنف الامر لانا نقول العمدة في هذا الباب بيان امر التحالف وباقي الاقسام استطرادي فقدم الاهم في هذا المقام فكان صاحب العناية لهذه النكتة حيث غير اسلوب النص

قول وان اختلفا فيهما يتحالفان وكان القول قول المستاجر وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف ان ظاهر ان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وكذا على ما ذكره الطحاوي لان الهلاك وان لم يمنع عندهما لان القيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها او يوجب التحالف هنا وفسخ العقد لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد فلا يتصور بقاء العقد بعد هلاكها اذ لا معنى لبقاء العقد الا تقوم المنافع به كما مر بيانه وهو المستحق عليه كذا في الكافي فلا يتحالفان بعد استيفاء بعض المعقود عليه بخلاف ما اذا اختلفا قبل الاستيفاء حيث يتحالفان وفسخ العقد فيما بقي لان القول للمستاجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه كذا في الكافي واذا اختلفا بعد استيفاء المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول للمستاجر لان العقد بقي ساعة فساعة فيصير كل جزء من المنفعة كانه ابتداء العقد عليه بخلاف البيع لان العقد فيه ورد على العين فتعذر في البعض تعذر في الكل قال واذا تعذر رد المبيع بعد القبض فالبيع والجامع ان المؤيد لا يدوم ابدا وانما يدوم بقدر ما يمكن الانتفاع به وهو ثلاثة ايام او اكثر على ما عرف في موضعه بخلاف ما اذا تعذر رد المبيع قبل القبض فانه ينفسخ البيع والجامع ان المؤيد لا يدوم ابدا وانما يدوم بقدر ما يمكن الانتفاع به وهو ثلاثة ايام او اكثر على ما عرف في موضعه بخلاف ما اذا تعذر رد المبيع قبل القبض فانه ينفسخ البيع والجامع ان المؤيد لا يدوم ابدا وانما يدوم بقدر ما يمكن الانتفاع به وهو ثلاثة ايام او اكثر على ما عرف في موضعه

قال واذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح وقال الشافعي رح يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول ابي يوسف الاول رح لانه عقد معاوضة فيقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع ان المولى يدعي بدلا والعبد ينكره والعبد يدعي استحقاق العتق عليه اي على المولى عند اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا اي المتبايعان في الثمن ولابي حنيفة رح ان البدل اي بدل الكتابة مقابل بفك الحجر لان الكتابة عقد معاوضة وقد وجب بدل الكتابة على العبد فيجب ان يثبت للعبد ايضا شيء وما ذاك الا فك الحجر في حق اليد والتصرف للحال اللام في الحال متعلق بمقابل اي مقابل الحال وهو اي فك الحجر في حق اليد والتصرف سالم للعبد بالاتفاق العبد والمولى على ثبوت الكتابة وانما ينقلب البدل مقابلا بالعتق عند الاداء اي عند اداء المكاتب بدل الكتابة تمامه فقبله اي قبل الاداء لا مقابلة اي لا مقابلة بالعتق والا لعتق قبل الاداء وليس كذلك قلنا وكان هذا نظير اجارة الدار حيث جعلنا رقبة الدار في ابتداء العقد في الاجارة اصلا ثم تنتقل منها الى المنفعة وههنا جعلنا في الكتابة فك الحجر في حق اليد والتصرف اصلا في ابتداء العقد ثم عند الاداء جعلنا العتق اصلا وانتقل من فك الحجر الى العتق كذا في النهاية والكفاية فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير يعني اذا كان ما يقابل البدل في الحال سالما للعبد فقط فقد بقي امرها اختلافا في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان لان العبد لا يدعي شيئا على المولى بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه وان اقام احدهما بينة تقبل بينته لانه فوز دعواه بها وان اقاما البينة كانت بينة المولى اولى لانها تثبت الزيادة لانه اذا ادى قدر ما اقام البينة عليه يعتق لانه اثبت الحرية لنفسه عند اداء هذا القدر فوجب قبول بينته على ذلك فصار تقدير الكتابة على الف ودرهم على انه ان ادى خمسمائة يعتق ولا يمنع ان يكون عليه بدل الكتابة بعد الحرية كما ذكرناه وكما لو استحق بدل الكتابة فان الحرية لا تبطل بعد النزول ويجب عليه البدل كذا ذكره الامام الزيلعي في التبيين قال اي القدوري في مختصره واذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة

تقدم ذكر احوال اقامة البينة قال اي القدوري في مختصره وان اختلفا بعد الاستيفاء اي بعد استيفاء المعقود عليه تماما لم يتحالفا وكان القول قول المستاجر وهذا اي عدم التحالف ههنا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وقد هلك المعقود عليه ههنا بعد الاستيفاء لانه المنفعة وهي عرض والعرض لا يبقى زمانين وكذا على اصل محمد رح لان الهلاك انما لا يمنع عنده في المبيع لما ان له اي للمبيع قيمة تقوم مقامه لان العين مستقرة بنفسها وكانت القيمة قائمة مقامها فيتحالفان عليها اي فيتحالف المتعاقدان عنده على القيمة ولهذا جرى التحالف ههنا وفسخ العقد عنده على ان ظاهر مذهبه التحالف في الفسخ فلا قيمة اي للمعقود عليه لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد اي بل تتقوم بالعقد وبين ان لا عقد اي وبين بجلفها انه لا عقد بينهما لانفساخه من الاصل فظهر ان لا قيمة للمنفعة واذا كان كذلك كان المبيع غير قائم ولا الذي يقوم مقامه فلا يتحالف فالظاهر اذا ان القول للمستاجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه اي هو الذي استحق عليه ومتى وقع الاختلاف في الاستحقاق كان القول قول المستحق عليه كذا في الكافي واذا اختلفا بعد استيفاء المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قوله المستاجر هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليله لان العقد اي عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة فيصير اي العقد في كل جزء من المنفعة كانه ابتداء العقد عليها اي على كل جزء من المنفعة فصار ما بقي من المنافع كالمنفرد بالعقد وكان الاختلاف بالنسبة اليها قبل استيفاء المعقود عليه وفيه التحالف واما الماضي فالقول فيه قول المستاجر لان المنافع الماضية هالكة وكان الاختلاف بالنسبة اليها بعد الاستيفاء فلا تحالف فيه والقول قول المستاجر بالاتفاق كما مر آنفا بخلاف البيع لان العقد فيه ورد على واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل ضرورة قال اي القدوري في مختصره واذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح والقول للعبد مع يمينه كذا في الكافي وغيره وقال الشافعي رح يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول ابي يوسف الاول رح لانه عقد معاوضة فيقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع ان المولى يدعي بدلا والعبد ينكره والعبد يدعي استحقاق العتق عليه اي على المولى عند اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا اي المتبايعان في الثمن ولابي حنيفة رح ان البدل اي بدل الكتابة مقابل بفك الحجر لان الكتابة عقد معاوضة وقد وجب بدل الكتابة على العبد فيجب ان يثبت للعبد ايضا شيء وما ذاك الا فك الحجر في حق اليد والتصرف للحال اللام في الحال متعلق بمقابل اي مقابل الحال وهو اي فك الحجر في حق اليد والتصرف سالم للعبد بالاتفاق العبد والمولى على ثبوت الكتابة وانما ينقلب البدل مقابلا بالعتق عند الاداء اي عند اداء المكاتب بدل الكتابة تمامه فقبله اي قبل الاداء لا مقابلة اي لا مقابلة بالعتق والا لعتق قبل الاداء وليس كذلك قلنا وكان هذا نظير اجارة الدار حيث جعلنا رقبة الدار في ابتداء العقد في الاجارة اصلا ثم تنتقل منها الى المنفعة وههنا جعلنا في الكتابة فك الحجر في حق اليد والتصرف اصلا في ابتداء العقد ثم عند الاداء جعلنا العتق اصلا وانتقل من فك الحجر الى العتق كذا في النهاية والكفاية فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير يعني اذا كان ما يقابل البدل في الحال سالما للعبد فقط فقد بقي امرها اختلافا في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان لان العبد لا يدعي شيئا على المولى بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه وان اقام احدهما بينة تقبل بينته لانه فوز دعواه بها وان اقاما البينة كانت بينة المولى اولى لانها تثبت الزيادة لانه اذا ادى قدر ما اقام البينة عليه يعتق لانه اثبت الحرية لنفسه عند اداء هذا القدر فوجب قبول بينته على ذلك فصار تقدير الكتابة على الف ودرهم على انه ان ادى خمسمائة يعتق ولا يمنع ان يكون عليه بدل الكتابة بعد الحرية كما ذكرناه وكما لو استحق بدل الكتابة فان الحرية لا تبطل بعد النزول ويجب عليه البدل كذا ذكره الامام الزيلعي في التبيين قال اي القدوري في مختصره واذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل اي مع اليمين كذا في جانب المرأة كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الامام قاضيخان والامام التمرتاشي كالعمامة والقلنسوة والقباء والكمة والقوس

لان الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية لشهادة الظاهر لها وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل لان المرأة وما في يد ما في يد زوجها والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما لو تهاترت بينتاهما لان يعارضه ظاهر اقوى منه ولا فرق بين ما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح وبعد ما وقعت الفرقة فان مات احدهما واختلف ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما لان اليد الحي دون الميت وبهذا ذكر انه قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها لان الظاهر انها تاتي بالجهاز وهذا اقوى فيبطل به ظاهر يد الزوج ثم في الباقي معارض لظاهر فيعتبر الطلاق والموت سواء لقيام البينة مقام ورثتهم وقال محمد رح ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما فهو للرجل او ورثته لما قلناه لابي حنيفة رح والطلاق والموت سواء لقيام الورث مقام المورث وان كان احدهما اولى كان لذي اليد الحرة اقوى وللحي بعد الممات

والدرع والمنطقة ونحوها لان الظاهر شاهد له وفي الدعاوى القول قول من يشهد له الظاهر وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية والدرع والخمار والملحفة والملاءة ونحوها لشهادة الظاهر لها قال الامام التمرتاشي الا اذا كان الرجل صانعا وله اساور وخواتيم النساء والحلي والخلخال واشتال ذلك فحينئذ لا يكون مثل هذه الاشياء لها وكذلك اذا كانت المرأة متبع ثياب الرجال كذا في الشروح وما يصلح لهما كالآنية والذهب والفضة والاسلحة والعقار ونحوها فهو للرجل لان المرأة وما في يد ما في يد زوجها لانه قوام عليها والسكنى تضاف اليه والقول في الدعاوى لصاحب اليد الا يرى انه اذا تنازع اثنان في شيء وهو في يد احدهما كان القول قوله كذا هنا بخلاف ما يحتمل بهما اي بالنساء لانه يعارضه اي يعارض ظاهر الزوج باليد ظاهر اقوى منه وهو يد الاختصاص بالاستعمال فجعلنا القول قولها كرجلين اختلفا في ثوب احدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فان اللابس اولى كذا في الكافي وغيره قال صاحب العناية ويندفع بهذا ما اذا اختلف العطار والاسكافة في آلات الاساكفة والعطارين وهي في ايديهما فانها تكون بينهما نصفين عندنا ولم يترجح بالاختصاص لان المراد به ما هو بالاستعمال ولم تشاهد استعمال الاساكفة والعطارين وشاهدنا كون هذه الآلات في ايديهما على السواء فجعلناها نصفين انتهى اقول فيه كلام وهو ان مقتضى هذا الفرق لزوم كون استعمال الزوج او المرأة مشاهدا فيما نحن فيه مع ان الظاهر ما ذكر في هذا الكتاب وفي سائر المعتبرات ان مجرد الصلاحية لاحدهما كاف في الترجيح وان لم يشاهد استعماله ولا فرق بين ما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعد ما وقعت الفرقة اي لا فرق بينهما فيما من الجواب ثم ان ما ذكر حكم الاختلاف قبل موت احدهما فان مات احدهما واختلف ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما ايهما كان لان اليد للحي دون الميت اي لا يد للميت وهذا الذي ذكرنا يعني من حيث الجملة لا من حيث التفصيل قول ابي حنيفة رح لان المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة فان كون ما يصلح للرجال فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمرأة بالاجماع فلا اختصاص لذلك كذا في العناية وقال ابو يوسف رح يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها وهذا الذي ذكره ابو يوسف رح في المشكل واما فيما يختص بكل واحد من الزوجين فقوله كقولهما من غير اعتبار جهاز مثلها هكذا ذكر في المبسوط وشروح الجامع الصغير وفي لفظ الكتاب نوع تخليط حيث لم يذكر قول ابي يوسف رح هذا فيما ذكر قولها في المشكل وكان من حقه ان يقول وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل وقال ابو يوسف رح يدفع للمرأة ما يجهز به مثلها كذا في النهاية ومعراج الدراية والباقي اي من المشكل للزوج مع يمينه لان الظاهر ان المرأة تاتي بالجهاز تعليل لقوله يدفع المرأة ما يجهز به مثلها وهذا اقوى اي هذا الظاهر وهو ان المرأة تاتي بالجهاز ظاهر اقوى لجريان العادة بذلك فيبطل به ظاهر اليد الزوج وهو يده ثم في الباقي اي المتعارض لظاهره اي لظاهر الزوج فيه وقوله ثم في الباقي الى هنا تعليل لقوله والباقي للزوج مع يمينه والطلاق والموت سواء اي عند ابي يوسف رح لقيام الورثة مقام المورث وقال محمد رح ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما كان لهما فهو للرجل اي ان كان حيا او لورثته ان كان ميتا لما قلنا لابي حنيفة رح من الدليل وهو ان المرأة وما في يدها في يد زوجها والقول لصاحب اليد وهذا بالنسبة الى الحيوة واما بالنسبة الى الممات فقوله والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث وذكر في الفوائد محمد رح يقول ورثة الزوج يقومون مقام الزوج لانهم خلفاء وفي ماله فكما ان في المشكل القول قوله في حيوته فكذلك بعد مماته كان القول قول ورثته وابو حنيفة رح يقول يد الباقي منهما الى الممات اسبق لان الوارث انما ثبت يده بعد موت المورث وكما يقع الترجيح فيما نحن فيه بقوة اليد نظرا الى صلاحية الاستعمال فكذا يقع الترجيح بسبق اليد ولان يد الباقي منهما يد نفسه ويد الوارث خلف عن يد المورث فهذا نوع من الترجيح فكان المشكل للباقي منهما كذا في النهاية ومعراج الدراية وان كان احدهما اي احد الزوجين مملوكا اي سواء كان مجورا او ماذونا له او مكاتبا فالمتاع للحر في حالة الحيوة لان الحر اقوى لكون اليد يد نفسه من كل وجه ويد المملوك لغيره من وجه وهو المولى او الآذن او لان المملوك لا يملك شيئا فالمتاع في الحرين فما يصلح للرجال فهو للرجل لقوة يده فيه وما يصلح للنساء فهو للمرأة لذلك كذا في العناية وللحي بعد الممات اي والمتاع للحي

بعد الممات لانه يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض هذا عند ابي حنيفة رح وقالا الصبي المأذون له في التجارة والمكاتب منزلة الكبار لهما يد معتبرة في الخصومة فهي ما يكون خصما واذا قال المدعي عليه هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب او رهنيه عندي او غصبتنيه منذ كذا واقام البينة على ذلك فالخصومة بينه وبين المدعي وكذا الطفل اذا قال اودعنيه واقام البينة لانه اثبت بالبينة ان يده ليست بيد خصومة وقال ابن سلمة لا خصومة بينهما لانه لا فائدة في اثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه قلنا مقتضى البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعي وهو خصم فيه فيثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة واقامتها البينة على الطلاق كما بينا من قبل ولا يشكل فعلى هذا لو اقام ذو اليد البينة كما قال ابن ابي ليلى كان له ما ادعاه بظاهر يده فهو باقراره يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق كما اذا ادعى تحويل الدين عن ذمته الى ذمة غيره

بعد الممات في الشيء الذي بيده بعد الممات كذا وقع في عامة شروح الجامع الصغير قال الامام فخر الاسلام وشمس الائمة والمذكور بعد الممات ثم قال شمس الائمة وقع في بعض نسخ الجامع منها وهو سهو كذا في المسوط وانما المذكور في عامة الشروح واستدل عليه بقوله لانه لا يد للميت فخلت يده عن المعارض فكان المتاع له وهذا اي ما ذكرنا من جواب المسئلة فاصل بين العبد المحجور والعبد المأذون والمكاتب عند ابي حنيفة رح وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان الحجر لهما معتبر في الخصومة والمدبر والمعتق بعضه بمنزلة المكاتب في شيء هو في يده يقضى به بينه لانه لا يد لاحد فيما في يد المدبر ولو كان في يد ثالث واقام البينة استويا فيه فلما لا يترجح الحر بالحرية على ما مر في الخصومات فكذا في متاع البيت والجواب ان اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه والحر في السكنى اصل والمملوك فالمعارض تبعا كذا في العناية

فصل فيما لا يكون خصما ومن يكون خصما شرع في بيان من لا يكون خصما لمناسبة الخصومة بما تقدم والاول يكون ذكره والعودة في المقام لان الكتاب الدعوى وهي اجابة عن الخصومة وانما ذكر الثاني فليتضح به الاول اذ الاشياء تتبين باضدادها فان قيل الفصل مشتمل على ذكر من يكون خصما ايضا فلم لم تعكس قلنا لعم من حيث الفرق لا من حيث القصد الاصلي وان قال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب او رهنيه عندي او غصبتنيه منذ كذا واقام بينة على ذلك فالخصومة بينه وبين المدعي هذا لفظ القدوري يعني اذا ادعى رجل عينا في يد رجل انه لكه فقال المدعى عليه الذي هو ذو اليد هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب او رهنيه عندي او غصبتنيه منذ كذا واقام على ذلك بينة فالخصومة بينه وبين المدعي قال المرغيناني وكذا اذا قال اجرنيه فلان او اعارنيه وكذا اذا قال المدعى عليه اجرنيه او اعارنيه فلان الغائب واقام على ذلك بينة فالخصومة بينه وبين المدعي ايضا وقال في النهاية وكذا اذا قال المدعى عليه اداعا عندي او اوما شبه ذلك كذا في الذخيرة انتهى لانه اثبت بالبينة ان يده ليست يد خصومة لتعلق جميع المسائل المذكورة يعني ان المدعى عليه اثبت بينته ان يده ليست بيد خصومة وكل من كان كذلك فهو ليس بخصم قال الامام الزيلعي في التبيين بعد ذكر هذا الدليل هو ما اذا اقر المدعي بذلك او اثبت ذو اليد اقراره به ثم قال والشرط اثبات يده الاشياء دون الملك حتى لو شهدوا بالملك للغائب دون يده الاشياء لم تندفع الخصومة وبالعكس بخلافه انتهى وقال ابن سلمة لا تندفع الخصومة لان البينة على ما قال لا تعدو اثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه اي عن الغائب لان الغائب لم يوكله باثبات الملك له يعني ان ذا اليد اثبت بينته الملك للغائب واثبات الملك للغائب دون خصم عنه متعذر اذ الولاية لاحد في اثبات الشيء في ملك غيره بلا رضاه ودفع الخصومة بناء عليه اي على اثبات الملك للغائب والبناء على المتعذر متعذر قلنا اي في الجواب عما قاله ابن سلمة في البينة شيئان احدهما ثبوت الملك للغائب والاخر لم يثبت فيه فلم يثبت وثانيهما دفع خصومة المدعي وهو اي المدعى عليه خصم فيه فيثبت اي ثبت فيه دفع الخصومة في حقه وبناء الثاني على الاول ممنوع لانكاره عنه وقد اشار اليه بقوله وهو كالوكيل بنقل المرأة اي الى زوجها واقامتها عطف على الوكيل اي واقامة المرأة البينة على الطلاق يعني ان ما نحن فيه نظير ما اذا وكل رجلا وكيلا بنقل امرأته اليه فاقامت المرأة بينة ان الزوج طلقها فان بينتها تقبل لتصير الوكيل خصما ولا تقبل في وقوع الطلاق بالم يحضر الغائب كما بيناه من قبل اي في باب الوكالة بالخصومة والقبض فكذا فيما نحن فيه تقبل البينة لدفع خصومة المدعي عن المدعى عليه ولا تقبل في اثبات الملك للغائب وهذا لان مقصود المدعي عليه باقامة البينة ليس باثبات الملك للغائب انما مقصوده انما اثبات ان يده يد خصومة وفي هذا المدعي خصم فيجعل اثباته عليه بمنزلة اقراره له بالملك واندفع اي الخصومة بدون اقامة البينة كما قال ابن ابي ليلى فانه قال ما ذكرناه انما يجب اظهار المدعي عليه يده دون اقامة البينة ووجه قوله ان ذا اليد اقر بالملك لغيره والاقرار يوجب الحق بنفسه لخلوه عن التهمة فتقبل بينته لاثبات ما اقر به ووجه الجواب عنه ما ذكره المصنف بقوله لانه اي ذا اليد صار خصما بظاهر يده ولهذا كان للقاضي احضاره وتكليفه بالجواب فهو باقراره يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه فهو متهم في اقراره فلا يصدق الا بحجة كما اذا ادعى تحويل الدين من ذمته الى ذمة غيره بالحوالة فانه لا يصدق هناك فكذا هنا لانا

قول ابو يوسف رح خبر كان ترجيحا بالكثرة وان كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لان المحتال من الناس قد يقر بمال فاسد لغريم ويشهد عليه شهود فيتهم الا بعد حين فجوز ان يكون اقراره لاجل ما ذكرنا وقول الشهود وهو عند رجل لا تعرفه كاشد فلم تندفع عنه الخصومة الا ان يكون امره عنده كما هو عند الناس في معبر يمكن الوقوف من جهته على حاله بسبب كالجرح والتعديل

يلزم اثبات اقرار نفسه بينه وهو غير معهود في الشرع لانا نقول البينة لاثبات اليد الحافظة التي انكر بالمدعي لا لاثبات الاقرار كذا في العناية واستشكل بعض الفضلاء قوله في السؤال وهو غير معهود في الشرع حيث قال قد سبق في اول كتاب الدعوى ان اليد لا يثبت في العقار الا بالبينة ولا يعتبر اقرار المدعى عليه باليد انتهى اقول هذا ليس بشئ اذ ليس مراد صاحب العناية ان عدم اعتبار اقرار المدعى عليه لم يعهد في الشرع كيف لا يخفى على مثله ان عدم اعتبار ذلك كثير في المسائل الشرعية لعل شيئا كعدم اعتبار اقرار المريض للوارث وعدم اعتبار اقراره بعين في يده لآخر في حق غرماء الصحة كعدم اعتبار اقرار الرجل بنسب من غير الوالدين كالاخ والعم وكعدم اعتبار اقرار المرأة بالولد ايضا الى غير ذلك وانما مراده ان اثبات اقرار نفسه بالبينة لم يعهد في الشرع وليس فيما ذكر من عهدته دعوى العقار اثبات اقرار نفسه بالبينة لان اثبات اليد بالبينة في دعوى العقار انما يجب على المدعي لا على المدعى عليه الذي هو المقر وقال ابو يوسف رح ان كان الرجل معروفا بالحيل فجوابي في هذه المسألة كما قدمناه اي يندفع عنه الخصومة باقامة البينة وان كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة وان اقام البينة كما قال ابن شبرمة لان المحتال هو الذي يأخذ مال الناس فيدفع الى غيره ثم يسافر اليه ويودعه اياه ويشهد عليه الشهود علانية فيحتال لابطال حق غيره اي يكون مقصوده من ذلك الاضرار بالمدعي ليتعذر عليه اثبات حقه بالبينة فاذا اتهمه القاضي به اي بالاحتيال لا يقبله اي لا يقبل ما منعه قال شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه ما ذهب اليه ابو يوسف رح استحسان ذهب اليه بعد ما ابتلي بالقضاء ما رأى قضاء فوقف على احوال الناس مما لم يعرفه غيره وما قالاه قياس لان البينات حجج متى قامت يجب العمل بها ولا يجوز ابطالها بمجرد الوهم كذا في غاية البيان واعلم ان هذا الاختلاف انما يكون اذا كانت العين قائمة في يد المدعى عليه واليه اشار بقوله هذا الشئ او وديعة فان الاشارة اليه لا يكون الا الى موجود في الخارج واما اذا هلكت فلا يندفع الخصومة وان اقام البينة لانه اذا كانت قائمة قد وليه ينتصب خصما باظهار اليد لانه دليل الملك لانه يحتمل غيره فيندفع عنه الخصومة بالحجة الى المحتمل واما اذا هلكت فالدعوى تقع في الدين ومحله الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصما للمدعي بذمته وبما اقام المدعى عليه من البينة على ان العين كانت في يده وديعة لا يتبين ان ذمته كانت لغيره فلا تحول عنه الخصومة كذا في العناية وكثير من الشروح ثم ان الذي ذكر في الكتاب اذا قال الشهود اودعه رجل نعرفه باسمه ونسبه وجهه ولو قال الشهود اودعه رجل لا نعرفه اي اصلا لا باسمه ولا بنسبه ولا بوجهه لا يندفع الخصومة اي بالاجماع كذا في الكافي والشروح والظاهر ان مراده بالاجماع ههنا اجماع اصحابنا الثلاثة او اجماع ما عدا ابن ابي ليلى فان شهادة الشهود ليست بشرط عنده في اندفاع الخصومة كما مر قال المصنف في تعليل المسألة لاحتمال ان يكون المودع هو هذا المدعي حيث لم يعرفوه ولانه اي ذا اليد ما احاله اي ما احال المدعي الى معين يمكن للمدعي اتباعه فلو اندفعت اي الخصومة لتضرر بالمدعي اقول في تعليله الثاني قصور اما من حيث اللفظ فلانه اضمر فيه المدعي اولا حيث قال ما احاله واظهره ثانيا حيث قال يمكن للمدعي اتباعه ولا يخفى على من له معرفة باساليب الكلام سماجة ذلك وكون الوجه اما العكس واما الاضمار في المقامين واما من حيث المعنى فلانه جعله دليلا مستقلا على المسألة الاجماعية مع انه منتقض على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله بالمسألة الآتية وهي ما لو قال الشهود تعرفه بوجهه لا تعرفه باسمه ونسبه فان الحكم المذكور يتخلف عنه هناك كما سيجئ وكان الامام الزيلعي بنى عليه لهذا فجعل الدليلين دليلا واحدا حيث قال في تعليل هذه المسألة في التبيين لانهم ما احالوا المدعي على رجل معروف يمكن متابعته وتعليل المدعي هو ذلك الرجل فلو اندفعت بطل حقه انتهى ثم ان الظاهر كان ان يقول المصنف ايضا لانهم ما احالوه بدل قوله لانه ما احاله لان المسألة في ان لا يعرفه الشهود لا في ان لا يعرفه ذو اليد كما لا يخفى وتوجيه ما قاله المصنف ان شهادة الشهود لما كانت لاجل ذي اليد نسب جاهلهم اليه ويحتمل ان يكون الضمير البارز في قوله لانه والضمير في قوله ما احاله راجعين الى الشهود بتأويل من يسمى ولو قالوا الى الشهود تعرف ذا الرجل الذي اودعه بوجهه ولا تعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب اي جواب المسألة عند محمد رح للوجه الثاني وهو قوله ولانه ما احاله على امر يعسر الخ فصار بمنزلة ما لو قالوا اودعه رجل لا تعرفه وهذا لان المعرفة بالوجه ليست بمعرفة على ما روي عن

وعند ابي حنيفة رح تندفع لانه اثبت ببينته ان العين وصل اليه من جهة غيره حيث عرفه بالشهود بوجه بخلاف الفصل الاول لانه لم يكن بيده خصومة بل المقصود
والمدعى هو الذي احضره حيث نسي خصمه او اضره شهوده دون المدعى عليه وهذه المسئلة مخصصة كتاب الدعوى فذكرنا الاقوال الخمسة ثم قال ابتعته من فلان
او وهبه لي فاحضره فخصمه

باب ما يدعيه الرجلان

فان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما يحتمل الوجود بان يعتمد احدهما سبب الملك والآخر اليد فتصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما امكن وقد امكن بالتنصيف اذ المحل يقبله وانما يضاف لاستوائهما في سبب الاستحقاق

تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمار فكذلك تعيين المستحق بخلاف قسمة المال المشترك لان القاضي هناك ولاية التعيين من غير قرعة وانما يقرع تطييبا للقلوب وفيما نحن فيه السبيل عن نفسه فلا يكون ذلك في معنى القمار كذا في الكافي وسائر الشروح ولان المطلق بكسر اللام اي المجوز للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بفتح الميم بان يعتمد احدهما سبب الملك كالشراء والآخر اليد فصحت الشهادتان قال صاحب العناية في حل هذا المقام ولا نم كذب احدهما بيقين لان المطلق الشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود فان صحة اداء الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقة لان ذلك غيب لا يطلع عليه العباد فجاز ان يكون احدهما اعتمد سبب الملك بان اذا اشترى فشهد على ذلك والآخر اعتمد اليد فشهد على ذلك فكانت الشهادتان صحيحتين انتهى اقول الظاهر من تقريره انه قد حمل قول المصنف ولان المطلق للشهادة الخ على منع قول الشافعي رح ان احدى البينتين كاذبة بيقين غير دعليه انه لا مجال لمنع ذلك على ما ذهب اليه جمهور المحققين من ان معنى صدق الخبر مطابقته للواقع ومعنى كذبه عدم مطابقته لان استحالة اجتماع المتضادين في كل العين في حالة واحدة ضرورية فكذب احدهما اي عدم مطابقتهما للواقع متعين بلا ريب وما ذكره في معرض السند للمنع لا يجدي طائلا في دفع هذا كما لا يخفى والوجه عندي ان لا يكون مراد المصنف بقوله المذكور منع قول الشافعي رح ذلك بل ان يكون مراده به القول بالموجب اي اثبات مدعاه مع التزام ما قاله الخصم وتقريره ان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما تحتمل الوجود بان يعتمد احدهما سبب الملك والآخر اليد وكل شهادة لها مطلق كذلك فهي صحيحة سواء طابقت الواقع او لم تطابقه لان صحة الشهادة لا يعتمد تحقق المشهود به في الواقع فان ذلك غيب لا يطلع عليه العباد بل انما تعتمد ظاهر الحال فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما امكن لان البينات حجج الله تعالى والعمل بهما واجب بما امكن وقد امكن ههنا بالتنصيف اذ المحل يقبله اي يقبل التنصيف وانما يضاف لاستوائهما اي لاستوار المدعيين في الاستوار والاستحقاق وهو الشهادة فحاصل كلام المصنف ههنا على ما وجهناه ان مدار العمل بالشهادة صحتها لا صدقها فانه مما لا يطلع عليه العباد وان وجه صحتها اما ذكر يشد اليه اذ قال في التفريع فصحت الشهادتان ولم تقل فصدقت الشهادتان ثم ان بعض الفضلاء اعترض على قول صاحب العناية ولا نم كذب احدهما بيقين واجاب عنه حيث قال فيه بحث فان الكذب هو عدم مطابقة الحكم للواقع وعدم مطابقة كلام احدهما لنفس الامر من اجلى الواضحات فكيف يمنع وليس فيما ذكره في معرض السند ما يدفع ذلك كما لا يخفى والجواب ان المانع عن قبول الشهادة وبوكذبها ههنا وهو منقود شرعا والالزام اجتماع اطلاق الشهادة وتكذيبها شرعا فالذي لا يسلمه الشارح هو الكذب الشرعي فليتامل انتهى اقول في الجواب بحث اذ الظاهر ان مراده بتكذيبها شرعا عدم مطابقتهما للاعتقاد لانه هو الذي يمكن ان يراد بلفظ الكذب ههنا بعد ان لا يكون المراد به عدم مطابقة الحكم للواقع ولكنه ليس بوجيه لان كون صدق الخبر مطابقته للاعتقاد والخبر وكذبه عدم مطابقته للاعتقاد هو مذهب النظام ومن تابعه وقد ابطله المحققون باجماع المسلمين على تصادق اليهودي في قوله لا اسلام حق مع مخالفته لاعتقاده وتكذيبه في قوله لا اسلام باطل مع مطابقته لاعتقاده فكيف يحمل الكذب الشرعي على مثل هذا المذهب الباطل ويجعل معنى الاستدلال الامتناع في هذه المسئلة وايضا لو لم يكن الكذب الشرعي عدم المطابقة للواقع بل كان عدم المطابقة للاعتقاد لما كان لاحد ان يرد في قواعد الشرع من انه تعارض الكذبين ولم يتعقد معنى ان الكذب بمعنى عدم المطابقة للاعتقاد لا يتصور بدون التعمد وايضا لا يندفع ما قاله الشافعي رح بمنع كذب احدى البينتين بيقين بمعنى عدم المطابقة للاعتقاد اذ لا يخفى ان كذب احدهما بيقين بمعنى عدم المطابقة للواقع فان التزم جواز العمل بهما عند تعين عدم مطابقة احدهما للواقع فلم يلتزم جواز العمل بهما عند تعين كذب احدهما بمعنى عدم المطابقة للواقع والفرق بمجرد الاطلاق لفظ الكذب عدم الاطلاق لا يؤثر في تحقيق معنى المسئلة فانحصر الجواب في ان يترك القول المعول عليه في الصدق والكذب ثم ان قوله الا ترى اجتماع اطلاق الشهادة وتكذيبها مشعر بان مراده انه يلزم اجتماع اطلاق كل واحدة من الشهادتين وتكذيبها بعينها مسموع وليس كذلك بل انما يلزم اجتماع اطلاق كل واحدة منهما وتكذيب احدهما لا بعينها فمسلم لكن لا نم المحذور فيه اذ الكذب بالنسبة الى كل واحدة منهما بعينها كان محتملا لاحتمال ان يكون الكذب في الاخرى

قال فان اقر كل واحد منهما انكح امرأته واقام بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لان العمل لا يقبل الاشتراك قال ويجعل كانهما لم يقيما بينة لان انكار كل واحد منهما يمين وبالبينة لا يستحق اليمين فيتساقطان ويجعل كانهما لم يقيما بينة اصلا ويجعل كانهما اقرا بالنكاح ابتداء ثم تصادقا على الزوجين وعقدهما يوم يؤرخ البينتان فان لم يؤرخا وقتا فصاحب الوقت الاول اولى وان اقرت لاحدهما قبل اقامة بينة في امرأة متصلة تعالى ان اقام الآخر بينة قضى بها لان البينة اقوى من الاقرار

اي مختلفة فان اتفق كل واحد منهما اي من الرجلين نكاح امرأة واقاما بينة لم تقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لان العمل لا يقبل الاشتراك ويرجع الى التصادق المرأة لاحدهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين وحكى عن كرم الاسلام علي السغدي انه لا يترجح احدهما الا باحدى معان ثلث احدها اقرار المرأة والثانية كونها في يد احدهما والثالثة دخول احدهما بها الا ان الآخر يقيم البينة ان نكاحه سبق كذا في الشروح فتلخص عن الخلاصة قال المصنف وهذا اي الحكم المذكور اذا لم توقت البينتان واما اذا وقتا فصاحب الوقت الاول اولى لما فيه من زيادة الاثبات كذا في الكافي قال صاحب العناية ولقائل ان يقول قول صاحب الوقت الاول اولى ليس بجلي لانه انما يكون اولى اذا كان الثاني بعده بمدة لا تحتمل انقضاء العدة فيها اما اذا احتملت ذلك فيتساويان لجواز ان الاول طلقها تزوج بها الثاني والجواب ان ذلك انما يعتبر اذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الاول وليس الكلام في ذلك الينا فذكرنا ان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا تقدم الاول حكمنا به فكذا اذا ثبت بالبينة انتهى اقول في الجواب الاول نظر لانه اذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الاول اقيم البينة عليها كان حاصلا الوقت الثاني اولى قطعا وليس مدار السوال على دعوى اولوية الثاني بل على منع اولوية الاول وهذا الذي لا يتوقف على كون دعوى النكاح بعد طلاق الاول بل يجري فيما اذا كان دعوى النكاح مطلقا اي من غير تقييد بكونه بعد طلاق الاول فيما اذا احتملت المدة التي بين الوقتين انقضاء العدة بجواز ان الاول طلقها وانقضت عدتها تزوج بها الثاني كما ذكر في السوال فلم تثبت الاولوية في الاول مطلقا واما الجواب الثاني فهو ان كان صحيحا في نفسه الا ان فيه تبعا يحتاج الى بيان لمتبوعه الحكم بالاول فيما ذكرنا يتقدمه ايضا مع الاحتمال المذكور فالاحسن ههنا ما ذكره تاج الشريعة حيث قال فان قالت اكن اجعل التقييد بالطلاق قلت لا يمكن لان النكاح الثاني يحتمل ان يكون بعد الطلاق ويحتمل ان يكون مع بقاء الطلاق فلا يبطل النكاح الثابت للاول بالشك لا يقال يحمل امره على الصلاح لان هذا انما يعتبر في الدفع لا في ابطال حق الغير وههنا الحاجة الى الابطال انتهى وان اقرت لاحدهما قبل اقامة البينة فهي امرأته لتصادقهما فان اقام الآخر البينة قضى بها لان البينة اقوى من الاقرار اذ البينة حجة متعدية والاقرار حجة قاصرة وذكر في نكاح المبسوط ولو تنازع رجلان في امرأة كل واحد منهما يدعي انها امرأته ويقيم البينة فان كانت في بيت احدهما او كان دخل بها فهي امرأته لان البينة ذات تعارضتا على العقد ترجح احدهما بالقبض كما لو ادعى رجلان ملكا في يد ثالث بالشراء واحدهما قابض وقاما البينة كانت بينة صاحب اليد اولى ولان فعل المسلم محمول على الصحة والحل ما امكن والامكان ثابت ههنا بان يجعل نكاح الذي دخل بها ثانيا حين دخل بها لان تمكنه من الدخول بها او من نقلها الى بيته دليل سبق عقده ودليل التاريخ كالتصريح بالتاريخ الا ان يقيم الآخر البينة انه تزوجها قبل فحينئذ تسقط اعتبار الدليل في مقابلة التصريح بالسبق وان لم تكن في يد احدهما فايهما اقام البينة انه اول فهو احق بها لان شهود السبق التاريخ في عقده واثبات البينة كاثبات بالمعاينة او باقرار الخصم وان لم يكن لهما على ذلك بينة فايهما اقرت المرأة انه تزوجها قبله او انه تزوجها دون الآخر في امرأته اما لان بينته ترجح باقرارها كما بينا وفي جانب الزوج اولان البينتين لما تعارضتا وتعذر العمل بهما بقي تصادق احد الزوجين مع المرأة على النكاح فيثبت النكاح بينهما يتصادقهما كذا في النهاية وانت تعلم ان هذا بمنزلة الشرح لما في الكتاب انه نظير منه ان قول القدوري فان ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة فاقاما بينة لم تقض بواحدة من البينتين فيما اذا لم يكن المرأة في بيت احدهما ولم يكن احدهما دخل بها واعلم ان هذا كله اذا كان التنازع حال حيوة المرأة واما اذا كان بعد وفاتها فهو على وجوه ولا يعتبر فيها الاقرار واليد فان ارخا وتاريخ احدهما اسبق يقضى بالنكاح والميراث له ويجب عليه تمام المهر وان لم يؤرخا او ارخا على السواء فانه يقضى بالنكاح بينهما ويجب على كل احد من الزوجين نصف المهر ويرثان منهما ميراث زوج واحد فرق بين الدعوى حالة الحيوة وبين الدعوى حالة الوفاة والفرق ان المقصود في حال الحيوة هي المرأة وهي لا تصلح الشركة بينهما والمقصود بعد الوفاة هو الميراث وهو مال فيقبل الشركة فان جاءت بولد يثبت النسب

ولو نفرد احدهما بالدعوى والمرأة تجحد فاقام البينة وقضى بها القاضي ثم ادعى آخر واقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها لان القضاء الاول اقدم فلا ينقض بمثله بل هو مثله بل هو دونه لان يوقت شهوده الثاني سابقا لانه ظهر الخطأ في الاول بتبين ان المرأة كانت زوجة بيد الزوج ونكاحه ظاهر لا يقبل بينة الخارج الا على وجه السبب قال ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد بعينه من صاحب اليد وأقاما بينة فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك لان الثابت يتنصف بينهما نصفين لاستوائهما في السبب فصار كالنصفين لو ابتاع كل واحد منهما من رجل واجاز المالك البيعين بخلاف ما لو اجاز كل واحد منهما لانه تغير عليه شرط عقده فلعل رغبته في تملك الكل تزيد ويأخذ كل الثمن لو اراد

من الابيض وجه شائع لان بين كل واحد منهما ميراث ابن كامل لان البنوة لا تتجزى كذا في غاية البيان نقلا عن الفصول وفي الفصول نقلا عن المحيط ولو نفرد احدهما بالدعوى يعني ان الذي ذكر من قبل فيما اذا ادعيا معا ولو نفرد احدهما بالدعوى والمرأة تجحد فاقام البينة وقضى بها القاضي ثم ادعى آخر واقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بذلك اي بما ادعاه الثاني لان القضاء الاول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه اي لا ينقض القضاء بالبينة الثانية التي هي مثل الاولى بل دونها لان الاولى تأكدت بالقضاء وهذا لان في القضاء لا ينقض المثل بالمثل وهذا لا يعدم الرأي الرأي كذا في غاية البيان الا ان بوقت شهوده الثاني سابقا اي وقتا سابقا فانه يقضي حينئذ بما ادعاه الثاني لانه ظهر الخطأ في الاول بتبين حيث ظهر انه تزوج منكوحة الغير اقول في قول المصنف وبتبين تسامح لان البينات من الظنيات لا من اليقينيات على ما صرحوا به ولعل صاحب الكافي ثبته به حيث ترك لفظ بتبين في تحريره وكذا اذا كانت المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهرا لا تقبل بينة الخارج الا على وجه السبق قدم بيان ذلك مسألة على الوجه الاتم فيما ذكرناه من قبل عن المبسوط قال اي القدوري في مختصره ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد قال المصنف معناه اي معنى قوله من صاحب اليد وانما قيد به لان كل واحد منهما لو ادعى الشراء من غير صاحب اليد فهو لا يخلو اما ان ادعيا الشراء من واحد او اثنين فالحكم على التفصيل سيجيء بعد هذا في الكتاب كذا في النهاية وغيرها ثم ان تمام قول القدوري واقام بينة اي اقام كل واحد منهما بينة على ما ادعاه حمل صاحب الغاية هذا القول على ما اذا قاما بها من غير توقيت حيث قال في شرح المقام واقاما على ذلك بينة من غير توقيت فكأنه اخذ ذلك من تصريح صاحب الكافي ههنا حيث قال ولم توقت واحد من البينتين وقتا واقول الاولى تعميمه لما لم يوقتا ولما وقتا ووقتهما على السواء لان حكمهما في الصورتين سواء على ما صرح به في مبسوط شيخ الاسلام والذخيرة وفتاوى قاضيخان وسائر المعتبرات ولفظ الكتاب مساعد للتعميم لهما ولو لم يعمم لزم ان يكون صورة ما وقتا ووقتهما على السواء متروكة في الكتاب بالكلية من بين اقسام هذه المسألة العدم دخولها في الصور الآتية المنشعبة من هذه المسألة ولا يخفى بعد ذلك فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك قال المصنف لانه تغير عليه شرط عقده وهو رضاه لانه ما رضي بالعقد الا ليسلم له كل المبيع فاذا لم يسلم انتقل رضاه فتفرق الصفقة تعاينه كذا في معراج الدراية اخذا من الكافي وفسر صاحب الغاية شرط عقده باتحاد الصفقة حيث قال لان شرط العقد الذي يدعيه وهو اتحاد الصفقة قد تغير عليه فلعل رغبته في تملك الكل لم تحصل فيرده ويأخذ كل الثمن قال بعض الفضلاء رد على صاحب الغاية الظاهر ان المراد من شرط العقد هو الرضا وقد تغير عليه لانه ما رضي بالعقد الا ليسلم له كل المبيع واذا لم يسلم انتفى رضاه بتفرق الصفقة كما صرح به العلامة الكاكي ويؤيده قول المصنف فلعل رغبته في تملك الكل وايضا الاتحاد وصف العقد فكيف يكون شرطا انتهى اقول الذي هو يسوغ في نفس الامر ذلك القائل ههنا ساقطا ما قوله ويؤيده قول المصنف فلعل رغبته في تملك الكل فلان قول المصنف هذا ايضا يؤيد ما ذكره صاحب الغاية اكثر من ان يؤيده ما ذكره العلامة الكاكي صاحب معراج الدراية كما لا يظهر بالتأمل الصادق واما قوله وايضا الاتحاد وصف العقد فصحيح فان مراد صاحب الغاية ان اتحاد الصفقة شرط صحة العقد لا انه شرط نفس العقد كما ان الرضى ايضا كذلك لتحقق نفس العقد فاسدا في بيع المكره مع انتفاء الرضى فيه وان مراد المصنف انه لتغير شرط صحة عقده لا انه تغير شرط نفس عقده والا لما ساغ له ان يأخذ نصف العبد بنصف الثمن بحكم ذلك العقد ثم ان صحة العقد ووصف للعقد كاتحاد الصفقة وانه لا محذور في كون احد وصفيه شرطا لا آخر وقال صاحب الغاية فان قيل احدى البينتين ملغاة لاستحالة تواردا العقدين على عين واحدة كما في وقتا واحد فينبغي ان يبطل البينات اجيب بانهم لم يشهدوا بكون احد هما في وقت واحد بل شهدوا بنفس العقد فجاز ان يكون كل منهما اعتمد سببا في وقت اطلق له الشهادة انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء على جوابه حيث قال فيه بحث فانهما اذا شهدا بكونهما في وقت واحد فالجواب ذلك ايضا وسيجيء من الشارح التصريح به في الورق الآتي في ذكره الالقاني ههنا نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام فجواب الشارح لا يفي بدفع ما اذا ورد عليه انتهى اقول مبنى جواب صاحب الغاية ههنا تقييده مسألة الكتاب فيما سبق قوله من غير توقيت فحينئذ يتم جوابه فان يحتاج اليه من الجواب ههنا انما هو مقدار ما يدفع السؤال عن مسألة الكتاب وقد حصل هذا على ذلك التقييد واما دفع السؤال عن مسألة

قبل الزيادة يعني البينتين

ان القاضي لو قضى بشهادة احد الشاهدين بعد ما رجع احدهما عن شهادته قبل القضاء لا ينفذ قضاؤه

وان قضى القاضي بينهما فقال احدهما لا اختار النصف لم يكن للآخر ان يأخذ الكل لان صار مقضيا عليه في النصف فالفسخ البيع فيه وهذا لانه خصم فيه لظهور استحقاقه بالبينة لو اقام بينة وهذا لان ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له ان يأخذ الجميع لانه يدعي الكل ولم يقض له بشيء والعود الى النصف للزحمة ولم يوجد نظيره ولم يوجد نظيره لتسليم احد الشفيعين قبل القضاء ونظيره الاول تسليمه بعد القضاء ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو الاول منهما لانه اثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه احد وان دفع الآخر به ولو وقتت احدهما ولم يوقت الآخر فهو لصاحب الوقت لثبوت الملك في ذلك الوقت واحتمل الآخران يكون قبله او بعده فلا يقضي له بالشك وان لم يذكرا تاريخا ومع احدهما قبض فهو اولى ومعناه ان له يده في

اخرى غير مذكورة في الكتاب فنفصله من الكلام ههنا فلا ضير في عدم ذكره وجوابه بذلك نعم تقييده ههنا ليس بمناسب اساكما بيناه ولكنه كلام آخر موضعه ثم تمام ان ههنا جوابا آخر دافعا للسؤال عن المتنين معا ذكره ايضا صاحب الكافي وعامة الشراح وهو ان التعيين تصور وقوعهما في وقت واحد بان وكل المالك جليسين كل واحد منهما على الانفراد بان بيعا عبده فباعه كل واحد من الوكيلين معا من رجل فانه يجوز وعقد الوكيل كعقد الموكل ويضاف عقده الى الموكل مجازا فثبت انه لا يتحير ورود البيعين في زمان واحد من رجل واحد على عين واحدة كملا وان قضى القاضي بها اي بالعبد بينهما اي بين المدعيين فقال احدهما لا اختار اي لا اختار الاخذ ولم يكن للآخران يأخذ جميعه لانه اي الآخر صار مقضيا عليه في النصف فالفسخ البيع فيه اي في هذا النصف والعقد متى فسخ بقضاء القاضي لا يعود الا بعقد جديد ولم يوجد فان قيل بم يدفع فكيف يكون مقضيا عليه اجاب بقوله وهذا لانه خصم فيه اي في النصف المقضي به لظهور استحقاقه بالبينة لو اقام بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك اي بخلاف ما لو قال احدهما لا اختار الا قبل تخيير القاضي اي قبل القضاء عليه بالخيار حيث يكون له ان يأخذ الجميع لانه يدعي الكل ومجته قامت به ولم يفسخ سببه اي لم يفسخ سبب استحقاق الكل في شيء والعود الى النصف للزحمة ولم توجد يعني انما كان القضاء له بالنصف لمانع وهو مزاحمة صاحبه له فاذا زال المانع حيث لم توجد المزاحمة قضى له بالكل ونظيره اي نظير ما قال احدهما عبي الشراء لا اختار الاخذ قبل تخيير القاضي تسليم احد الشفيعين قبل القضاء اي تسليم احدهما الشفعة قبل قضاء القاضي بها لهما حيث يكون للآخران يأخذ جميع الدار ونظير الاول اي نظير ما قال احدهما عبي الشراء لا اختار الاخذ بعد قضاء القاضي لهما بالخيار تسليمه بعد القضاء اي تسليم احد الشفيعين الشفعة بعد قضاء القاضي بها لهما حيث لا يكون للآخر الا اخذ نصف الدار واعلم انه لم يذكر في بعض نسخ الهداية قوله والعود الى النصف للمزاحمة الى ههنا وذكر في بعضها ولهذا لم يقع شرحه في بعض الشروح ووقع في بعضها ونحن اخترنا شرحه والتنبيه على عدم وجوده في بعض النسخ ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف لانه اثبت الخيار في زمان لا ينازعه فيه احد فاستحقاقه من ذلك الوقت فاندفع الآخر به اذ قد تبين به ان الآخر انشاه من غير الملك فكان شراؤه باطلا ولو وقتت احدهما اي احد البينتين ولم يوقت الآخر فهو لصاحب الوقت لثبوت الملك في ذلك الوقت واحتمل الآخران يكون قبله او بعده فلا يقضي له بالشك اقول فيه شيء وهو ان الآخر اثبت الملك ايضا وانما الشك في انه قبل ذلك الوقت او بعده فاحتمال قبليته يقتضي رجحانه على صاحب الوقت واحتمال بعديته يقتضي العكس ففي الوجه في العمل بالاحتمال الاول دون الثاني على ان الشك في ان احدهما مقدم على الآخر او موخر عنه يستلزم الشك ايضا في ان الآخر مقدم عليه او موخر عنه فلم ظهر الرجحان في جانب فالوجه ما ذكره صاحب الكافي حيث قال ولو وقت احدهما ولم يوقت الآخر قضى به لصاحب الوقت لانه يثبت له الملك في ذلك والذي لم يوقت يثبت ملكه في الحال لان شراءه حادث فيضاف حدوثه الى اقرب الاوقات ما لم تثبت التاريخ فكان شراء الموقت سابقا فكان اولى انتهى وان لم يذكرا تاريخا ومع احدهما قبض فهو اولى هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف ومعناه اي ومعنى قوله ومع احدهما قبض انه في يده اي القبض ثابت في يده معاينة وانما احتاج الى التفسير بهذا لان قوله ومع احدهما قبض يجوز ان يحمل على ان يكون معناه واثبت قبضه بالبينة فيما مضى من الزمان وهو في الحال في يد البائع وجاز ان يكون الحكم هناك على خلاف هذا حيث ذكر في الذخيرة ثبوت اليد لاحد المدعيين بالمعاينة كذا في النهاية وغيرها اقول بقي ههنا كلام وهو ان الظاهر ان هذه المسئلة والمسئلة السابقة التي كانت مذكورة ايضا في مختصر القدوري وهي قوله ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما وكذا المسئلة التي ذكرها المصنف في التبيين وهو قوله ولو وقتت احدهما ولم يوقت الآخر فهو لصاحب الوقت كلها من شعب المسئلة المائة وهي قوله ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى هذا العبد ومتفرعا بها يرشد اليه انه لم يعد في شيء منها لفظ الادعاء ولا ذكر اقامة البينة كما كان الاسلوب المطرد عند الانتقال الى مسئلة مستقلة وقد قال المصنف في صدر المسئلة معناه من صاحب اليد فاقتضى ذلك ان يكون موضع المسئلة فيما اذا كان المدعي في يد البائع وقال ههنا ومعناه انه في يده اي في يد احد المدعيين فاقتضى هذا ان يكون المدعي في يد المشتري فكان مخالفا لموضع المسئلة فليتامل في التوجيه لان يكنه من قبضه يدل على

لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه وهما استويا في الاثبات فلا يقضى لاحدهما بالثابتة بالشك وكذا لو ذكرا تاريخا واحدا لما بيناه الا ان يثبت احدهما

سبق شرائه لتعليل المسئلة المذكورة قال صاحب العناية وتحقيق ذلك يتوقف على مقدمتين احداهما ان الحادث يضاف الى اقرب الاوقات والثانية ان مانع البعد عند زمانية فهو بعد فاذا عرف هذا فنقول القابض مبني على شرائه ومتاخر عنه ظاهرا فكان بعد شرائه ويلزم من ذلك ان يكون شراء غير القابض بعد شراء القابض فكان شراؤه اقدم تاريخا وقد تقدم ان التاريخ المتقدم اولى انتهى اقول قد اندفع هذا التحقيق من تقرير صاحب الكافي وعلامة الشراح لكن لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان ما جرت عليه المصنف في اسلوب تحريره من ايجاز الكلام وتنقيح المرام بالى ان يكون مراده ذلك اذ لو اراد ذلك لاكتفى بان قال لان قبضه دل على سبق شرائه اذ يحصل به ما هو مراد ذلك المحقق فلا يبقى لذكر تمكنه من قبضه موقع حسن فعندي ان تحقق مراده هو ان يكون احدهما ان قبض المدعى يدل على كون شرائه اياه سابقا اذ لو كان شراء غير القابض اياه سابقا لما تمكن القابض من قبضه فانه يصير حينئذ ملكا لغير القابض والانسان لا يتمكن عادة من قبض ملك الغير بل انما يتمكن من قبض ملك نفسه فلما تمكن القابض من قبضه دل تمكنه منه على سبق شرائه وهذا المعنى مع كونه ظاهرا من عبارة المصنف بلا كلفة وبالتوقف على بسط مقدمته الجلية عن قريب ان شاء الله تعالى انهما استويا في الاثبات اي ولان القابض فيه غير القابض استويا في اثبات الشراء بالبينة والقابض امر مرجح وهذه بينة الثابتة بالمعاينة لان غير القابض يحتمل ان يكون قبل القابض في العقد فينقض يد القابض وان يكون بعده في العقد فلا ينقض يده فصار امره مشكوكا فلا ينقض اليد الثابتة بالشك فلا يقال بينة الخارج اولى من بينة ذي اليد فينبغي ان ترجح بينة غير القابض لانا نقول بينة الخارج انما تكون اولى من بينة ذي اليد اذا ادعيا الملك مطلقا اما اذا ادعيا الملك بسبب فهما سيان نص عليه صاحب الكافي ههنا وقد شرحوا به في مواضع منها ما مر في اوائل الايمان قال صاحب العناية وطولب بالفرق بين هذا وبين ما اذا ادعيا الشراء من اثنين واقاما البينة واحدها قابض فان الخارج هناك اولى والجواب ان كل واحد من المدعيين ثمة يحتاج الى اثبات الملك لنفسه اولا فاجتمع في حق كل من البائعين بينة الخارج وذي اليد وكان بينة الخارج اولى وههنا ليس كذلك انتهى وقد سبقه الى هذا السؤال والجواب صاحب النهاية وزاد في البيان حيث قال فاما ههنا فلا يحتاجان الى اثبات الملك بل هو ثابت فيتصادقان عليه وانما حاجتهما الى اثبات سبب الاستحقاق عليه وسبب القابض اقوى لتاكده بالقبض وكون هذا اولى انتهى اقول في الجواب بحث وهو ان الذي يثبت كل واحد من المدعيين للملك اثر وهو بالكل واحد منهما ليس بدي يد بل هو خارج لغير القابض من المدعيين وكون بينة الخارج اولى من بينة ذي اليد فيما اذا اثبتا الملك لانفسهما سلمناه فيما اذا اثبتاه لخارج آخر ممنوع الا ترى ان اليد ليس الذي ذكروا الاثبات كون بينة الخارج اولى من بينة ذي اليد وهو ان الخارج اكثر اثباتا او اظهارا فان قد ما اثبتت اليد لا بينة ذي اليد ليس مطلق الملك حتى يعارض ما يجري فيما اذا اثبتا الملك لنفسهما فيما اذا اثبتاه لخارج آخر كما لا يخفى فتامل وكذا لو ذكرا لآخر وقتا اي ولو ذكر غير القابض وقتا كان بعد الذي اليد ايضا لما بيناه قال صاحب العناية قال في الشراح قوله لما بيناه اشارة الى قوله لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه اقول يرد عليهم انهم حملوا قول المصنف في الظاهر ان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه على التحقيق المبني على المقدمتين كما مر وذلك التحقيق لا يجري فيما اذا ذكر الآخر وقتا لانه لما ثبت شراء الآخر الذي هو غير القابض في وقت معين لم يبق مجال لان يضاف الى اقرب الاوقات لان اضافة الحادث الى اقرب الاوقات انما يتصور فيما اذا لم يثبت التاريخ فلم يثبت المقدمة الاولى ولما لم يثبت تاريخ قبض القابض اضيف الى اقرب الاوقات الذي هو الحال فلم يكن مع شراء غير القابض فلم تحصل المقدمة الثانية واما شراء القابض فانه وان كان سابقا على قبضه في الظاهر حملا للفعل المسلم على الصلاح ودفعا للغصب كما ذكروا فيما مر الا انه ليس بمتعين للسبق على الوقت الذي ذكره الآخر بل يحتمل ان يكون قبله او بعده فلا يقضي بالشك مثل ما ذكره المصنف فيما اذا اثبتا وقت الآخر ولم يكن لاحدهما قبض فالصواب ان يحمل قول المصنف فيما مر لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه على المعنى الذي ذكرناه هناك ثم يحمل قوله ههنا لما بيناه اشارة الى ذلك القول اذ المعنى المذكور تتمشى فيما نحن فيه ايضا كما لا يخفى وهذا هو الثمرة التي اشرنا اليها فيما مر آنفا الا ان يشتبه

وان شراء وكان قبل شراء صاحب اليد لان التصريح يفوق الدلالة **قال** وان ادعى احدهما شراء والآخر هبة وقبضا معناه من دخل واقاما بينة يكاتا رجح معهما فالشراء اولى لان الشراء اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولانه يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض وكذا الشراء والصدقة معهما والشراء اولى لان الشراء اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولانه يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض وكذا الشراء والصدقة مع القبض مما بينا والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء حتى تقضي بينهما نصفين ثم في وجه التبرع كالترجيح باللزوم لانه يرجع الى المال والترجيح لمعنى قائم في الحال وهذا لانه لا يحتمل القسمة صحيح وكذا فيما يحتملها عند البعض لان الشيوع طارئ عند البعض لا يصح لانه تنفيذ الهبة في الشائع **قال** واذا ادعى احدهما الشراء واد عت امراة انه تزوجها عليه فهما سواء لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما معاوضة يثبت الملك بنفسه

اي شهود النتاج ان شراه اي شراء النتاج قبل شراء صاحب اليد فحينئذ يكون النتاج اولى لان التصريح يفوق الدلالة يعني ان يقدم عقد النتاج حينئذ تثبت بتصريح شهوده ويقدم عقد الآخر بالدلالة حيث دل تمكنه من قبضه على سبق شرائه كما مر والاخيرة للدلالة في مقابلة التصريح قال اي القدوري في مختصره وان ادعى احدهما شراء والآخر هبة وقبضا قال المصنف معناه من واحد اي معنى ما قاله القدوري ادعى احدهما شراء والآخر هبة وقبضا من شخص واحد وانما قيد به احترازا عما اذا كان ذلك من اثنين فان المدعيين حينئذ سواء ولا اولوية للشراء على الهبة كما سيجيء بعد ثم ان تمام لفظ القدوري واقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء اولى وكذا الحكم اذا ارخوا تاريخهما على السواء كما ذكر في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام لان الشري اقوى من الهبة لكونه معاوضة من الجانبين والهبة تبرع يوجب الاستحقاق من جانب فكانت بينة الشراء مثبتة للاكثر فكانت اولى لان البينات تترجح بكثرة الاثبات ولانه تثبت الملك بنفسه عطف على قوله لكونه معاوضة من الجانبين لا على قوله لان الشري اقوى اي ولان الشري يثبت الملك بنفسه من غير توقف على شئ والملك في الهبة يتوقف على القبض ولا شك ان ما تثبت الملك بذاته اقوى مما يثبته بواسطة الغير فكان هذا دليلا آخر على كون الشري اقوى من الهبة ليشهد بذلك قول المصنف فيما ياتي لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة فيثبت الملك بنفسه انتهى قال صاحب العناية في شرح هذا المقام لانه لكونه معاوضة من الجانبين كان اقوى ولان الشراء تثبت الملك بنفسه والهبة لا تثبته الا بالقبض فكان الشراء والهبة ثابتين معا والشراء مثبت للملك دون الهبة لتوقفها على القبض انتهى اقول الظاهر من تحريره هذا كما ترى انه جعل قول المصنف ولانه يثبت الملك بنفسه معطوفا على قوله لان الشري اقوى فجعل كلا منهما دليلا مستقلا على اصل المسئلة وهو اولوية الشري كما هو صريح كلام صاحب الكافي ههنا لكن لا يخفى على ذي مسكة ان قول صاحب العناية بعيد هذا وقوله لما بيناه اشارة الى ما ذكر من الوجهين في ان الشري اقوى انتهى ظاهر الدلالة على ان يكون قول المصنف ولانه يثبت الملك الخ معطوفا على قوله لكونه معاوضة من الجانبين ويكون كل منهما وجها مستقلا لكون الشري اقوى كما قررناه فيما قبل فبين كلاميه تدافع لا تخفى وكذا الشراء والصدقة مع القبض اي كذا الحكم اذا ادعى احدهما الشراء والآخر الصدقة مع القبض لما بيناه اشارة الى ما ذكره في المسئلة السابقة من الوجهين تكون الشراء اقوى والهبة والقبض والصدقة سواء يعني اذا ادعى احدهما هبة وقبضا والآخر صدقة وقبضا فهما سواء حتى يقضى بينهما اي نصفين كذا في الكافي وغيره لاستوائهما في وجه التبرع كان قبل لانهم التساوي فان الصدقة لازمة لا تقبل الرجوع دون الهبة اجاب بقوله ولا ترجيح باللزوم لانه يرجع الى المال اي لان اللزوم يرجع الى المال اي يظهر اثره في تاني الحال اذ اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع في المستقبل والترجيح بمعنى قائم في الحال اي الترجيح انما يقع بمعنى قائم في الحال لا يرجع الى المال واجيب ايضا بان امتناع الرجوع في الصدقة لحصول المقصود بها وهو الثواب لا القوة السبب ولهذا لو وقعت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها ايضا لحصول المقصود وهو صلة الرحم وهذا اي القضاء بالتنصيف بينهما فيما لا يحتمل القسمة كالحمام والرحى صحيح وكذا فيما يحتمله اي فيما يحتمل الانقسام كالدار والبستان عند البعض لان الشيوع طارئ يعني ان كلا واحد منهما اثبت قبضه في الكل الا انه لم يسلم له البعض لمزاحمة صاحبه فكان الشيوع طاريا وذا لا يمنع الهبة والصدقة وعند البعض لا يصح ولا يقضى لهما بشئ لانه تعذر افادة الهبة في الشائع فصار كما قامت البينتين على الاتهان قبل هذا قول ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ينبغي ان يقضى لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدارين جميعا والاصح انه لا يصح في قولهم جميعا لانا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فانما يقضي بالعقد الذي شهد شهوده وعند اختلاف العقدين لا يجوز الهبة لرجلين عندهم جميعا انما تثبت الملك بقضاء القاضي وتمكن للشيوع في الملك المستفاد من الهبة مانع منعها كذا في العناية وغيره ما قال اي القدوري في مختصره واذا ادعى احدهما الشراء اي شراء شئ كعبد مثلا من رجل وادعت امراة انه اي ذلك الرجل تزوجها عليه اي تزوج المراة المدعية على ذلك المدعى فهما سواء اي فيقضى بذلك المدعى بينهما نصفين لاستوائهما اي استواء الشراء والنكاح في القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه

وهذا عند ابي يوسف رح وقال محمد رح الشراء اولى وهما على الزوج القيمة كذا امكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء اذ الزوج على عين مملوك الغير صحيح ويجب قيمته عند تعذر تسليمه وان ادعى احدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا واقاما بينة فالرهن اولى وهذا استحسان وفي القياس الهبة اولى كذا ثبت الملك والرهن كما يثبته وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون بحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى بخلاف الهبة بشرط العوض لانه بيع انتهاء والبيع اولى من الرهن لان عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض فان اقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى لانه اثبت انه اول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلق الآخر منه

بذا اذا لم يورخا او ارخا وتاريخهما على السواء واما اذا ارخا وتاريخ احدهما اسبق فالاسبق اولى كذا في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهرزاده وعن هذا قال صاحب الغاية في تقرير مسئلة الكتاب اذا ادعى احدهما الشراء واقامت المرأة انه تزوجها عليه واقاما البينة ولم يورخا او ارخا وتاريخهما على السواء يقضي بالعبد بينهما انتهى وفي التبيين الامام الزيلعي ثم للمرأة نصف العين ونصف قيمة العين على الزوج لاستحقاق الآخر نصف المسمى وللمشتري نصف العين ويرجع بنصف الثمن ان شاء وان شاء فسخ العقد لتفرق الصفقة عليه انتهى وهذا اي الحكم المذكور وهو التسوية بينهما عند ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رح الشراء اولى ولما على الزوج القيمة اي وللمرأة على الزوج تمام قيمة العين المدعاة لانه امكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء يعني ان العمل بالبينات مهما امكن واجب لكونها حجة من حيث الشرع فان قدمنا النكاح بطل العمل بهما لان الشراء بعده يبطل اذا لم يصر المرأة وان قدمنا الشراء صح العمل بهما اذ الزوج على عين مملوك للغير صحيح ويجب قيمته عند تعذر تسليمه بان لا يجبر صاحبه فتعين تقديم الشراء اقول ههنا اشكال ظاهر وهو ان العمل بالبينتين بتقديم الشراء انما يتصور فيما اذا لم يورخا واما اذا ارخا وتاريخهما على السواء فلا كما لا يخفى والمسئلة تعم الصورتين كما مر آنفا فكيف تتم خلاف محمد رح ودليله المذكور في الصورة الثانية ولم يره وعن احد تخصيص الخلاف بالصورة الاولى وقد تحمل بعضهم في دفعه فقال ويمكن ان يقال معنى الشهادة على التاريخين المختلفين ان يقول الشهود شاهدنا كان العقد في اول النهار من اليوم الفلاني وظاهره انه يسع فيه العقود المتعددة على التقدم والتاخر اذا لم يرشاهدين على عقد مضيق لا يسع فيه عقدان انتهى فتامل صاحب الغاية وذكر في الاسرار جواب ابي يوسف رح عما قاله محمد رح ان المقصود من ذكر السبب ملك العين والنكاح اذا تاخر لم يوجب ملك المسمى كما اذا تاخر الشراء فهما سواء في حق تملك العين انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث اذ لا يندفع لهذا ما ذكره محمد رح فانه اذا تاخر النكاح ثبت ملك العين في المسمى لمدعي الشراء صورة ومعنى ولمدعيه المهر معنى فوقع العمل بالبينتين بقدر الامكان بخلاف ما اذا سويناهما انتهى اقول هذا البحث ساقط لانه لا يثبت ملك العين لمدعية المهر عند تاخر النكاح لا صورة ولا معنى اذ المسمى جعل ملك القيمة ملك العين لا بحسب اللغة ولا بحسب العرف ولئن سلم ذلك فلابي يوسف رح ان يقول المقصود من ذكر السبب ملك العين صورة او لو لا لا تكفي في الدعوى بذكر مبلغ القيمة فهما سواء في حق ذلك وان ادعى احدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا واقاما بينة فالرهن اولى هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف هذا استحسان وفي القياس الهبة اولى وهو رواية كتاب الشهادات كذا في النهاية ومعراج الدراية وجه القياس قوله لانها اي لان وجه الهبة تثبت الملك اي ملك العين والرهن لا يثبته فكانت بينة الهبة اكثر اثباتا فهو اولى وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون ولهذا قالوا ان الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين وبحكم الهبة اي المقبوض بحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى اي من عقد التبرع ولان بينة الرهن تثبت بدلين الرهن والدين والهبة لا تثبت الا بدلا واحدا فكانت اكثر اثباتا وكانت اولى كذا في الشروح بخلاف الهبة بشرط العوض يعني لا يرد الهبة بشرط العوض فيقضا حيث كانت اولى من الرهن لا نه بيع انتهاء اي لان الهبة بيع انتهاء وتذكير الضمير الراجع الى الهبة باعتبار الخبر او بتاويل العقد والبيع اولى من الرهن لانه اي البيع عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض اي فكذا الهبة بشرط العوض اولى من الرهن لكونها بيعا انتهاء فان قلت الترجيح بمعنى قائم في الحال والهبة بشرط العوض بيع انتهاء تبرع ابتداء فيكون كالهبة مع الصدقة قلت نعم هي معاوضة انتهاء ولكن ذلك المعنى مقصود العاقد في الابتداء عادة فتكون معاوضة ابتداء نظرا الى المقصود بخلاف اللزوم في الصدقة فانه غير مقصود للمتصدق فلا يكون اللزوم قائما في الحال لا نظرا الى العقد ولا الى العاقد ومقصوده كذا في شرح تاج الشريعة وان اقام انما جان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليله لانه اي لان صاحب التاريخ الاقدم اثبت انه اول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم تتلق الآخر منه اي الغرض ان الآخر

قال (ولو ادعى الشراء من واحد منهما وأقام كل واحد منهما البينة على التاريخين والأول أولى لما بينا ولو أقام البينة في وقت لا منازع له فيه وإن أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر وذكر تاريخا فهما سواء

لم تلق منه بذا قول أبي حنيفة رح وقول أبي يوسف رح آخرا وبه قال محمد رح أولا وأما على قول محمد رح آخرا فيقضي بينهما ولا يكون للتاريخ عبرة وإن أرخ أحدهما ولم يورخ الآخر ففي النوادر عن أبي حنيفة رح أنه يقضي بينهما لأنه لا عبرة للتاريخ عنده حالة الانفراد في دعوى الملك المطلق في أصح الروايات وعلى هذا قول أبي يوسف رح يقضي للذي أرخ وعلى قول محمد رح يقضي للذي لم يورخ لأنه يدعي أولوية الملك كذا في النهاية نقلا عن الذخيرة وبيانه في الكتاب إن شاء الله تعالى قال في القدوري في مختصره ولو ادعيا الشراء من واحد قال المصنف معناه من غير صاحب اليد اي معنى قوله من واحد من غير صاحب اليد قال صاحب النهاية ليست في تقييده بقوله معناه من غير صاحب اليد فائدة فإن في هذا الحكم المترتب عليه وفي سائر الأحكام لا يتفاوت أن يكون دعواهما الشراء من صاحب اليد أو من غيره لعدم إمكان الجمع بين الشراءين من واحد لأنه ذكر في الذخيرة وإن في يد رجل أو دعا مار رجلان كل واحد منهما يدعي أنه اشترا ها من صاحب اليد بكذا فإن أرخا فتاريخهما على السواء ولم يورخا فالدار بينهما نصفان لأنهما استويا في الدعوى والحجة وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فالسابق أولى لأنه أثبت شراءه في وقت لا ينازعه فيه فيثبت شراؤه من ذلك الوقت ويتبين أن الآخر اشترا ها من غير المالك وإن أرخ أحدهما ولم يورخ الآخر فالمورخ أولى تعليلا للنقض ما هو ثابت لأنا إذا جعلنا المورخ أولى فقد نقضنا شراء الآخر لا غير وأما إذا قضينا الذي لا تاريخ له فنقضنا على صاحب التاريخ شراءه وتاريخه بعد ما ثبت الأمران بالبينة وإذا ادعى الخارجان تلقي الملك من واحد آخر بأن ادعى رجل أنه اشترى هذه الدار من فلان بكذا سمى رجلا آخر وجاء رجل آخر وادعى أنه اشترى هذه الدار من فلان فلك بينة فإن لم يورخا أو أرخا وتاريخهما على السواء يقضي بالدار بينهما وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضي لأسبقهما تاريخا وإن أرخ أحدهما ولم يورخ الآخر فالمورخ أولى لما قلنا انتهى وقد اقتفى أكثر الشراح أثر صاحب النهاية في مواخذة المصنف ههنا بالوجه المذكور وقال صاحب الكفاية قيد بقوله معناه من غير صاحب اليد كيلا يلزم التكرار لأنه قال أولا ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد ورتب عليه الأحكام وذكر من جملتها هذا الحكم المذكور ههنا فيثبت بذلك أنه لا فرق بين أن يدعيا الشراء من صاحب اليد أو من غيره في هذا الحكم انتهى أقول الحق ما قاله صاحب الكفاية ولو فتشه ان الامام القدوري لما ذكر هذا الحكم في مختصره مرتين احدهما ههنا والاخرى في اثناء الاحكام المنشعبة من قوله فيما مر ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى من حيث قال هناك ولو ذكر كل منهما تاريخا فهو الاول منهما فلم التكرار من كلامه في الظاهر فنصرف المصنف قوله الاول الى ما اذا ادعيا من صاحب اليد وقوله الثاني الى ما اذا ادعيا من غير صاحب اليد احترازا عن التكرار على التقديرين حمل الموسن على الصلاح فلا عبار فيه اصلا والعجب ممن طعنوا فيه انهم قالوا بصدد شرح قول المصنف فيما مر معناه من صاحب اليد انما قيد به لان كل واحد منهما لو ادعى الشراء من غير صاحب اليد فهو لا يخلو اما اذا ادعيا الشراء من واحد او اثنين فالحكم على التفصيل يجيء بعد هذا في الكتاب انتهى وذلك الكلام منهم اعتراف بان معنى قوله ههنا ولو ادعيا الشراء من واحد ادعياه من غير صاحب اليد اذ لا يجيء في الكتاب مسئلة ان ادعيا الشراء من واحد غير قوله هذا وبان فائدة التقييد ههنا الاحتراز عن التكرار فكيف لم تنتبهوا لكون فائدة التقييد ههنا ايضا الاحتراز عن التكرار واما البينة على تاريخين فالاول اولى اي فصاحب التاريخ الاول اولى لما بيناه اي في مسئلة اي ادعيا الشراء من صاحب اليد اذ اثبته اي ان صاحب التاريخ الاول اثبت الشراء في وقت لا منازع له فيه اي في ذلك الوقت فاندفع الآخر به وإن أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر كان لمن أقام احدهما البينة على الشراء من زيد مثلا والآخر على الشراء من عمرو وذكر تاريخا فهما سواء قال صاحب النهاية ومعراج الدراية اي ذكر تاريخا واحدا وأما لو ذكر تاريخين فالسابق أولى لاثبات الملك لبائعه في وقت لا ينازعه الآخر فيه ويرجع الآخر بالثمن على بائعه لاستحقاق المبيع من يده كذا في المبسوط انتهى وقد سلك صاحب النهاية مسلكها في شرح المقام حيث قال وذكر تاريخا واحدا فهما سواء انتهى قال صاحب الكفاية اخذا من الكافي اي سواء كان

لانهما يثبتان الملك لبائعهما فيصير كانهما حضرا واتم تخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل ولو وقعت لاحدى البينتين وقتا ولم توقت الاخرى تقدم بينة الصفين كان توقيت احدهما لايدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الآخر اقدم بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لان التفاعل ان الملك لا يتملك الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين انه تقدم شراء غيره

تاريخا واحدا او كان احدهما اسبق تاريخا فهما سواء لانهما يثبتان الملك لبائعهما واذا تاريخ الملك لبائعين فيصير كانهما حضرا واقاما البينة على الملك بدون التاريخ كان الملك بينهما نصفين تلقى الملك منهما بخلاف ما اذا ادعيا الشراء من واحد معين لانهما اتفقا ان الملك كان له وانما يختلفان في التلقي منه واسبقهما تاريخا اثبت التلقي في زمان لا يناقضه فيقضى له به لكن لا يقضي للمؤرخ بذلك اذا ادعى التلقي منه والآخر ادعى التلقي منه انتهى وقد سلك الامام الزيلعي هذا المسلك في شرح هذا المقام من الكنز اقول السبب في اختلاف كلمات الثقات من شراح هذا الكتاب وغيره في حل هذه المسئلة هو اختلاف الروايتين على المجتهدين فيما اذا ادعيا الشراء من اثنين لكن احدهما اسبق تاريخا كما صرح به في معتبرات الفتاوى حيث قال في فتاوى قاضيخان وان ادعيا الشراء كل واحد منهما من رجل آخر انه اشترا من فلان وهو بملكها واقام آخر البينة انه اشتراها من فلان آخر وهو بملكها فان القاضي يقضي بينهما وان وقتا فصاحب الوقت الاول اولى في ظاهر الرواية وعن محمد رح انه لا يعتبر التاريخ وان ارخ احدهما دون الآخر يقضي بينهما اتفاقا انتهى وقال في البدائع اما اذا ادعيا الشراء من اثنين سوى صاحب اليد مطلقا عن الوقت واقاما البينة على ذلك يقضي بينهما نصفين ان كان وقتهما واحدا فكذلك ان كان احدهما اسبق من الآخر فالاسبق تاريخا اولى عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وكذا عند محمد رح في رواية الاصول بخلاف الميراث فانه يكون بينهما نصفين عنده وعن محمد رح في الاملاء انه يستوي بين الميراث وبين الشراء وقال لا عبرة بالتاريخ في الشراء ايضا الا ان يورخا ملك البائعين انتهى وذكر في الذخيرة ايضا كذلك مع نوع تفصيل وكذا في غيرها ثم اقول الذي يظهر من نقل تلك المعتبرات ان كون صاحب التاريخ الاسبق اولى فيما اذا ادعيا الشراء من اثنين ظاهر الرواية وانه قول اكثر المجتهدين واكبرهم فمحل مسئلة الكتاب على ما لا ينافيه اولى كما لا يخفى قال المصنف في تعليل المسئلة المذكورة

لانهما يثبتان الملك لبائعهما فيصير كانهما حضرا اي فيصير كان البائعين حضرا وادعيا وارخا تاريخا واحدا ثم تخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل ان كل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك ولو وقت احدى البينتين وقتا ولم يوقت الاخرى قضى بينهما نصفين يعني اذا ادعى الخارجان شراء كل واحد من رجل آخر واقاما البينة ووقتت احدى البينتين دون الاخرى قضى بينهما نصفين لان توقيت احدهما لا يدل على تقدم الملك اي على تقدم ملك بائعه يعني ان كل واحد من البائعين بهذا خصم عن بائعه في اثبات الملك له وتوقيت احدهما لا يدل على تقدم ملك بائعه بجواز ان يكون الآخر اقدم اي بجواز ان يكون البائع الآخر اقدم في الملك بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اي المدعيين اتفقا في هذه الصورة على ان الملك لا يتلقى اي لا يوخذ الا من جهته اي من جهة البائع الواحد فحاجة كل واحد منهما الى اثبات سبب الانتقال اليه وهذا اشارة الى اثبات الملك للبائع فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم حتى يتبين انه يقدمه شراء غيره قال صاحب العناية لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا بيده الملك حكمنا به فكذا اذا ثبت البينة الا اذا تبين انه تقدم عليه شراء غيره انتهى اقول فيه نظر لان الكلام في توقيت احدى البينتين لا في اثباتها اليد فلا يلزم من كون الثابت بالبينة كالثابت عيانا ان يكون الثابت بالبينة الموقتة كالملك المعاين باليد فلا تعلق لقوله ولو عاينا بيده الملك حكمنا به بالمقام وانما اللازم من كون الثابت بالبينة كالثابت عيانا ان يكون شراء من وقتت بينته كالشراء المعاين بمشهد بالبينة ولكن الآخر مشترك في هذا اللازم لمشهد شراءه ايضا بالبينة نعم بينهما فرق من حيث ان الاول يصير بمنزلة من عاينا شراءه دون وقته معلوم متعين عندنا الآن والثاني يصير بمنزلة من عاينا شراءه ايضا ولكن وقته غير معلوم عندنا الآن بل يحتمل المتقدم على الآخر والتاخير عنه الا ان هذا الفرق لا يجدي نفعا اذ الظاهر انا لا نحكم في هذه الصورة ايضا لصاحب الوقت المعين ما لم يعرف انه اسبق من الآخر فالوجه في تعليل كلام المصرح ههنا ان يقال لان الشراء امر حادث والحادث يضاف الى اقرب الاوقات ما لم تبين وقته على ما هو القاعدة المقررة عندهم فشراء غير الموقت يضاف الى قرب الاوقات وهو الحال فيتاخر عن شراء الموقت حكما وقد اشير الى هذا الوجه ههنا اجمالا في غاية البيان وشرح تاج الشريعة ومر منا تفصيل نظيره فيما سبق نقلا عن الكافي محمد كثير قال صاحب العناية

لانا نحكم

لان التقدم

ولو ادعى احدهما الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من ابيه والرابع الصدقة والقبض من الذي في يديه بينهم
اربعا لانهم يتلقون الملك من بائعهم فيجعل كأنهم حضروا واقاموا البينة على الملك المطلق قال فان اقام الخارج البينة على ملك مؤرخ
وصاحب اليد بينة على ملك اقدم تاريخا كان اولى وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو رواية عن محمد وعنه انه لا يقبل بينة ذي اليد لان الخارج
كان البينتين قامتا على مطلق الملك لم تتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتاخر سواء لهما ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك
اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة

وتقابل ان يقول حاصل الفرق بين المسئلتين بما ذكر من قوله لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهة واما الباقي فمشترك بين المسئلتين وبذلك لا يندفع به
الفرق بجواز ان يقال من ثبت له الملك فهو ممن ثبت له عيانا فيحكم بملكه اذا تبين تقدم شراء غيره والجواب ان ذلك مدفوع في الفرق لان البائع اذا كان واحدا كان
التعاقب ضروريا وقد ثبت لاحدهما بالبينة ملك في وقت وملك في غيره مشكوك ان تاخر لم يضر وان تقدم ملكه فتعارضا فيرجح بالوقت واما اذا كان متعددا فكما جاز
ان يتعاقبا متعاقبين جاز ان يتقارنا معا وفي ذلك تعارض ايضا فضعف قوة الوقت عن الترجيح لتضاعف التعارض انتهى اقول في الجواب بحث اما اولا فلان قوله لان
البائع اذا كان واحدا كان التعاقب ضروريا مسلم لجواز ان يوكل واحد رجلين ببيع عبده مثلا فيبيع كل واحد منهما من رجل في وقت واحد وعقد الوكيل كعقد الموكل فيضاف
عقده الى الموكل مجازا كما ذكرنا فيما نقلا عن الكافي وعامة الشراح لدفع السؤال متفقين كذب احدى البينتين واما ثانيا فلان قوله فيرجح بالوقت غير تام لان الشك
في ملك غير الوقت يستلزم الشك في ملك الوقت لان تقدم احدهما على الآخر يستلزم تاخر الآخر عنه وكذا تاخره عن الآخر يستلزم تقدم الآخر عليه فاحتمال تقدم احدهما
على الآخر وتاخره عنه وهو سبب الشك في ملكه يستلزم احتمال تقدم الآخر عليه وتاخره عنه فيلزم الشك في ملكه ايضا ولا شك ان الوقت من حيث هو وقت لا مدخل
له في ترجيح الملك لاحدهما بل انما يتصور الترجيح به لتقدمه على وقت الآخر فاذا كان هذا مشكوكا فلا مجال للترجيح به اصلا واما ثالثا فلان قوله فضعف قوة الوقت
عن الترجيح لتضاعف التعارض غير معقول لان التعارض متى تضاعف لا يزيد شيئا على التساوي والتساقط فما يصلح للترجيح في مرتبة التعارض ينبغي ان
يصلح له في سائر المراتب منه والعجب ان صاحب العناية قد تصنع في حل هذا المقام زيادة على سائر الشراح ولكن ما اتى بشيء يعتد به كما عرفت وان فيما ذكرناه
من الوجه في تعليل كلام المصنف رح ههنا المندوحة عن جميع ما ذكره فتفكر ولو ادعى احدهما الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من ابيه
والرابع الصدقة والقبض من آخر واقاموا البينة قضى بينهم اربعا وهذه من مسائل المبسوط ذكر المصنف رح قال في تعليلها لانهم يتلقون الملك من بائعهم وفي
بعض النسخ من بائعهم وكلاهما بطريق التغليب لان البائع واحد من الملكين الاربعة فكان المراد منه من ملكيهم وفي بعض النسخ من ملكهم بتذكير الضمير
كذا في النهاية ومعراج الدراية فيجعل كأنهم اي الملكين حضروا واقاموا البينة لانقسم ثم تقضى بينهم اربعا فكذا ههنا قال اي القدوري في مختصره وان اقام
الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد البينة على ملك اقدم تاريخا كان اولى اي كان صاحب اليد اولى قال المصنف رح وهذا اي ههنا الحكم عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وهو رواية عن محمد رح وعنه اي عن محمد رح انه لا يقبل بينة ذي اليد يعني ان هذا قول الآخر المرجوع اليه في المبسوط ذكر
ابن سماعة في نوادره عن محمد رح انه رجع عن هذا القول وهو ان بينة ذي اليد اذا كانت اقدم تاريخا من بينة الخارج كانت اولى
اقبل من ذي اليد بينة على تاريخ ولا غيره الا للنتاج وفي معناه لان التاريخ ليس بسبب لاولية الملك بخلاف النتاج كذا في النهاية
المصنف رح في تعليل ذلك لان البينتين قامتا على مطلق الملك لم تتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتاخر سواء قال بعض الفضلاء
اقول في البيان لما لم تتعرض البينتان لجهة الملك جاز ان يكون جهة الملك اي سببه في حق صاحب التاريخ المؤخر اقدم في نفس الامر فيكون
المؤخر اسبق من الآخر في الملك لتقدم سبب ملكه على سبب ملك الآخر بخلاف ما اذا اقامت البينتان بالتاريخ على الشراء واحدهما اسبق من الاخرى
الاسبق اولى لتعرضه لسبق سبب ملك احد المشتريين وهو الشراء فلم يبق احتمال ان يكون الآخر اسبق في الملك ولهذا اي ولابي حنيفة وابي يوسف
ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع
فان من ادعى على ذي اليد عينا وانكر ذو اليد ذلك واقام البينة انه اشتراه منه يندفع الخصومة وقدم قبل هذا قبول بينة ذي اليد في ان العين في يده ودفع

في النسخ على الملك المطلق

وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في ايديهما او لمعنى ما بينا ولو اقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق ووقت احدهما دون الاخرى تقبل بينة ذي اليد عند ابي حنيفة ومحمد رح الخارج اولى وقال ابو يوسف رح وهو رواية عن ابي حنيفة رح صاحب الوقت اولى لانه اقدم وصار كما اذا ادعى الشراء اذا ارخت احدهما كان صاحب التاريخ اولى ولهما ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع لا دفع معنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته

حتى يندفع عند دعوى المدعي عند اقامة البينة ولما قبلت بينة ذي اليد على الدفع صارت ههنا بينة ذي اليد بذكر التاريخ الاقدم متضمنة رفع بينة الخارج على معنى انها لا تصح الا بعد اثبات التلقي من قبله فتقبل لكونها للدفع كذا في النهاية والعناية وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في ايديهما اي لو كانت الدار في ايديهما كان صاحب الوقت الاول اولى في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وفي قول محمد رح لا يعتبر الوقت وكانهما تاما على مطلق الملك فيكون بينهما كذا في النهاية نقلا عن الايضاح والمعنى ما بيناه وهو ما ذكره من الدليل في الطرفين ولو اقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق اي من غير ذكر سبب ووقت احدهما اي احدى البينتين دون الاخرى فعلى قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله الخارج اولى وقال ابو يوسف رح وهو رواية عن ابي حنيفة رح صاحب الوقت اولى انما قيد بالتوقيت لان الخارج وذو اليد اذا اقاما بينة على الملك المطلق بلا ذكر تاريخ لا تقبل بينة ذي اليد عند علمائنا كلهم وانما وقع الاختلاف بين علمائنا في دعوى الملك المطلق بين الخارج وذي اليد عند ذكر التاريخ كذا في النهاية ومعراج الدراية لانه اقدم دليل على ما قاله ابو يوسف رح اي لان صاحب الوقت اقدم وصار كما في دعوى الشراء اي فصار الجواب في هذه المسئلة كالجواب في دعوى الشراء اذا ارخت احدهما اي اذا ارخت احدى البينتين هناك كان صاحب التاريخ اولى فكذا ههنا والجواب ان الشراء معنى حادث فاذا لم يؤرخ حكم بوقوعه في الحال فكان اولى منه والملك ليس بمعنى حادث فلا يحكم بوقوعه في الحال كذا في غاية البيان

ولهما اي ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنه اي لتضمن البينة بتاويل الشاهد معنى الدفع لما مر آنفا ولا دفع ههنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته اي من جهة ذي اليد لان بذكر تاريخ احدهما لا يحصل اليقين بان الآخر تلقاه من جهته لاحتمال ان الاخرى لو وقت كان اقدم تاريخا بخلاف ما اذا ارخا وكان تاريخ ذي اليد اقدم كما تقدم قال صاحب العناية قيل الاستدلال لقوله ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنه معنى الدفع لا يستقيم لمحمد رح لانه لا يقول بذلك والا لزمه المسئلة الاولى واجيب بانه لما كان يجوز ان يكون على قول الاول انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء وعلى هذا الجواب حيث قال فيه يحتمل فان اولوية الخارج على قوله الآخر الذي لا يعتبر فيه التاريخ نص عليه العلامة الاتقاني في غاية البيان فراجعه انتهى اقول ليس هذا الاعتراض ليس بشيء اذ ليس مراد المجيب ان قول محمد رح في مسئلتنا هذه اعني اولوية الخارج فيما اذا وقت احدهما دون الاخرى يجوز ان يكون قوله الاول حتى يناقضه نص العلامة الاتقاني على انه قوله الآخر بل مراده ان قول المحسن ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنه معنى الدفع يصدر الاستدلال على قول ابي حنيفة رح ومحمد رح في مسئلتنا هذه يجوز ان يكون بناء على محمد رح الاول في المسئلة الاولى فلا يلزم المسئلة الاولى على قوله الثاني هناك وتوضيح المقام ان لمحمد رح في مسئلتنا هذه قولين قوله الاول انه يقضي للذي لم يوقت وهذا مبني على اعتبار التاريخ حالة الانفراد على خلاف ما عليه ابو حنيفة رح ووجهه ان غير الموقت استفادا تاريخا باعتبار المعنى وهو دعوى اولوية الملك وقوله الآخر ان الخارج اولى وهذا مبني على انه لا عبرة للتاريخ فكان الموقت لم يوقت فتكون بينة الخارج اولى لكونها اكثر اثباتا على ما هو المعروف من مذهبنا وهو في قوله الآخر في هذه المسئلة مع ابي حنيفة رح كما انه في قوله الاول في المسئلة الاولى معه وهذا كله مما لا يفصح عنه ما ذكر في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام فاذا عرفت هذا فنقول الوارد الاستدلال على قول محمد الثاني في هذه المسئلة مع رعاية قوله الثاني في المسئلة الاولى لم يحتج الى ذكر المقدمة المقابلة ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع بل كفى ان يقال ان بينة ذي اليد لا تقبل عنده اصلا في غير النتاج وما في معناه لما مر له من الدليل في المسئلة الاولى ولكن المصنف رح لما قصد الجمع بين ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله في دليل واحد استغنى عن ذكره دليل آخر لمحمد رح استدل على قول ابي حنيفة رح وقول محمد رح الآخر في هذه المسئلة مما يجمعهما مراعيا قول ابي حنيفة رح وقوله محمد رح الاول في المسئلة الاولى فاحتاج الى ذكر تلك المسئلة وهذا هو المراد بالجواب الذي ذكره صاحب العناية فاين هذا مما فهمه ذلك المعترض عليه قال ذلك البعض ويجوز ان يكون النكتة لابي حنيفة رح ووجه محمد رح غير مذكور ههنا وقوله لهما من قبيل يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان انتهى اقول الا يخفى على ذي فطرة سليمة

وهذا هو الصحيح خلافا لما يقوله عيسى بن ابان ان انه تتهاتر البينتان ويترك في يده على طريق القضاء

على وجه لا يحتمل التملك من جهة الغير انما نشأ من اثباتهما النتاج الذي لا ينكر وهذا المعنى بعينه موجود في بينة الخارج ايضا لان كلا منافيا اذا اقام كل واحد من الخارج وصاحب اليد بينة على النتاج كما هو صريح مسئلة الكتاب ههنا وفيما اذا لم يذكرا تاريخا فان ما اذا ذكرا تاريخا مسئلة اخرى لما اقسام واحكام آخر كما سيجئ في آخر هذا الباب فاذن لا معنى لسبق التاريخ في بينة ذي اليد في مسئلتنا هذه فالتمسك للتوجيه الذي ذكره ههنا واعلم انه وجه الاستحسان الذي لا يخلو حوله شائبة استشكال ههنا ما روى ابو حنيفة رحمه الله عن الهيثم عن رجل عن جابر بن عبد الله رضي الله تعالى عنه ان رجلا ادعى ناقة في يد رجل واقام البينة انها ناقته نتجها واقام ذو اليد البينة انها ناقته نتجها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها للذي هي في يده ثم اعلم انه ذكر في الشروح اقتداء من الذخيرة ان بينة ذي اليد على النتاج انما ترجح على بينة الخارج اذا لم يدع الخارج على ذي اليد فعلا نحو الغصب والوديعة او الاجارة او الرهن او ما اشبه ذلك واما اذا ادعى ذلك فبينة الخارج اولى لان ذا اليد ببينته تثبت ما هو ثابت بظاهر يده من وجه والخارج ببينته يثبت الفعل وهو غير ثابت اصلا فكانت بينة الخارج اكثر اثباتا انتهى اولى لكن قال عماد الدين رحمه الله في فصوله بعد نقل ما في الشروح عن دعوى الذخيرة وذكر الفقيه ابو الليث رحمه الله في باب دعوى النتاج من المبسوط ما يخالف المذكور في الذخيرة فقال دابة في يدي رجل اقام آخر بينة انها دابته اجر بها من ذي اليد او اعارها منه او رهنها اياه وصاحب اليد اقام بينة انها دابته نتجت عنده فانه يقضى بها لصاحب اليد لانه يدعي ملك النتاج والآخر يدعي الاعارة او الاجارة او الرهن والنتاج اسبق من الاعارة والاجارة والرهن فيقضى لذي اليد وهذا خلاف ما ذكر في الذخيرة انتهى وهذا هو الصحيح اي ما ذكر من القضاء لذي اليد هو الصحيح واليه ذهب عامة المشائخ خلافا لما يقوله عيسى بن ابان انه تتهاتر البينتان ويترك في يده اي يترك المتنازع فيه في يد ذي اليد لا على طريق القضاء اي لا على طريق قضاء الاستحقاق بل على طريق قضاء الترك وجه قوله ان القاضي يتيقن بكذب احد الفريقين اذ لا يتصور نتاج دابة بين دابتين في مثل هذا يتهاتر البينتان كما في مسئلة كوفة وكما في مسئلة عامر في اول هذا الباب ووجه صحة ما ذهب اليه العامة ان محمدا رحمه الله ذكر في الخارجين اقاما البينة على النتاج انه يقضى به بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك في يدي اليد وكذلك قال لو كانت الشاة المذبوحة في يد احدهما وسقط في يد الآخر واقام كل واحد منهما البينة على النتاج فيها يقضى بها بالسوا قط لمن في يده اصل الشاة ولو كان الطريق تهاتر البينتين لكان يترك في يد كل واحد منهما ما في يده والجواب عن قوله ان القاضي يتيقن بكذب احد الفريقين بما ذكرنا في شهادة الفريقين على الملكين بان كل واحد منهما اعتمد سببا ظاهرا مطلقا لاداء الشهادة وهذا لان الشهادة على النتاج لا يلزم فيها معاينة الانفصال من الام بل يكفي رؤية الفصيل تتبع الناقة فكل من الفريقين في شهادته على النتاج يجوز ان يعتمد سببا ظاهرا لاداء الشهادة فيجب العمل بهما دلالة اصار الى التهاتر بمنزلة شهادة الفريقين على الملكين حيث لا تتهاتر البينتان مع ان العين لواحد لا يتصور ان يكون مملوكا لشخصين في زمان واحد لكل واحد منهما بكماله ولكن لما وجد القاضي لشهادة كل واحد من الفريقين محملا يطلق له اداء الشهادة بان عاين احد الفريقين احد الشخصين يباشر سبب الملك وعاين الفريق الآخر الشخص الآخر يتصرف فيه تصرف الملاك قبل شهادة الفريقين كذا ههنا وعن هذا خرج الجواب عن مسئلة مكة وكوفة لان القاضي لم يجد لشهادة الفريقين ههنا محملا يطلق لكل واحد منهما اداء الشهادة لان المطلق بالشهادة بالطلاق والعتاق معاينة الشهود ايقاع الطلاق والعتاق ولا يتصور سماع الفريقين ايقاع الطلاق والعتاق في يوم واحد من شخص واحد بمكة وكوفة لان الشخص الواحد في يوم واحد لا يكون في مثل ذينك المكانين عادة فتهاترت البينتان هناك لذلك اما ههنا بخلافه ثم ان ثمرة الخلاف انما تظهر في حق تحليف ذي اليد وعند عيسى بن ابان يحلف ذو اليد لان البينتين لما تهاترتا صار كان البينتين لم تقوما بالشهادة اصلا فيقضى لذي اليد قضاء

ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل واقام البينة على النتاج عند فهو بمنزلة اقامته على النتاج في يد نفسه ولو اقام احدهما البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج اولى ايهما كان لان بينته قامت على اولية الملك فلا يثبت الملك للآخر الا بالتلقي من جهته وكذلك اذا كان الدعوى بين خارجين فبينة النتاج اولى لما ذكرنا ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة على النتاج يقضى له لان اليد دليل الملك المطلق اذا اقام البينة على التلقي من جهته ولم يصر مقضيا عليه بتلك القضية وكذا القضاء على ذي اليد بالملك المطلق اذا اقام البينة على التلقي من جهته ولو

قال وكذلك النسج في الثياب اي لانه نسج لها مع كغزل القطن وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر لانه في معنى النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن والسمن والمرغزى وجز الصوف وان كان يتكرر قضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق

ما كانت قائمة عنده حال القضاء فلم يكن قضاؤه على اجتهاد بل كان لعدم ما يدفع البينة من ذي اليد فاذا اقام ما يدفع به انتقض القضاء الاول انتهى اقول الاشبه ما ذكره صاحب النهاية من ان القضاء على الملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء وترجيح ابن ابي ليلى بينة الخارج فيما اذا ادعى كل السوال راسا لان كلامنا في ان المقضى عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء وترجيح ابن ابي ليلى بينة الخارج فيما اذا ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد النتاج على ما بين فيما قبل وذلك غير ما نحن فيه اما ترجيح بينة الخارج فيما اذا ادعى الخارج الملك المطلق وذو اليد النتاج كما نحن فيه فغير ثابت وقد تتبعت الكتب فلم اظفر بالتصريح بذلك من احد قط وما ذكره فيما مر من وجه جواب القياس الذي اخذ به ابن ابي ليلى لا يساعد ذلك جدا كما لا يخفى على المتامل قال اي القدوري في مختصره وكذلك النسج اي النسج كالنتاج في انه لا يتكرر وكل حكم عرفته في النتاج فهو في النسج كذلك وصورة المسئلة اذا ادعى رجل ثوبا في يد رجل انه ملكه باعه منه نسجه في ملكه واقام على ذلك بينة واقام صاحب اليد بينة على مثل ذلك قضى بالثوب لصاحب اليد كذا في النهاية في الثياب التي ينسج الامرة واحدة كغزل القطن هذا احتراز عن الثياب التي تنسج مرة بعد اخرى كالخز وفي المبسوط النسج في الثوب موجب للاولية الملك فيه وهو مما لا يتكرر كالنتاج في الدابة الا ان يكون الثوب بحيث ينسج مرة بعد اخرى كالخز ينسج ثم ينكث فيغزل وينسج ثانيا فحينئذ يقضي للخارج وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر لانه في معنى النتاج قد تقدم ان القياس في دعوى النتاج ما ذهب اليه ابن ابي ليلى من ان بينة الخارج اولى وان ما ذهبنا اليه من كون بينة ذي اليد اولى استحسان تركنا القياس فيه بالسنة وهي حديث جابر رضي الله عنه كما رويناه من قبل فلا يلحق بالنتاج الا ما كان في معناه من كل وجه وكل ما لا يتكرر من اسباب الملك فهو في معناه من كل وجه فيلحق به بدلالة النص كحلب اللبن واتخاذ الجبن والسمن اي واتخاذ اللبن والمرغزى اي جز المرغزى اذا اشتدت الزاء قصرت واذا خففت مدت والميم والعين مكسورتان وقد يقال مرغز بفتح الميم مخففا ممدودا وهي كالصوف تحت شعر الظهر كذا في المغرب جز الصوف فاذا ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد لبنا انه ملكه حلبه من شاته او ادعى جبنا اي ملكه صنعه في ملكه او ادعى سمنا انه ملكه صنعه في ملكه او ادعى مرغزى انها ملكه جزه من غنمه او ادعى صوفا انه ملكه جزه من غنمه وافاما على ذلك بينة فانه يقضي بذلك لذي اليد في هذه الصورة كلها لان اسباب الملك فيها لا يكون الا مرة واحدة فكانت في معنى النتاج من كل وجه فالحقت به وان كان يتكرر اي وان كان سبب الملك يتكرر قضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق قال صاحب النهاية والمعنى فيه ان الثوب الذي ينسج مرة بعد مرة يجوز ان يصير لذي اليد بالنسج ثم تفصيله الخارج وينقضه وينسجه مرة اخرى فيصير ملكا له بهذا السبب بعد ما كان ملكا لذي اليد فكان بمعنى دعوى الملك المطلق من هذا الوجه بخلاف الفصل الاول فان الثوب الذي لا ينسج الا مرة اذا صار لذي اليد بنسجه لا يتصور ان يكون للخارج بنسجه فكان في معنى النتاج انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث اما اولا فلان السبب يراد بحكمه كما سيجئ بعد اسطر واما ثانيا فلانه يلزم نقض اليد الثابتة بالشك انتهى اقول كلا بحمد الله ساقط جدا اما الاول فلانا لا نقضي هنا بالبينتين بناء على اعتبار السببين حتى يقال ان السبب يراد بحكمه وهو الملك ولم يثبت الملك بالنسبة الى ذي اليد حتى يكون المدعي للخارج بل نقضي هنا بينة الخارج فقط بناء على كونها اكثر اثباتا كما في الملك المطلق فلم يعتبر الا سبب احد هو للخارج بخلاف ما سيجئ بعد اسطر حيث يقضي هناك على قول محمد رحمه الله بالبينتين على اعتبار السببين ويكون المدعي للخارج فتتجه اليه من قبل الامامين ان يقال ان السبب يراد بحكمه وهو الملك حيث قال لم يثبت الملك لذي اليد لم يكن السبب عنده يراد بحكمه بالنسبة اليه فلم يعتبر وسيتضح لك الامر هناك ان شاء الله تعالى واما الثاني فلان ما ذكره صاحب النهاية من المعنى ليس علة للقضاء للخارج فيما يتكرر من الاسباب حتى يقال كيف ينقض اليد الثابتة بالمحتمل المشكوك بل هو مجرد بيان كون دعوى الملك سبب يتكرر في معنى دعوى الملك المطلق دون معنى دعوى النتاج حيث لا يدل السبب الذي يتكرر على اولية الملك كالنتاج بل يحتمل ان يثبت به الملك ابتداء كالملك المطلق واما علة القضاء للخارج بعد تقرر ذلك المعنى فكون بينة الخارج اكثر اثباتا من بينة ذي اليد كما تحقق في مسئلة

وهو مثل الحنطة والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب فان اشكل رجع الى اهل الخبرة لانهم اعرف به فان اشكل عليهم قضى به للخارج
كان القضاء ببينته هو الاصل والعدول عنه بخبر النتاج فاذا لم يعلم رجع الى الاصل قال وان اقام الخارج البينة على الملك المطلق وصاحب اليد
البينة على الشراء منه كان صاحب اليد اولى لان الاول وان كان يثبت ولاية الملك فقد تلقى منه وهذا كما اذا اقر الملك له ثم ادعى الشراء منه

دعوى الملك المطلق والاحاجة الى البيانة هنا ومفاسد قلة التامل مما يضيق عن الاحاطة به نطاق البيان وقد تشكل ذلك البعض فهول البعض وان كان يتكرر يقضى به
للخارج حيث قال فيه ان الشراء سبب يتكرر مع ان بينة ذى اليد اولى فلا بد من الفرق اقول اذا ادعى الخارج الشراء من رجل واودعاه ذو اليد من رجل
آخر فالحكم فيه كحكم ما اذا ادعيا الملك المطلق بلا تفاوت بينهما على ما صرح به فى عامة المعتبرات وذكره الشارح الاتقانى فيما نقلناه عن مبسوط شيخ الاسلام فلا التباس
هناك واما اذا ادعيا الشراء من واحد فبينة ذى اليد اولى كما مر فى الكتاب فوجه الفرق بينه وبين ما نحن فيه هو ان كلا من الخارج وذى اليد هناك اثبت بينته
الاستحقاق على ثالث حيث ادعيا تلقى الملك من جهته كما صرحوا به وكان ما ادعياه بسبب الاستحقاق على الغير لا سبب الملك وحده فلم يكن فى معنى الملك المطلق
بخلاف ما نحن فيه ولعل فى كلام المصنف ايماء الى ذلك حيث قال وكذلك كل سبب فى الملك لا يتكرر ثم قال وان كان يتكرر يقضى به للخارج فاعتبر اختلاف
حكمى ما يتكرر وما لا يتكرر فى سبب الملك احترازا عن سبب الاستحقاق وهو اى السبب الذى لا يتكرر فى الملك مثل النسج الخز اى مثل نسج الخز وهو اسم دابة ثم سمى الثوب المتخذ
من وبره خزا كذا فى المغرب قيل هو ينسج فاذا بلى يغزل مرة اخرى وينسج والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب اى وزراعة الحنطة وسائر الحبوب فاذا
ادعى كل واحد من الخارج وذى اليد ثوبا انه ملكه نسجه من خزه او ادعى دارا انها ملكه بناها بماله او ادعى نهرا انه ملكه غرسه او ادعى حنطة انها ملكه زرعها او دجاجا
آخر من الحبوب كذلك وقاما على ذلك بينة قضى بذلك الخارج فى هذه الصور كلها لان اسباب الملك فيها ليست فى معنى النتاج لتكررها اما الخز فلما تقدم
واما البناء فلانه يكون مرة بعد اخرى واما الغرس فكذلك واما الحنطة والحبوب فلانها تزرع ثم يغير التراب فيتغير الحنطة والحبوب ثم تزرع ثانية فاذا لم تكن فى
معناه لم تلحق به بل صارت بمنزلة الملك المطلق فان اشكل اى فان اشكل شئ لا يتيقن بالتكرار وعدمه فيه يرجع الى اهل الخبرة اى ليسال القاضى اهل العلم عن ذلك ليعلم
العدول منهم ويبنى الحكم على قولهم لانهم اعرف به قال الله تعالى فاسالوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون الواحد منهم يكفى والاثنان احوط كذا فى النهاية نقلا
عن المبسوط والذخيرة فان اشكل ذلك على اهل الخبرة ايضا قضى به اى بالمشكل للخارج لان القضاء ببينة الخارج هو الاصل لان القياس والعدول
عنه بخبر للنتاج اى والعدول عن الاصل كان بخبر النتاج اى بحديث النتاج وهو حديث جابر رضى الله عنه كما رويناه من قبل فى وجه الاستحسان
فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل الذى هو القياس قال اى القدورى فى مختصره وان اقام الخارج البينة على الملك وصاحب اليد البينة على الشراء منه اى
من ذلك الخارج كان صاحب اليد اولى لان الاول اى الخارج وان كان يدعى اولية الملك وفى بعض النسخ ان كان يثبت اولية الملك فهذا اى فصاحب
اليد تلقى منه اى تلقى الملك من ذلك الخارج وفى هذا الاثنانى كما لا يخفى فصار اى فصار حكم هذه المسئلة كما اذا اقر بالملك له اى كما اذا اقر صاحب اليد بالملك
الخارج ثم ادعى اى صاحب اليد الشراء منه اى من الخارج قال صاحب النهاية ذكر فى الفصول والحاصل ان الخارج مع ذى اليد اذا ادعيا ملكا مطلقا
ففى كل الصور الخارج اولى الا اذا اقام صاحب اليد بينة على النتاج او ارخا وتاريخ صاحب اليد اسبق وفى هذه الصورة التى ذكرها فى الكتاب يترجح بينة
صاحب اليد ايضا وهى فيما اذا اقاما الخارج البينة على الملك واقام صاحب اليد البينة على انه اشتراه من المدعى لان المدعى ان كان اثبت اولية الملك فهذا
تلقى منه فحصل من هذا ان بينة ذى اليد ترجح على بينة الخارج فى هذه الصور الثلث التى ذكرناها انتهى اقول الاساس لهذه الصورة التى ذكرت فى الكتاب ذكر فى الفصول
لانه فيما اذا ادعى كل واحد من الخارج وذى اليد ملكا مطلقا على ما هو مدلول صريح قول صاحب الفصول والحاصل ان الخارج مع ذى اليد اذا ادعيا
ملكا مطلقا الخ وما ذكر فى الكتاب فيما اذا ادعى الخارج الملك المطلق وذو اليد الملك المقيد بالشراء فضم هذه الصورة الى الصورتين المذكورتين فى الفصول
بطريق الاستثناء وجعل ما يترجح فيه بينة ذى اليد على بينة الخارج صورا ثلثا كما فعله صاحب النهاية مما لا اصل له لانه ان اراد ان ما يترجح فيه بينة ذى اليد

الملك المطلق

قال وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر وكل تاريخ معها تهاترت البينتان ويترك الدار في يدي ذي اليد قال رضي الله عنه هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعلى قول ابي يوسف رحمه الله يقضي بالبينتين ويكون للخارج لان الاصل فيما يمكن فيجعل كانه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع وهو يسلم لان القبض دلالة السبق على ما مر وهو لا يعكس الامر لان البيع قبل القبض لا يجوز وان كان في العقار عنده وعلى هذا ان الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك للبائع فصار كانهما اقاما على الاقرار بن وفيه التهاتر بالاجماع كذا ههنا ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك وههنا لا يمكن القضاء لذي اليد لان الملك مستحق فبقي القضاء له بمجرد السبب وانه لا يفيد ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عند هما اذا استويا بالوجود قبض مضمون من كل جانب وان لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد رحمه الله لان الوجوب عنده ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند هم لجواز اكل واحد من البيعين

على بينة الخارج فيما اذا ادعيا الملك المطلق بهذه الصورة الثلث فليس بصحيح كما لا يخفى وان اراد ان ما يترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج فيما اذا ادعيا الملك المطلق او غيره هذه الصورة الثلث فليس بتمام لان ما يترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج مطلقا غير منحصر في هذه الصورة الثلث بل متحقق في غيرها كما اذا ادعيا الشراء من واحد ولم يكن تاريخ احدهما اسبق على ما سبق في الكتاب قال ابي القدوري في مختصره وان اقام كل واحد منهما اي الخارج وذي اليد البينة على الشراء من الآخر اي اقام الخارج البينة على انه اشترى هذه الدار مثلا من ذي اليد واقام هو ذو اليد على انه اشتراها من الخارج ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد بغير قضاء قال رضي الله عنه اي قال المصنف وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعلى قول محمد رحمه الله يقضي بالبينتين ويسلم وتكون اي وتكون الدار للخارج لان العمل بهما اي بالبينتين ممكن فيجعل كانه اشترى ذو اليد مع الآخر قبض ثم باع اي ثم باع ذو اليد من الخارج ولم يقبض الخارج لان القبض دلالة السبق اي لان قبض ذي اليد دليل سبقه في الشراء كما مر اشارة الى قوله وان لم يذكرا تاريخا ومع احدهما قبض فهو اولى لان يكذبه عن قبضه يدل على سبق شرائه انتهى ولا يعكس الامر اي لا يجعل كان الخارج اشتراها من ذي اليد اولا ثم باعها اياه لان البيع قبل القبض لا يجوز يعني ان العكس يستلزم البيع قبل القبض وذلك لا يجوز وان كان اي وان كان البيع في العقار عنده اي عند محمد رحمه الله وهما اي ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان الاقدام على الشراء اقرار منه اي من المشتري بالملك للبائع فصار اي فصار امر هذه المسألة كانهما اقاما البينتين قائما على الاقرارين اي على الاقرارين من الطرفين وفيه التهاتر بالاجماع فكذا هنا اي فيما نحن فيه ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك هذا دليل آخر لهما متضمن للجواب عما قاله محمد رحمه الله ان العمل بالبينتين ممكن يعني ان السبب لا يراد لنفسه انما يراد لحكمه فاذا كان مفيدا لحكمه كان معتبرا واذا لا فلا لكونه غير مقصود بالذات وههنا لا يمكن القضاء لذي اليد لانه مملوك مستحق اي مستحق للخارج لانا اذا قضينا ببينة ذي اليد فانما يقضي ليزول ملكه الى الخارج فلم يكن السبب الذي هو البينة ههنا مفيدا لحكمه بالنسبة اليه فبقي القضاء له بمجرد السبب وانه لا يفيد فلم يكن معتبرا فلم يكن العمل بالبينتين اقول لمطالب ان يطالب بالفرق بين مسئلتنا هذه على قولهما وبين ما اذا اقام كل واحد من الخارج وذي اليد البينة على النتاج و لا تاريخ معهما حيث لم تتهاتر البينتان هناك عند ائمتنا الثلثة على ما هو الصحيح بل قضي ببينة ذي اليد لها هناك على ان البينتين استوتا في الاثبات وترجحت بينة ذي اليد بالليد كما مر وتهاترتا ههنا عندهما مع الاشتراك في العلة المذكورة هناك فتامل في الفرق ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا اي اذا استوى الثمنان لوجود قبض مضمون من كل جانب لعدم الفضل بشيء من العقدين عندهما وان كان احد الثمنين اكثر رجح بالزيادة كذا في شرح الكنز للزيلعي ثم ان هذا اي القصاص اذا كان المقبوض هالكا وان كان قائما وجب رده كذا في الكافي فان قلت تهاترت البينتان في الشراء عندهما فينبغي ان يكون كذلك في حق النقد لانه في ضمنه قلت امكن ان لا تقبل البينة في حق شيء وتقبل في حق شيء آخر كالمرأة اذا اقامت البينة على وكيل وجها بنطقها على تطليق زوجها لا تقبل في حق الطلاق وتقبل في حق تصريد الوكيل كذا في شرح تاج الشريعة وان لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد رحمه الله لان الوجوب عنده اي لان الوجوب الثمن عند محمد رحمه الله ان البينتين لما تهاترتا عنده كان كل واحد منهما موجبا للثمن عند مشتريه فيقاصل لوجوب بالوجوب ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا اي البينتان بالاجماع لكن على اختلاف التخريج فعندهما باعتبار ان دعواهما مثل هذا البيع اقرار من كل واحد منهما بالملك لصاحبه وفي مثل هذا الاقرار يتهاتر الشهود فكذلك ههنا وعند محمد رحمه الله باعتبار ان بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع بعد القبض وليس في البينتين ذكر تاريخ ولا دلالة تاريخ حتى يجعل احدهما سابقا والآخر لاحقا فاذا جاز البيعان ولم يكن احدهما اولى من الآخر في القبول ساقطا للتعارض فبقي العين على يد صاحب اليد كما كان وهو معنى قول المصنف لان العمل بهما غير ممكن عنده لجواز اكل واحد من البيعين مع عدم الاولوية احدهما على الآخر لعدم ذكر التاريخ ولا دلالة فاذا كانت شهادة الفريقين بمنزلة تعارض البينتين

بخلاف الاول وان وقعت البينتان في العقار ولم يثبتا قبضا ووقت الخارج اسبق يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل كان الخارج اشترى
اولاهما باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما وعند محمد رح لا يقضى للخارج لانه يرجح بيعه قبل القبض فتقضى على ملكه وان اثبتا قبضا يقضى لصاحب اليد
كان البيعين جائزان على القولين واذا كان وقت صاحب اليد اسبق يقضى للخارج في الوجهين فيجعل كانه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم او سلم ثم
وصل اليه بسبب آخر **قال** وان اقام احد المدعيين شاهدين والآخر اربعة فهما سواء لان شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد
والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل يقع بقوة في احدها على ما عرف **قال** واذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان احدهما جميعها والآخر نصفها واقاما البينة فلصاحب
الجميع ثلثاها وهو قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح لصاحب النصف ربعها عند ابي حنيفة رح اعتبارا للطريق المنازعة وقال محمد رح بينهما نصفان لان صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فيسلم له بلا منازعة ويستوي منازعتهما في النصف الآخر فيقتسمانه

بحيث متى لم يمكن الترجيح ولا الحمل على الحالتين سقط العمل بهما فبعد ذلك كان العمل بما بعدهما من الحجة على ما عرف وههنا ايضا لما سقطت شهادتهما بالتعارض بقي
العينان في يد صاحب اليد كما كانت بخلاف الاول اي بخلاف ما اذا لم يذكر القبض في شهادتهما حيث يجعل هناك شراء صاحب اليد سابقا ببيعه لاحتمال ان القبض
على السبق اذ لو جعل شراء اللاحق سابقا لزم البيع قبل القبض كما مر مرارا بدقة في جملة الشروح في حل هذا المقام اقول للقائل ان يقول لم لا يجوز الجمع بينهما والقضاء بهما
بجعل العينين المدعاة بين المدعيين نصفين كما جعلناها كذلك فيما اذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما نصفها له واقاما البينة ولا تاريخ معهما حيث قضينا
هناك بالعينين بينهما نصفين كما مر في صدر هذا الباب وايضا قلنا اذا ادعى اثنان عينا في يد ثالث كل واحد منهما يدعي انه اشتراها منه واقاما بينة ولا تاريخ معهما
فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العين بنصف الثمن وان شاء ترك وقد مرت هذه المسئلة ايضا في هذا الباب ومرت فيه ايضا مسائل اخرى مشتركة في
هذا الحكم اعني التنصيف بلا خلاف بين ائمتنا ولا يخفى ان ما ذكروا ههنا لتخريج محمد رحمه الله ينقض لكل واحدة منها فتدبر وفي الكافي وما ذكر في الهداية من انه لو شهد
الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عن محمد رح جواز كل واحد من البيعين بخلاف ما ذكر في المبسوط والجامع الكبير وغيرهما من انه لو شهد وا بالبيع والقبض يقضى للبينتين عند محمد رح فيقضي
بالدار لذي اليدين لان البينات حجج الشرع فيجب العمل بها ما امكن وقد امكن لانهما اثبتا العقدين والقبضين فيجعل كان ذا اليد باعها وسلمها ثم الخارج باعها وسلمها انتهى وان وقت البينتان في العقار فهي
فيه بالعقار نظير ثمرة الخلاف كما ذكر كذا في النهاية ومعراج الدراية ولم يثبتا قبضا اي ولم يثبت البينتان قبضا وفي بعض النسخ ولم يثبتا قبضا ووقت الخارج اسبق اي والحال ان وقت الخارج
اسبق يقضى لصاحب اليد عندها اي عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح فيجعل كان الخارج اشترى ولا تهم باع قبل القبض من صاحب اليد فانه جائز في العقار عندهما وعند محمد رح يقضى للخارج لانه
لا يصح بيعه اي بيع العقار قبل القبض عنده وبقي على ملكه اي فاذا لم يصح بيعه قبل القبض بقي على ملك الخارج وان اثبتا قبضا اي وان اثبت البينتان قبضا
وباقي المسئلة على حاله وفي بعض النسخ وان بينتا قبضا يقضى لصاحب اليد اي بالاجماع فيجعل ان الخارج باع ذلك من بائعه بعد ما قبضه لان البيعين اي
بالوجه المزبور جائزان على القولين اي على قوله وقول محمد رح وان كان وقت صاحب اليد اسبق وباقي المسئلة على حاله يقضى للخارج في الوجهين
اي سواء اثبت البينتان القبض او لم تثبتا فيجعل كانه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم اليه ثم باع ذو اليد من الخارج ولكن لم يسلم
اليه هذا باعتبار عدم اثبات القبض او سلم اي سلم ذو اليد الى الخارج ثم وصل اليه اي الى ذي اليد بسبب آخر من اجارة او اعارة او غيرهما وهذا باعتبار اثبات
القبض فقد جمع المصنف رح الوجهين في تقريره هذا كما ترى فان قلت بقيت من اقسام المسئلة المارة صورتان لم تذكرا في الكتاب احدهما ان لم توقت البينتان وقتا
واحدا واثنيهما ان توقت احدى البينتين وقتا ولم توقت الاخرى فما حكمهما قلت حكم كل واحدة منهما كلها اذا لم توقتا اصلا نص عليه في غاية البيان نقلا عن
مبسوط شيخ الاسلام قال اي القدوري في مختصره وان اقام احد المدعيين شاهدين والآخر اربعة فهما سواء اي الاثنان في الاربعة من الشهود سواء لان
شهادة كل شاهدين علة تامة لوصولها الى حد النصاب الكامل كما في حالة الانفراد في غير الشهادة في الزنا والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل يقع بقوة فيها اي في
العلة الا ترى ان الخبر لا يترجح بخبر آخر وان الآية لا ترجح بآية اخرى لان كل واحد منهما علة بنفسه والمفسر مقدم على النص والنص على الظاهر باعتبار القوة على ما عرف اي في علم اصول الفقه
وكذلك الشهادتان اذا تعارضتا واحد لهما مستورة والاخرى عادلة ترجحت العادلة على المستورة بالعدالة لانها صفة الشهادة ولا ترجح بزيادة عدد الشهود
لانها ليست بصفة لما هو حجة من الشهادة بل هي مثلها وشهادة كل عدد ركن مستقل شهادة الآخر الا ان يكون بعضها صفة للبعض الى هذا اشار في التقويم كذا في
النهاية قال اي القدوري في مختصره واذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان احدهما جميعها والآخر نصفها واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلثاها ولصاحب
النصف ربعها عند ابي حنيفة رح اعتبارا للطريق المنازعة فان صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فيسلم له والا منازعة بينهما سواء فيقتسمانه نصفين وصاحب النصف الآخر فيقتسم

بينهما وثلاثة بينهم اثلاثا واعتبر طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين وصاحب النصف بسهم والمال بينهم اثلاثا ولهذه المسئلة نظائر واضداد لا يحتملها هذا المختصر وقد ذكرنا ها في الزيادات قال ولو كانت لرجل سهام جميع نصفها على وجه القضاء ونصفها لا على وجه القضاء خارج من النصف ينقض ببينة ذي اليد ربع جميع الدار لان ذا اليد يدعي النصف ومدعي النصف مدعي الربع وسالم له

بينهما اجعل الدار على اربعة نحاجتنا الى حساب النصف والنصف نصف واقله اربعة كذا في الكافي وقالا اي ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هي اي الدار بينهما اي بين المدعيين اثلاثا فاعتبر بطريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين اي يأخذ بحسب كل حقه سهمين وفي المغرب وقال الفقهاء فلان يضرب فيه بالثلث اي يأخذ منه شيئا بحكم ماله من الثلث كذا في النهاية ومعراج الدراية وصاحب النصف بسهم واحد اي وصاحب النصف يضرب بكل حقه ايضا وهو سهم واحد اذ الدار تجعل سهمين نحاجتنا الى عدد النصف صحيح واقله اثنان فيضرب صاحب الجميع بذلك وصاحب النصف بسهم واحد فتقسم بينهما اثلاثا اي فيقسم الدار بين المدعيين اثلاثا ثلثاها بالمدعى الجميع وثلثها لمدعى النصف واعلم ان اصل ابي حنيفة رحمه الله ان المدلي بسبب صحيح وهو ما يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر اليه يضرب بجميع حقه كاصحاب العول والموصى له بالثلث فما دونه وغرماء الميت اذا ضاقت التركة عن ديونه والمدلي بسبب غير صحيح يضرب بقدر ما يصيبه حال المزاحمة كمشتري الكثير والموصى له بالكثير من الثلث واصل ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان قسمة العين متى وجبت بسبب حق كان في العين كانت القسمة على طريق العول كالتركة بين الورثة ومتى وجبت لا بسبب حق كان في العين فالقسمة على طريق المنازعة كالفضولي اذا باع عبد رجل بغير امره وفضولي آخر باع نصفه واجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق المنازعة اربعا عندهما الاصلين امكن الاتفاق بين الائمة الثلثة على العول وعلى المنازعة وامكن الافتراق فما اتفقوا على العول فيه العول على التركة اما على اصله فلان السبب لا يستحق الى ضم شئ واما على اصلهما فلانهما وجبت بسبب حق في العين لان حق الورثة يتعلق بعين التركة ومما اتفقوا عليه بطريق المنازعة بيع الفضولي اما على اصله فلانه ليس بسبب صحيح لاحتياجه الى انضمام الاجازة اليه واما على اصلهما فلان حق كل واحد من المشتريين كان في الثمن فتحول بالشراء الى المبيع ومما افترقوا فيه مسئلتنا هذه فعلى اصله سبب استحقاق كل منهما هو الشهادة وهي تحتاج الى اتصال القضاء بها كما تقدم فلم يكن سببا صحيحا فكانت القسمة على طريق المنازعة كما بين في الكتاب وعلى اصلهما حق كل واحد من المدعيين في العين بمعنى ان حق كل منهما شائع فيها فما من جزء الا وصاحب القليل يزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه فلهذا كانت القسمة فيه بطريق العول كما ذكر في الكتاب ثم اعلم ان اصلهما يقتضي بحق الغرماء في التركة فان قسمة العين بينهم بسبب حق كان في الذمة لا في العين ومع ذلك كانت القسمة عولية كذا في المبسوط قال المصنف رحمه الله ولهذه المسئلة نظائر واضداد اي للمسئلة المذكورة اشباه حكم فيها ابو حنيفة رحمه الله بالمنازعة وصاحباه بالعول كما في هذه المسئلة واضداد حكم فيها ابو حنيفة رحمه الله بالعول وصاحباه بالمنازعة على عكس ما في هذه المسئلة لا يحتملها اي النظائر والاضداد هذا المختصر يعني الهداية وقال وقد ذكرنا ها في الزيادات فمن نظائرها الموصى له بجميع المال وبنصفه عند اجازة الورثة والموصى له بالعين مع الموصى له بنصفه لو كان المال كله عينا للميت سواه ومن اضدادها العبد المأذون له المشترك اذا ادانه احد المولين مائة درهم واجنبي مائة درهم ثم بيع بمائة درهم فالقسمة بين المولى للدين والاجنبي عند ابي حنيفة رحمه الله اثلاثا وعندهما بطريق المنازعة اربعا وكذا المدبر اذا قتل خطأ وقضي عين آخر وغرم المولى قيمته لهما كذا في الكافي والشروح فتذكر الاصلين المذكورين يسهل عليك استخراج هذه الصورة قال اي القدوري في مختصره ولو كانت في ايديهما اي لو كانت الدار في ايدي المدعيين المسئلة بحالها سالم لصاحب الجميع اي لمدعي الجميع نصفا على وجه القضاء وهو الذي كان بيد الآخر ونصفها لا على وجه القضاء وهو الذي كان بيد نفسه لانه خارج في النصف اي لان صاحب الجميع وهو مدعي الجميع خارج في نصف الذي يأخذ مدعي النصف فيقضي ببينة صاحب الجميع في حق ذلك النصف بناء على ان بينة الخارج اولى من بينة ذي اليد فتم دليل قوله نصفها على وجه القضاء وبقي دليل قوله ونصفها لا على وجه القضاء وهو قوله فالنصف الذي في يديه اي في يدي صاحب الجميع صاحبه لا يدعيه اي صاحب الجميع اي خصمه وهو مدعي النصف لا يدعي ذلك النصف لان مدعاه اي مدعى صاحبه وهو مدعي النصف اي النصف وهو في يده سالم له توضيحه ان دعوى مدعي النصف منصرفة الى ما في يده ليكون يده يدا محقة في حقه لان حمل امور المسلمين على الصحة واجب فمدعي النصف لا يدعي شيئا مما في يد صاحب الجميع لان مدعاه النصف وهو في يده فسلم النصف

بخلاف الاول وان وقتت البينتان في العقار ولم تثبتا قبضا ووقت الخارج اسبق يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل كان الخارج اشترى
او اكتم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما وعند محمد رح يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه قبل القبض فيقضى على ملكه وان اثبتا قبضا يقضى لصاحب اليد
كان البيعين جائزان على القولين واذا كان وقت صاحب اليد اسبق يقضى للخارج في الوجهين فيجعل كانه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم او سلم ثم
وصل اليه بسبب آخر **قال** وان اقام احد المدعيين شاهدين والآخر اربعة فتما سواء لان شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد
والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل يقع بقوة فيما علم **قال** واذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان احدهما جميعها والآخر نصفها واقاما البينة فللصاحب
الجميع ثلثة ارباعها ولصاحب النصف ربعها عند ابي حنيفة رح اعتبارا للطريق المنازعتان صار كانه بين ثلثة انصافها لصاحب النصف نصف ما في يده ونصف ما في يد صاحبه بالمنازعة واستوت منازعتهما في النصف الآخر فيقضى

بحيث متى لم يكن الترجيح ولا الحمل على الحالتين سقط العمل بهما فبعد ذلك كان العمل بما بعدهما من الحجة على ما عرف وههنا ايضا لما استقطت شهادتهما بالتعارض بقي
العين في يد صاحب اليد كما كانت بخلاف الاول اي بخلاف ما اذا لم يذكر القبض في شهادتهما حيث يجعل هناك شراء صاحب اليد سابقا وبيعه لاحقا لدلالة القبض
على السبق اذ لو جعل شراء الخارج سابقا لزم البيع قبل القبض كما مر زبدة ما في غاية الشروح في حل هذا المقام اقول لقائل ان يقول لم لا يجوز الجمع بينهما والحاصل انهما
يجعل العين المدعاة بين المدعيين نصفين كما جعلناها كذلك فيما اذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما انه اشتراه واقاما البينة ولا تاريخ معهما حيث قضينا
هناك بالعين بينهما نصفين كما مر في صدر هذا الباب وايضا قلنا اذا ادعى اثنان عينا في يد ثالث كل واحد منهما يدعي انه اشتراها منه واقاما بينة ولا تاريخ معها
فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العين بنصف الثمن وان شاء ترك وقد مرت هذه المسئلة ايضا في هذا الباب ومرت فيه ايضا مسائل اخرى مشتركة في
هذا الحكم اعني التنصيف بلا خلاف بين ائمتنا ولا يخفى ان ما ذكرناه ههنا التخريج محمد رحمه الله بنقض لكل واحدة منهما فقد مر في الكافي وما ذكر في الهداية من انه لو شهد
الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد رح بجواز كل واحد من البيعين بخلاف ما ذكر في المبسوط والجامع الكبير فغير سديد لان الشهود بالبيع والقبض يقضيان بالبيعين عند محمد رح فيقضي
بالدار لذي اليدين لان البينات للترجيح الشرع فيجب العمل بها ما امكن وقد امكن لان بينهما اثبتا العقدين والقبضين فيجعل كان ذا اليد باعها وسلمها ثم الخارج باعها وسلمها انتهى وان وقتت البينتان في العقار فيما
قيد بالعقار لظهور ثمرة الخلاف كما ذكر كذا في النهاية ومعراج الدراية ولم تثبتا قبضا اي لم تثبت البينتان قبضا وفي بعض النسخ ولم تثبتا قبضا ووقت الخارج اسبق اي والحال ان وقت الخارج

اسبق يقضي لصاحب اليد عندهما اي عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح فيجعل كان الخارج اشترى ولم يقبض ثم باع قبل القبض من صاحب اليد فانه جائز في العقار عندهما وعند محمد رح يقضى للخارج لانه
لا يصح بيعه اي بيع العقار قبل القبض عنده فبقي على ملكه اي فاذا لم يصح بيعه قبل القبض بقي على ملك الخارج وان اثبتا قبضا اي وان اثبت البينتان قبضا
وباقي المسئلة على حاله وفي بعض النسخ وان بينتا قبضا يقضي لصاحب اليد اي بالاجماع فيجعل ان الخارج باع ذلك من بائعه بعد ما قبضه لان البيعين اي
بالوجه المزبور جائزان على القولين اي على قولهما وقول محمد رح وان كان وقت صاحب اليد اسبق وباقي المسئلة على حاله يقضي للخارج في الوجهين
اي سواء اثبت البينتان القبض او لم تثبتا فيجعل كانه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم او سلم ثم باع ذو اليد من الخارج ولكن لم يسلم
اليه هذا باعتبار عدم اثبات القبض او سلم اي سلم ذو اليد الى الخارج ثم وصل اليه اي الى ذي اليد بسبب آخر من اجارة او اعارة او غيرهما وهذا باعتبار اثبات
القبض فقد جمع المصنف الوجهين في تقريره هذا كما ترى فان قلت بقيت من اقسام المسئلة المارة صورتان لم تذكرا في الكتاب احدهما ان لم تقع البينتان وقتا
واحدا وثانيهما ان توقت احدى البينتين وقتا ولم توقت الاخرى فما حكمهما قلت حكم كل واحدة منهما حكمها اذا لم توقتا اصلا نص عليه في غاية البيان نقلا عن
مبسوط شيخ الاسلام قال اي القدوري في مختصره وان اقام احد المدعيين شاهدين والآخر اربعة فتما سواء اي الاثنان في الاربعة من الشهود سواء لان
شهادة كل شاهدين علة تامة لوصولها الى حد النصاب الكامل كما في حالة الانفراد في غير الشهادة في الزنا والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل يقع بقوة فيها اي في
العلة الا ترى ان الخبر لا يترجح بخبر آخر والآية لا ترجح بآية اخرى لان كل واحد منهما علة مفسدة والمفسد تترجح عند النصر والنص على الظاهر باعتبار القوة على ما عرف اي في علم اصول الفقه
وكذلك الشهادتان اذا تعارضتا واحدهما مستورة والاخرى عادلة ترجحت العادلة على المستورة بالاجماع لانها صفة الشهادة ولا ترجح بزيادة عدد الشهود
لانها ليست بصفة لما هو حجة من الشهادة بل هي مثلها وشهادة كل عدد ركن مثل شهادة الآخر الا ان يكون بعضها صفة للبعض الى هذا اشار في التقويم كذا في
النهاية قال اي القدوري في مختصره واذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان احدهما جميعها والآخر نصفها واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلثة ارباعها
النصف ربعها عند ابي حنيفة رح اعتبارا للطريق المنازعة فان صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فيسلم له بلا منازعة وتستوي منازعتهما في النصف الآخر فيقضى

قال واذا كان العبد في يد رجل اقام رجلان عليه البينة احدهما بالغصب والآخر بوديعة فهو بينهما لاستوائهما **فصل** في التنازع بالايدي
قال واذا تنازعا في دابة احدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب اولى لان تصرفه اظهر فانه يختص بالملك وكذا اذا كان احدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب في السرج اولى بخلاف ما اذا كانا راكبين حيث تكون بينهما لاستوائهما في التصرف وكذا اذا تنازعا في بعير وعليه حمل لاحدهما والآخر راكبه فصاحب الحمل اولى لان هو المتصرف وكذا اذا تنازعا في قميص احدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس اولى لان اظهر هما تصرفا ولو تنازعا في بساط احدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما معناه على طريق القضاء لان العقود ليس يد عليه فاستويا

عن محمد رحمه الله قال اذا كان من الدابة مشكلا يقضي بينهما نصفين وان كان مخالفا للوقتين لانه يقضي اما بشيء وترك في يدي ذي اليد فصار كأن كلا منهما لم تقم البينة ولعل هذا هو الاصح وقوله ينظر الى مقصودهما ليس بشيء لان مقصود المدعي ليس بمعتبر في الدعاوى بالحجة واتفاق الفريقين على استحقاقها على ذي اليد غير معتبر لانه ليس بحجة مع وجود المكذب انتهى اقول يمكن ان يجاب عن قوله وقوله ينظر الى مقصودهما ليس بشيء في قوله لانه ليس بحجة مع وجود المكذب بان الموجود مكذب لوقتين لا مكذب اصل البينتين فالملازم منه ساقط اعتبار ذكر الوقت لاسقوط اعتبار اصل البينتين وهو اثبات استحقاق للمدعيين على ذي اليد فلا فارق لما في المبسوط ويرشد الى هذا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال وان خالف بينهما الوقتين جميعا سقط الوقت كذا ذكر في ظاهر الرواية لان ظهر بطلان التوقيت فكأنهما لم يوقتا فبقيت البينتان قائمتين على مطلق الملك من غير توقيت وذكر الحاكم في مختصره ان في رواية ابي الليث بهما تترك البينتان قال وهو الصحيح ووجهه ان سن الدابة اذا خالف الوقتين فقد تيقنا بكذب البينتين فالتحقنا بالعدم فيترك المدعى في يد صاحب اليد كما كان والجواب ان مخالفة السن الوقتين توجب كذب الوقتين لا كذب البينتين اصلا ودراسا انتهى كلامه فتامل شد قال اي محمد رحمه في الجامع الصغير في كتاب القضاء واذا كان العبد في يد رجل اقام رجلان عليه البينة احدهما بالغصب والآخر بوديعة فهو بينهما اي العبد بين المدعيين لاستوائهما لان المدعو به لما جحد الوديعة صار غاصبا فصار دعوى الوديعة والغصب سواء والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق فيكون العبد بينهما نصفين **فصل** في التنازع بالايدي لما فرغ عن بيان وقوع الملك بالبينة شرع في بيان وقوعه بظاهر اليد في هذا الفصل لما ان الاول اقوى ولهذا اذا اقامت البينة لا يلتفت الى اليد قال اي القدوري في مختصره واذا تنازعا اي تنازع اثنان في دابة احدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب اولى لان تصرفه اي تصرف الراكب اظهر فانه اي الراكب يختص بالملك يعني غالبا قال الامام الزيلعي في شرح الكنز بخلاف ما اذا اقاما البينة حيث يكون بينهما لان البينة الخارج اولى لانها حجة مطلقة وبينة الخارج اكثر اثباتا على ابنائه واما التعلق فليس بحجة وكذا التصرف لكنه يستدل بالتمكن من التصرف على انه كان في يده واليد دليل الملك حتى جازت الشهادة له بالملك فيترك في يده حتى يقوم الحجج والترجيح انتهى وكذا اذا كان احدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب اي في السرج اولى لان العادة جرت بان الملاك يركبون في السرج وغيرهم يكون رديفا كذا في الكافي وغيره واعلم ان ما ذكر في الكتاب من ان كون الراكب في السرج اولى من رديفه على رواية نقلها الناطفي رح في الاجناس عن نوادر المعلى واما في ظاهر الرواية فالدابة بينهما نصفان كذا في غاية البيان والعناية بخلاف ما اذا كانا راكبين اي في السرج حيث تكون اي الدابة بينهما قولا واحدا لاستوائهما في التصرف اما اذا كان احدهما ممسكا بلجام الدابة والآخر متعلقا بذنبها قال مشائخنا ينبغي ان يقضي للذي هو ممسك بلجامها لانه لا يتعلق باللجام غالبا الا المالك اما الذنب فانه كما يتعلق به المالك يتعلق به غيره كذا في النهاية نقلا عن الذخيرة وكذا اذا تنازعا في بعير وعليه حمل لاحدهما فصاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف فهو ذو اليد واذا تنازعا في قميص احدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس اولى لانه اظهرهما تصرفا ولهذا يصير به غاصبا كذا في الشروح ولو تنازعا في بساط احدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما وكذا لو كانا جالسين عليه وادعياه فهو بينهما كذا في الشروح قال المصنف معناه لا على طريق القضاء اي معنى قوله فهو بينهما انه بينهما لا على طريق القضاء وعلل المسئلة بقوله لان العقود ليس يد عليه اي على البساط حتى لا يصير غاصبا بفتحه فاستويا اي فاستوى المتنازعان فيه فيجعل في ايديهما لعدم المنازع لهما بذا وقال صاحب النهاية في حل هذا المقام لان اليد على البساط لا يثبت الا باحد الطريقين اما باثبات اليد عليه حسا بالنقل والتحويل واما بكونه في يده حكما بان كان في بيته وله يوجد شيء من ذلك في البساط فانا نراه موضوعا على

التعليق

وكذا اذا

ولو لم ينصرف اليه دعواه كان ظالما بامساكه وقضاء بدون الدعوى فيترك في يده واذا تنازعا في دابة واقام كل واحد منهما البينة انها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق احد التاريخين فهو اولى ان الحال تشهد له فيترجح وان اشكل ذلك وكانت بينهما لسقوط التوقيت فصارا كانهما لم يذكرا تاريخا وان خالف سن الدابة الوقتين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم الشهيد لان ظهر كذب الفريقين فتترك في يد من هي في يده

لدعى الجميع بلا منازعة كذا في الكافي ولو لم ينصرف اليه دعواه اى ولو لم ينصرف دعوى مدعى النصف الى النصف الذى في يده كان ظالما بامساكه اى كان مدعى النصف ظالما بامساكه ما في يده وقضيته وجوب حمل امر المسلم على الصحة قاضية بخلافه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده اى واذا لم يدع مدعى النصف النصف الذى في يدى مدعى الجميع ولا قضاء بدون الدعوى فيترك ذلك النصف في يدى مدعى الجميع بلا قضاء فتم دليل قوله ونصفها لاحد على وجه القضاء ايضا فثبت المدعى بشقيه قال صاحب العناية الاصل في هذه المسئلة ان دعوى كل واحد من المدعيين منصرف الى ما في يده كيلا يكون في امساكه ظالما حملا لامور المسلمين على الصحة وان بينة الخارج اولى من بينة ذى اليد انتهى اقول فيه نظر وهو ان انصراف دعوى مدعى الجميع من المدعيين الى ما في يده غير معقول لانه ان جعل الذى في يده الكل لا يبقى للمقدمة القابلة وان بينة الخارج اولى من بينة ذى اليد محل في هذه المسئلة ولا الصحيح قول المصنف لانه خارج في النصف ولا قول صاحب العناية في اثناء الشرح ومدعى الكل يدعى عليه النصف وهو خارج عن النصف وان جعل الذى في يده النصف كما هو الظاهر الحق فلا معنى لانصراف دعواه الى ما في يده لانه يدعى الكل وهو ليس في يده وايضا لا يتم قوله كيلا يكون في امساكه ظالما بالنسبة اليه لان الانسان لا يكون ظالما بامساكه حقه وان كان في يد غيره ومدعى الكل يدعى ان جميع ما في ايديهما حقه فالحق ان الذى ينصرف دعواه الى ما في يده انما هو مدعى النصف منهما كما هو المذكور في الكافي وغيره وقدمر منا في اثناء شرح كلام المصنف قال اى القدورى في مختصره واذا تنازعا اى تنازع اثنان في دابة واقام كل واحد منهما البينة انها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق احد التاريخين فهو اولى اى الذى يوافق سن الدابة تاريخه اولى من الآخر لان الحال تشهد له يعنى ان علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة الحال فيترجح اى فيترجح من يوافق سن الدابة تاريخه واعلم انه لا فرق في هذا بين ان يكون الدابة في ايديهما او في يد احدهما او في يد ثالث لان المعنى لا يختلف بخلاف ما اذا كانت الدعوى في النتاج من غير تاريخ حيث يحكم بها للذى اليدان كانت في يد احدهما او لهما ان كانت في ايديهما او يد ثالث كذا ذكره الامام الزيلعي في شرح الكنز وان اشكل ذلك اى سن الدابة كانت بينهما اى كانت الدابة بينهما نصفين لانه سقط التوقيت وصارا كانهما لم يذكرا تاريخا هذا الجواب في الخارجين فان كان احدهما صاحب اليد ودعواهما في النتاج ووقتت البينتان ووقتين فان كانت الدابة على وقت بينة الخارج قضيت بها لظهور علامة الصدق في بينته وعلامة الكذب في بينة ذى اليد وان كانت الدابة على وقت بينة ذى اليد او كانت مشكلة قضيت بها للذى اليد لظهور علامة الصدق في بينته او سقوط اعتبار التوقيت اذا كانت مشكلة كذا في المبسوط ولم يذكر فيه ما اذا كان سن الدابة بين الوقتين وذكر في الذخيرة في ذلك تهاترت البينتان عند عامة المشايخ وتترك الدابة في يد صاحب اليد كذا في النهاية ومعراج الدراية وان خالفت سن الدابة الوقتين قال الشراح اى في دعوى الخارجين اقول لم يظهر لي فائدة هذا التقييد كما سابين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم لانه ظهر كذب الفريقين وذلك مانع عن قبول الشهادة حالة الانفراد فمنع حالة الاجتماع ايضا فتترك اى الدابة في يد من كانت في يده والظاهر ان هذا الحكم الصور الثلث اعنى ما اذا كانت الدابة في يد ثالث وما اذا كانت في ايديهما وما اذا كانت في يد احدهما اذ لا فارق بينهن في الوجه الذى ذكر من قبل الحاكم فلا فائدة في التقييد المار وفي المبسوط من مشائخنا من قال تبطل البينتان والاصح ما قاله محمد رح من الجواب وهو ان يكون الدابة بينهما في الفصلين يعنى فيما اذا كان سن الدابة مشكلا وفيما اذا كان على غير الوقتين في دعوى الخارجين اما اذا كان مشكلا فلا اشكال فيه وكذلك اذا كان على غير الوقتين لان اعتبار ذكر الوقت لتحقيقها وفي هذا الموضع في اعتباره ابطال حقهما فسقط اعتبار ذكر الوقت اصلا وينظر الى مقصودهما وهو اثبات الملك في الدابة وقد استويا في ذلك فوجب القضاء بينهما نصفين وهذا لو انا اعتبرنا التوقيت لبطلت البينتان وهي في يد ذى اليد وقد اتفق الفريقان على استحقاقها على ذى اليد فكيف تترك في يده مع قيام حجة الاستحقاق كذا ذكره في اكثر الشروح قال صاحب العناية بعد نقل ذلك وهذه الرواية مخالفة لما روى ابو الليث

قال واذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال انا حر فالقول قوله لانه في يد نفسه ولو قال انا عبد لفلان وهو في يد نفسه
يلزمه اقراره بالرق لانه لا يد له حيث اقر بالرق وان كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي هو في يده لانه في يد نفسه
لما كان لا يعبر عنها وهو بمنزلة متاع بخلاف ما اذا كان يعبر فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لان ظهر الرق دليل في حال صغره
قال واذا كان غلام الرجل على عياله وعمله ومتصل ببنائه الزم عليه هرادي فهو للصبي الجذع والاتصال والهرادي ليست بشيء لان صاحب الجذوع صاحب استعمال

قوله لدلالة عليه والا فلا فاثبت في هذه المسائل ان صاحب الدار انما يعتبر يده وان كانت في المنقولات عند دلالة الدليل على ان ذلك له عادة والا
فلا كذا في النهاية ومعراج الدراية قال اي محمد رح في الجامع الصغير في كتاب الغصب واذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه اي يعقل فجرى
ما يجري على لسانه كذا في الكافي وفي معناه قول الشراح اي فتكلم ويعقل ما يقول فقال اي الصبي انا حر فالقول قوله لانه في يد نفسه فكان هو صاحب اليد
وكان المدعي خارجا والقول قول صاحب اليد وهذا لان الاصل ان يكون لكل انسان يد على نفسه ابانة لمعنى الكرامة اذ كونه في يد غيره دليل الاهانة مع
مع قيام يده على نفسه لا يثبت يد الغير عليه للتنافي بين اليدين الا اذا استقط اعتباريده شرعا فحينئذ يثبت يد الغير عليه وسقوط اعتباريده قد يكون لعدم
اهليته بان كان صغيرا لا يعبر عن نفسه اي لا يعقل ان يقول وقد يكون ثبوت الرق عليه لان الرق عبارة عن عجز حكمي واليد عبارة عن القدرة وبينهما تناف فاذا
ثبت الضعف انتفت القدرة كذا في الكافي ولو قال انا عبد لفلان اي لو قال الصبي الذي يعبر عن نفسه انا عبد لفلان غير ذي اليد وقال
الذي في يده انه عبدي فهو عبد للذي في يده لانه اقر بانه لا يد له حيث اقر بالرق وكان يد صاحب اليد عليه معتبرة شرعا فكان القول الذي اليد
انه له ولا يقطع يده الا بحجة وشهادة العبد ليست بحجة كذا في الكافي فان قيل الاقرار بالرق من المضار لا محالة فيه او اقوال الصبي فيما خير موجبة وان
كان عاقلا كالطلاق والعتاق والهبة والاقرار بالدين فان الصبي اذا يعبر من المضار ويقرب من المبار قلنا الرق ههنا لا يثبت باقراره لان عجز
ذي اليد الا ان معارضته اياه بدعوى الحرية لا تقرير يده عليه وعند عدمها يتقرر كما في الصبي الذي لا يعقل فيكون القول قوله في رقه كذا في الشرح
وان كان اي الصبي لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي هو في يده لانه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها اي عن نفسه وهو بمنزلة متاع في انه لا يكون له
يد على نفسه فكان يد صاحب اليد ثابتة عليه شرعا فيكون القول قوله انه ملكه بخلاف ما اذا كان يعبر اي بخلاف ما اذا كان الصبي
يعبر عن نفسه ولم يقر بالرق لما مر فان قيل ما الفرق بين هذا وبين اللقيط الذي لا يعبر عن نفسه فان الملتقط هناك وهو صاحب اليد لو اقر برقه
لا يصدق وهنا يصدق قلنا الفرق هو ان صاحب اليد انما يصدق في دعوى الرق باعتبار يده واليد الملتقط على اللقيط ثابتة من وجه دون وجه فلا يصير
لانها ثابتة حقيقة وليست ثابتة حكما لان الملتقط امين في اللقيط ويد الامين في الحكم يد غيره فاذا كانت ثابتة من وجه دون وجه فلا يصير
مع الشك فان قيل وجب ان لا يصدق في دعوى الرق لان الحرية ثابتة بالاصل اذ الاصل في بني آدم الحرية لانهم اذ لا دار وهو حر اصله
وهما كاذبان فكان ما يدعيه من الرق امرا عارضا فلا يقبل قوله الا بحجة قلنا ما هو الاصل اذا اعترض عليه ما يدل على خلافه يبطل والبينة على من ادعى
شانه دليل على خلاف ذلك الاصل لانها دليل الملك فيبطل به ذلك الاصل كذا في النهاية وغيرها نقلا عن الفوائد الظهيرية فلو كبر وادعى الحرية
لا يكون القول قوله لانه ظهر الرق عليه في حال صغره فلا ينقض الامر الثابت ظاهرا بلا حجة قال اي محمد رح في الجامع الصغير في كتاب الغصب
واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع او متصل ببنائه هرادي او هو متصل ببنائه دلا آخر عليه اي على الحائط هراوي الهراوي بفتح الهاء جمع هرية بضمها
وفي المغرب الهرية عن الليث قصبات تضم بعضها بطاقات من الاكر يرسل عليها قضبان الكرم وقال ابن السكيت هو الخرزي والهراوي ليس بشيء
انتهى وفي الصحاح الخرزي من القصب بنطي معرب ولا يقال الهردي انتهى وصحح في الديوان الهاء والحاء جميعا وكذا في القاموس وقال في غاية البيان
الرواية في الاصل والكافي للحاكم الشهيد بالحاء وفي الجامع الصغير وشرح الكافي وقعت بالهاء لا غير انتهى فهواي الحائط لصاحب الجذوع والاتصال
والهراوي ليس بشيء لان صاحب الجذوع صاحب استعمال اي هو صاحب استعمال للحائط بوضع الجذوع عليه لان الحائط انما بني للتسقيف والجذوع

قال وإذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لأن الزيادة من جنس الحجة فلا توجب زيادة في الاستحقاق

قارعة الطريق ولما علم انه ليس في يد غيرهما ولا في يد هما وما يد عيان يقضى بينهما لاستوائهما في الدعوى انتهى اقول يرد عليه ان هذا الشرح لا يطابق المشروح لان المصنف قال معناه لا على طريق القضاء وهو يقول يقضى بينهما فبينهما تدافع ظاهر فان قلت يجوز ان يكون مراد المصنف لا على طريق قضاء الاستحقاق ومراد الشارح يقضى بينهما قضاء الترك ايضا اذ لا بد في قضاء الترك فلا تدافع بينهما قلت لا مجال لان يكون المراد بالقضاء بينهما ههنا قضاء الترك ايضا اذ لا بد في قضاء الترك من ان يعرف كون المدعى في يد المدعى كما يقضى عند اذ كره صاحب الغاية ايضا هنا كما صاحب النهاية نقلا عن الذخيرة فيما يجئ في مسئلة التنازع في الحائط حيث قال ومعنى القضاء بينهما اذا اعرف كونه في ايديهما قضاء بينهما قضاء بالترك وان لم يعرف كونه في ايديهما وقد ادعى كل واحد منهما انه ملكه وفي يديه يجعل في ايديهما لانه لا تنازع لهما الا انه يقضى بينهما انتهى فانه يظهر منه الفرق بين قضاء الترك بينهما وبين الجعل في ايديهما من جهة ان الاول فيما عرف كون المدعى في ايديهما والثاني فيما لم يعرف ذلك وفيما نحن فيه لم يتحقق يد لواحد من المدعيين بل ما تقرر انفا فلم يعرف كون المدعى في ايديهما فلم يتصور القضاء بينهما قضاء الترك ايضا فلم يتم التوفيق المذكور فكان صاحب الغاية تنبه لهذا فقال لان اليد على البساط اما بالنقل والتحويل او بكونه في بيته والجلوس عليه ليس شئ من ذلك فلا يكون يدا عليه فليس بايديهما ولا في يد غيرهما وما يد عيان فيتركان في ايديهما انتهى حيث ترك ذكر القضاء بينهما وذكر الترك في ايديهما لكن هذا ايضا لا يخلو عن قصور لان استعمال الترك في السيد يقتضي سبق تحقق اليد وههنا ليس كذلك كما تبين فحق الكلام في هذا المقام ان يقال ان يجعل في ايديهما يوضع فيما لعدم المنازع لهما كما ذكره فيما يجعل لانه حينئذ يطابق الشرح المشروح ويطابق المقام مما يظهر مما يجئ في مسئلة التنازع في الحائط من الفرق بين محل القضاء بينهما قضاء ترك وبين محل الجعل في ايديهما بالقضاء وايضا لا تبقى الحاجة الى ما ذكره صاحبا النهاية والغاية وغيرهما من الفرق بين مسئلتنا هذه وبين مسئلة الدار اذا تنازعا فيها وكانا قاعدين فيها حيث لا يقضى بها بينهما والى ما ارتكبوه في وجه الفرق بينهما من التكلف على ما لا يخفى على الفطن الناظر في كلامهم اذ يظهر ان حكم كل واحدة من هاتين المسئلتين ان لا يقضى بين المدعيين بالمدعى بناء على ان ليس لاحد منهما يد حتى تصير دليل الملك وسبب القضاء بل ان يجعل المدعى في ايديهما بالقضاء لعدم المنازع لهما واستوائهما في الدعوى فتدبر قال ابو محمد رح في كتاب القضاء من الجامع الصغير واذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة فان كل واحد منهما متمسك بالبيد الا ان احدهما اكثر تمسكا فلا توجب زيادة في الاستحقاق يعني ان مثل تلك الزيادة لا توجب الرجحان اذ لا ترجيح لكثرة العلل كما في قضاء الاربعة في بعير والاحد بها عليه خمسون منا وللآخر مائة من كان بينهما نصفين ولا يعتبر التفاوت بالقلة والكثرة وكما لو اقام احدهما الا اثنين من الشهود والآخر الاربعة وفيه اشارة الى الفرق بين هذا وبين مسئلة القميص التي ذكرت من قبل لان الزيادة هناك ليست من جنس الحجة فان الحجة هي اليد والزيادة هي الاستعمال كذا في العناية ثم ان هذا يدل على ان جميع الثوب لو كان في يد رجل واحد هي انه لو كان القول قوله لكن هذا اذا عرف ان مثل هذا الثوب كان له في العادة والا فلا لانه ذكر في المحيط والذخيرة لو خرج من دار رجل وعلى عاتقه متاع فان كان هذا الرجل الذي على عاتقه هذا المتاع يعرف بصنعه وحمله فهو له وان لم يعرف بذلك فهو لرب الدار وفي القدوري لو ان خياطا يخيط ثوبا في دار رجل فتنازعا في الثوب فالقول قول صاحب الدار وفي نوادر ابن سماعة عن ابي يوسف رح رجل دخل دار رجل فوجد معه مال فقال رب الدار هذا مالي اخذته من منزلي قال ابو حنيفة رح القول قول رب الدار ولا يصدق الداخل في شئ ما خلا ثيابه التي عليه ان كانت الثياب مما يلبسه وقال ابو يوسف رح ان كان الداخل رجلا يعرف بصناعة شئ من الاشياء بان كان مثلا حاملا الزيت فدخل وعلى رقبته زق زيت او كان ممن يبيع ويطوف بالمتاع في الاسواق فالقول قوله ولا اصدق

قال واذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال انا حر فالقول قوله لانه في يد نفسه ولو قال انا عبد لفلان فهو عبد للذي في يده لانه اقر بانه لا يد له حيث اقر بالرق وان كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي هو

لآخر صاحب تعلق فصار كدابة تنازعا فيها واحد هما عليه حمل والآخر كوز معلق والمراد بالاتصال
الداخلة لبن جداره في جداره وقد يسمى اتصال تربيع وهذا عامد ظاهر لضياعهما لان بعضه تاكده على بعض هذا الحائط

عليه والآخر يعني صاحب الهرادي صاحب تعلق لاصاحب استعمال لان الحائط لا يبنى لوضع الهرادي عليه والاستعمال يدوعند تعارض الدعويين القول
قول صاحب اليد فصار اي فصار الحائط في مسئلتنا هذه كدابة تنازعا فيها واحد هما عليه حمل والآخر كوز معلق فانها تكون لصاحب الحمل دون صاحب الكوز
كذا ههنا والمراد بالاتصال اي المراد بالاتصال المذكور في قوله او متصل ببنائه هذا خالته لبن جداره اي جدار صاحب البناء فيه اي في الحائط المتنازع فيه
ولبن خالته اي مداخلته لبن في اي الحائط المتنازع فيه في جداره اي في جدار صاحب البناء وقد يسمى اتصال تربيع اي ويسمى اتصال مداخلة لبن اتصال تربيع وتفسير التربيع اذا كان
الحائط من مدر او اجر ان يكون انصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلة في انصاف لبن غير المتنازع فيه وانصاف لبن غير المتنازع فيه داخلة في انصاف
فيه وان كان من خشب فالتربيع ان يكون ساحة احدهما مركبة في الاخرى واما اذا ثقب فادخل لا يكون تربيعا كذا في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام
وفي النهاية وغيرها نقلا عن الذخيرة قال رحمه الله وانما سمي هذا اتصال التربيع لانهما انما يشتبان لتحيطا مع جدارين آخرين بمكان مربع انتهى وكان
الكرخي يقول صفة هذا الاتصال ان يكون الحائط المتنازع فيه متصلا بحائطين لاحدهما من الجانبين جميعا والحائطان متصلان بحائطه بمقابلة الحائط
المتنازع فيه حتى يصير مربعا شبه القبة فحينئذ يكون الكل في حكم شئ واحد والمروي عن ابي يوسف رحمه الله ان اتصال جانبي الحائط المتنازع فيه بحائطين احدهما
يكفي ولا يشترط اتصال الحائطين بحائطه بمقابلة الحائط المتنازع فيه وعليه اكثر مشائخنا لان الرجحان يقع بكون ملكه متصلا بالحائط المتنازع فيه
من الجانبين وذلك يتم بالاتصال بجانبي الحائط المتنازع فيه كذا في شرح الكنز للامام الزيلعي وفي شرح الهداية لتاج الشريعة وهذا اي اتصال التربيع
شاهد ظاهر لصاحبه لان البعض بناء اي بعض بناء صاحبه على البعض هذا الحائط اي على بعض هذا الحائط المتنازع فيه فصار الكل في حكم حائط واحد وهذا النوع
من الاتصال وصفة متفق عليه لاحدهما فيرد المختلف فيه الى المتفق عليه ولان الظاهر انه هو الذي بناه مع حائطه فداخلة انصاف اللبن لا تتصور الا عند
بناء الحائطين معا فكان هو اولى كذا ذكره صاحب النهاية وعزاه الى المبسوط اقول بقي لي ههنا كلام وهو ان المصرح به حمل المراد بالاتصال المذكور في
مسئلتنا هذه على اتصال التربيع وتبعه في هذا عامة ثقات المتاخرين كصاحب الكافي والامام الزيلعي وشراح الهداية فاطبة وغيرهم حتى ان كثيرا من اصحاب
المتون صرحوا بتقييد الاتصال ههنا بالتربيع منهم صاحب الوقاية حيث قال والحائط لمن جذوعه عليه او متصل ببنائه اتصال تربيع لا لمن عليه هرادي انتهى ولكن لا يظهر
لي وجه هذا التقييد ههنا لان معنى مسئلتنا هذه ان صاحب الجذوع اولى من صاحب الهرادي وكذا صاحب الاتصال اولى من صاحب الهرادي وفي الحكم يكون صاحب الحكم
اولى من صاحب الهرادي لا احتياج الى تقييد الاتصال بالتربيع بل كل واحد من مطلق الاتصال اعني اتصال التربيع واتصال الملازقة مشتركان في هذا الحكم فان الهرادي مما لا اعتبار
له اصلا بل هي في حكم المعدوم حتى لو تنازعا في حائط واحدهما عليه هرادي وليس للآخر شئ فهو بينهما على ما سياتي في الكتاب وقد ذكر في معتبرات الفتاوى انه
لا يكون لاحدهما اتصال الا ترى انه لم يكن لآخر اتصال لا بتربيع عند صاحب الاتصال قال في الذخيرة وذكر هذا الى النهاية نقلا عن الذخيرة اما اذا كان الحائط المتنازع فيه متصلا ببنائهما
ان كان اتصال احدهما اتصال تربيع او اتصال ملازقة فانه يقضى بينهما نصفين لانهما استويا في الدعوى والاتصال واما اذا كان اتصال احدهما اتصال تربيع
واتصال الآخر اتصال ملازقة فصاحب التربيع اولى لان صاحب التربيع مستعمل الحائط المتنازع فيه لان قوائم حائطه بقدر التربيع بالحائط المتنازع فيه لما ذكرنا
من تفسير التربيع فكان له [illegible] فكان التفسير مع الاتصال نوع استعمال [illegible] فيكون الاتصال من غير استعمال فيكون الاتصال مع الاستعمال اولى فكان بمنزلة
الراكب على الدابة والمستوفي بالجناية ولو كان لاحدهما اتصال بناء اتصال ملازقة واتصال تربيع وليس للآخر اتصال ولا له عليه جذوع فانه يقضى لصاحب الاتصال
لانهما استويا في حق الاتصال [illegible] لاحدهما زيادة اتصال من [illegible] الاول وهو الاتصال بالبناء فيترجح على الآخر انتهى وقال في البدائع ولو كان

وقوله الهرادي ليست بشيء يدل على انه لا اعتبار للهرادي اصلا وكون البواري كذلك لانه لا يبنى لهما اصلا حتى لو تنازعا في حائط فادعى
هرادي وليس للآخر عليه شيء فهو بينهما ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلثة فهو بينهما لاستوائهما ولا اعتبار
بالكثرة منهما بعد الثلثة وان كان جذوع احدهما اقل من ثلثة فهو لصاحب الثلثة والآخر مرصع جذوعه في رواية وفي رواية لكل واحد منهما
ما تحت خشبه ثم قيل ما بين الخشب الى الخشب بينهما وقيل على قدر خشبهما والقياس ان يكون بينهما نصفين لا اعتبار بالكثرة في نفس الحجة

الحائط مستعملا بناء احدى الدارين اتصال التراق وارتباط فهو لصاحب الاتصال لانه كالتعبير به ولو كان لاحدهما اتصال التراق وللآخر جذوع فصاحب
الجذوع اولى لانه مستعمل للحائط ولا استعمال من صاحب الاتصال ولو كان لاحدهما اتصال تربيع وللآخر جذوع فالحائط لصاحب التربيع ولصاحب الجذوع
حق وضع الجذوع انتهى فليتفطن من هذا كله ان فائدة تقييد الاتصال بالتربيع انما تظهر لو كان للآخر اتصال ملازقة كما ذكر في الذخيرة او كان للآخر جذوع كما ذكر في
البدائع واما اذا كان للآخر هرادي كما فيما نحن فيه فلا فائدة في ذلك التقييد بل فيه اخلال بعموم جواب المسئلة كما تبين مما ذكرناه فتنبه فان كثيرا ما تقع عن وجه
هذا المقام ما تفردت به يعون الملك العلام وقوله الهرادي ليس بشيء اي قول محمد رح في الجامع الصغير الهرادي ليس بشيء لانه يدل على انه لا اعتبار للهرادي
اصلا بل هي في الحكم المعدوم وكذا البواري لان الحائط لا يبنى لهما اصلا اي ان الحائط لا يبنى لاجل الهرادي والبواري لانه انما يبنى للستيفاء ذلك
بوضع الجذوع عليه لا بوضع الهرادي والبواري وانما يوضع الهرادي والبواري للاستظلال والحائط لا يبنى عليه حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي
وليس للآخر شيء فهو بينهما معناه اذا عرف كونه في ايديهما قضي بينهما قضاء وترك وان لم يعرف كونه في ايديهما وقد ادعى كل واحد منهما انه ملكه وفي يديه يجعل في ايديهما
لانه لا منازع لهما الا انه يقضي بينهما كذا في العناية وكذا في النهاية نقلا عن الذخيرة ويعرف منه الفرق بين قضاء والترك والجعل في اليد بلا قضاء كما بيناه عليه
فيما مر فلا تغفل عنه ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلثة اي لو كان لكل واحد من المدعيين على الحائط جذوع ثلثة فهو بينهما لاستوائهما اي في اصل العلة
وهو ان يكون لكل واحد منهما حمل معتبر مبني الحائط لاجله وفي نصاب الحجة وهو الثلثة لانها اقل الجميع ولا معتبر اي ولا اعتبار بالاكثر منها اي من الجذوع
بعد الثلثة لان الزيادة من جنس الحجة فان الحائط يبنى للجذوع الثلثة كما يبنى لاكثر منها قال في معراج الدراية قوله ولا معتبر بالاكثر منها اي من الثلثة اقول
تفسيره ليس بسديد اما اولا فلانه يقتضي ان يكون كلمة من في قوله منها تفضيلية فيلزم اجتماع لام التعريف ومن التفضيلية في اسم التفضيل وهو لا يجوز على
عرف في موضعه واما ثانيا فلانه يستلزم ان يكون قوله من ثلثة لغوا لان ما هو اكثر من الثلثة لا يكون الا بعد الثلثة فالصواب ان كلمة من ههنا تبعيضية لا تفضيلية
وان ضمير منها راجع الى الجذوع كما اشرنا اليه فيما مر آنفا لا الى الثلثة فيصير المعنى ولا اعتبار بالاكثر الكائن من جنس الجذوع بعد الثلثة فلا يلزم شيء من المحذورين
المذكورين وان كان جذوع احدهما اقل من ثلثة فهو اي الحائط كله لصاحب الثلثة وللآخر اي ولصاحب الجذوع الواحد او الاثنين موضع جذوعه وهي رواية
كتاب الاقرار من الاصل حيث قال فيه الحائط كله لصاحب الاجذاع ولصاحب القليل ما تحت خشبه قالوا يريد به حق الموضع وقال في النهاية ثم اعلم ان هذا
فيما اذا ثبت ملكه بسبب العلامة وهي الجذوع الثلثة لا بالبينة اما اذا ثبت بالبينة كان لصاحب الملك ان يمنع صاحب الجذع الواحد من وضع جذعه على جداره
كذا في المبسوط وغيره انتهى وفي رواية هي رواية كتاب الدعوى من الاصل لكل واحد منهما ما تحت خشبته حيث قال فيه ان الحائط بينهما على قدر الاجذاع
وجعل في المحيط ما ذكر في كتاب الاقرار اصح وقال قاضيخان والصحيح ان ذلك ليس لموضع يكون ملكا لصاحب الخشبة كما ذكر في الدعوى كذا في التبيين للامام الزيلعي
ثم قيل اي على هذه الرواية يعني اختلف المشائخ على رواية كتاب الدعوى في حكم ما بين الخشب فقيل ما بين الخشب بينهما اي يكون بين المدعيين نصفين لاستوائهما
في ذلك كما في الساحة المشتركة بين صاحب بيت وصاحب ايبات على ما سيذكره وقيل على قدر خشبتهما اي وقيل ما بين الخشب يكون على قدر خشبتهما اعتبارا لما بين الخشبات
بما هو تحت كل خشبة ثم ان هذين القولين موافقان لما ذكر في الذخيرة وقال في المبسوط في موضع القيل الاول والاكثر هم على انه يقضي به لصاحب الكثير لان
الحائط يبنى للخشاب لا لخشبة واحدة والقياس ان يكون بينهما نصفين هذا ناظر الى قوله فهو لصاحب الثلثة الى آخره يعني ان ذلك استحسان والقياس ان يكون الحائط
بين صاحب الجذع والجذعين وبين صاحب الثلثة نصفين وهو رواية عن ابي حنيفة رح كما ذكر في الكافي وغيره لانه لا معتبر اي لا اعتبار بالكثرة في نفس الحجة

ثم يبقى الآخر وهو ما قلنا وهذه رواية الطحاوي وصححها الحرجاني قال واذا كانت دار منها في يد رجل عشر بيات وفي يد آخر بيت فالساحة بينهما نصفان لاستوائهما في استعمالها وهو ما ذكرنا ومن ادعى الرجحان رضايته يراجع فان لم يكن لواحد منهما الا في بيت واحد لم يقض الا في يد واحد منهما حتى يقيم البينة الا في يديهما لان اليد فيما عدا مشاهد للتعذر احضارها وما غاب عن علم القاضي فالبينة تثبته

والحائط المتصل به مشترك بين صاحب البجذوع وصاحب لا اتصال قطعا ثم يبقى للآخر حق وضع خذوعه اي على رواية ان الحائط المتنازع فيه لصاحب الاتصال لما قلنا اشارة الى قوله لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يد بيقى قالوا لو ثبت ذلك بالبينة امر برفع البجذوع لكون البينة حجة مطلقة صالحة للدفع والاستحقاق وهذه اي رواية ان صاحب لا اتصال اولى رواية الطحاوي وصححها الحرجاني وهو الفقيه ابو عبد الله المرشد ورجحها بما سبق لان التربيع يكون حالة البناء وهو سابق على وضع البجذوع وكان يده ثابتا قبل وضع الآخر البجذوع فصار نظير سبق التاريخ كذا ذكره الامام الزيلعي في التبيين ثم اعلم ان الاتصال الذي وقع الاختلاف في ترجيح صاحبه على صاحب البجذوع او على العكس هو الاتصال الذي وقع في احد طرفي الحائط المتنازع فيه واما اذا وقع اتصال التربيع في طرفيه فصاحب الاتصال اولى وعلى هذا عامة المشايخ كذا في النهاية نقلا عن الفوائد الظهيرية وقال في الذخيرة وان كان الاتصال في طرف واحد ذكر شيخ الاسلام ان صاحب الاتصال اولى وبه اخذ الطحاوي والشيخ الفقيه ابو عبد الله المرشد وذكر شمس الائمة السرخسي ان صاحب البجذوع اولى وقال فيما قبل هذا فان كان الاتصال في طرفي الحائط المتنازع فيه فصاحب الاتصال اولى به وعليه عامة المشايخ وبهذا روى عن ابي يوسف رحمه الله في الامالي كذا في النهاية وغيره قال اي محمد رحمه الله في الجامع الصغير واذا كانت دار منها في يد رجل عشر بيات وفي يد الآخر بيت فالساحة بالحصص المعلمة وهي عرصة الدار وبين يديها كذا في معراج الدراية يعني نصفان لاستوائهما في استعمالها اي استعمال الساحة وهو المرور فيها ووضع الامتعة وصب الوضوء وكسر الحطب وما اشبه ذلك فلما كانا في ذلك سواء كانا في استحقاق الساحة ايضا سواء ولعل مرور صاحب القليل اكثر من مرور صاحب الكثير لزيادة صاحب الكثير وكون صاحب القليل محتاجا على لا تفوت الترجيح لا يقع بكثرة ما هو من جنس العلة وصار هذا كالطريق يستوي فيه صاحب الدار والمنزل والبيت وان كان لبعضهما اكثر من بعض وهذا لان الاستحقاق باعتبار اصل اليد كذا في النهاية ومعراج الدراية اخذا من الكافي وطولب بالفرق بين ما اذا تنازعا في ثوب في يد احدهما جميع الثوب وفي يد الآخر بيت حيث بلغي صاحب البيت وما اذا تنازعا في مقدار الشرب حيث يقسم بينهما على قدر الاراضي وبين منهج فيه حيث جعلت الساحة بينهما مشتركة اجيب بان البيت ليس بثوب لكون الثوب اسما للمنسوج فكان جميع المدعى في يد احدهما والآخر كالاجنبي عنه فالمدعي والشرب يحتاج اليه الاراضي دون الارباب فبكثرة الاراضي كثر الاحتياج الى الشرب فيستدل به على كثرة حق له فيه واما في الساحة فالاحتياج للارباب بها فيه سواء فاستويا في الاستحقاق فصار هذا نظير ما ذكرنا في سعة الطريق وضيقه حيث يجعل بينهما على قدر عرض باب الدار كذا في النهاية والى هذا اشار الامام المحبوبي والامام التمرتاشي كما صرح به في النهاية ومعراج الدراية قال اي محمد رحمه الله في كتاب القضاء من الجامع الصغير واذا ادعى الرجلان ارضا يعني يدعي كل واحد منهما انها في يده لم تقض انها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة انها في ايديهما اقول في عبارة الكتاب ههنا مسامحة وكان الظاهر ان يقال حتى يقيم البينة انها في يده لان القضاء بانها في يد واحد منهما انما يتوقف على اقامة واحد منهما البينة انها في يده لا على اقامتهما البينة انها في ايديهما وانما التوقف عليهما القضاء بانها في ايديهما معا كما لا يخفى ويستحسن من التفصيل الآتي في الكتاب ولقد احسن صاحب الكافي ههنا حيث قال لم تقض بانها في يد احدهما الا بالبينة انتهى فان هذه كلمة جامعة ههنا لان اليد فيها اي الارض غير مشاهد للتعذر احضارها فقد غاب عن علم القاضي وما غاب عن علم القاضي اي والذي غاب عن علمه فالبينة تثبته فلا بد عن اقامة البينة عليه حتى يمكن القضاء به ولانه يجوز ان تكون في يد غيرهما او لو قضى لهما او لاحدهما بالبيد لابطل حق صاحب اليد بلا حجة وانه لا يجوز كذا في الكافي قال في الفوائد الظهيرية ههنا مسئلة تفصل عنا القضاة وهي انه لو ادعى ارضا والمدعى عليه يزعم انها في يده واقام المدعي بينة على الملك فالقاضي لا يقضي ببينته بجواز ان تكون الارض في يد ثالث والمدعي والمدعى عليه تواضعا على ذلك ندء حيلة ليجعلها القاضي في يد احدهما فاذا ثبت كون الارض في يد المدعى عليه بالبينة لا يقضي الا انه يمنع المتمرد ان يزعم انها

القضاء

وان اقام احدهما بينة جعلت في يده لقيام الحجة لان البينة حجة متعدية وان اقاما بينة جعلت في ايديهما لما بينا ولا يستحق لاحدهما من غير حجة وان كان احدهما داخلا في الارض او حافرا فيها فهي في يد واضع اليد لوجود التصرف والاستعمال فيها

باب دعوى النسب

قال واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع فان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم باع فهو ابن البائع وامه ام ولد له وفي القياس وهو قول زفر الشافعي رحمه الله دعوته باطلة لان فيه اعتراف منه بانه عبد فكان في دعوته مناقضا

فيما لان اقامة حجة في جملة كذا في معراج الدراية وان اقام احدهما البينة اي على انها في يده جعلت في يده لقيام الحجة ويحمل الآخر خارجا كذا في الكافي وغيره فان تحمل البينة قيام على انهم واذا ثبت كونها في يدا لآخر لا يكون خصما فكيف يقضي للذي اقام البينة قلنا هو خصم باعتبار منازعته في اليد ومن كان خصما لغيره باعتبار منازعته في شئ شرعا كانت بينة مقبولة كذا في خاتمة الشروح وقال صاحب العناية وقد اشار الى ذلك بقوله لان اليد حق مقصود يعني فيجوز ان يكون بينة خصما انتهى وان اقاما البينة اي على انها في ايديهما جعلت في ايديهما لما بينا اشار الى قوله لقيام الحجة وذكر الامام التمرتاشي فان طلب كل واحد منهما يمين صاحبه ما هي في يده حلف كل واحد منهما ما هي في يد صاحبه على البتات فان حلفا لم يقض لاحدا باليد وبرئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه وتوقف الدار الى ان يظهر حقيقة الحال وان نكلا قضى لكل واحد بالنصف الذي في يد صاحبه وان نكل احدهما قضي عليه بكما للحالف نصفها الذي كان في يده ونصفها الذي كان بيد صاحبه لنكوله كذا في الشروح فلا يستحق بصيغة المجهول اي فلا يستحق اليد لاحدهما من غير حجة قال بعض الفضلاء لا يخفى عليك ان هذا الكلام في غير محله اقول انما يكون كذلك لو كان متفرعا على قوله وان اقاما البينة الخ اذ لا ارتباط بينهما او على قوله لان اليد حق مقصود اذ يلزم الفصل بينهما باجنبي وانا ان كان متفرعا على مجموع ما ذكر في مستثناه من قوله واذا ادعى الرجلان ارضا الى هنا بان كان فذلكة الكلام في هذا المقام فقد كان في محله كما لا يخفى فان كان احدهما قد لبن في الارض او بنى او حفر يعني اذا ادعى كل واحد منهما ارضا شجر انها في يده واحدهما لبن فيها او بنى او حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال ومن ضرورة ذلك اثبات اليد كالركوب على الدواب واللبس في الثياب كذا ذكره فخر الاسلام

باب دعوى النسب لما فرغ عن بيان دعوى الاموال شرع في بيان دعوى النسب وقدم الاول لانه اكثر وقوعا وكان اهم ذكرا قال اي القدوري في مختصره واذا باع جارية بولد فادعاه البائع اعلم ان صاحب العناية قصد بيان ضابطة جنس هذه المسائل في ابتداء الكلام اخذا من غاية البيان اعلم ان البائع اذا ادعى ولد الجارية المبيعة او المشتري فاما ان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت البيع او لاكثر من سنتين او لما بين المدتين وكل وجه على اربعة اوجه اما ان ادعى البائع وحده او المشتري وحده او ادعياه معا او على التعاقب انتهى اقول يرى فيه اختلال من وجهين الاول انه قسم ادعى البائع او المشتري ولد الجارية المبيعة الى ثلثة اوجه وهي ان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت البيع او لاكثر من سنتين او لما بين المدتين وقسم كل منها الى اربعة اوجه وهي ان ادعى البائع وحده او المشتري وحده او ادعيا معا او على التعاقب فيلزم منه ان يكون التي قسم قسمة حيث جعل ادعى البائع او المشتري مقسما ثم جعله قسما من كل واحد من اقسامه الثلثة والثاني ان كلمة او الداخلة على المشتري في قوله ان البائع اذا ادعى ولد الجارية المبيعة او المشتري تالي دخول ادعائهما معا او على التعاقب في المقسم فكيف يجعل هذا ان الوجهان داخلين في اقسام اقسامه ويمكن ان يجاب عن الاول بان المقسم ادعى البائع او المشتري مطلقا اي اعم من ادعى احدهما منفردا ومن ادعى هما منضما الى الآخر بالمعية او التعاقب وقسم المقسم هو ادعى احدهما وحده او ادعائهما معا او على التعاقب فتكون قسم المقسم خص من المقسم لا عينه وعن الثاني بان يحمل كلمة او المذكورة على منع الخلو دون منع الجمع والاولى عندي في بيان الضابطة ههنا ان يقال اعلم ان الجارية اذا بيعت فجاءت بولد فاما ان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت البيع او لاكثر من سنتين او لما بين المدتين وكل وجه من الاوجه الثلثة على اربعة اوجه اما ان ادعى ذلك الولد البائع وحده او المشتري وحده او ادعياه معا او على التعاقب فان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم باع وقد ادعاه البائع وحده كما مر في الكتاب فهو اي الولد ابن البائع وامه اي ام الولد ام ولد له اي للبائع وفي القياس وهو قول زفر والشافعي رحمهما دعوته اي دعوة البائع باطلة لان البيع اعتراف منه اي من البائع بانه اي الولد عبد وكان اي البائع في دعواه مناقضا والتناقض يبطل الدعوى فلا تسمع دعواه

ولا نسب بدون الدعوى وجه الاستحسان ان اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا و
وبنى النسب على الخفاء فيقع فيه التناقض واذا صحت الدعوة استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده فيفسخ البيع لان بيع ام الولد
لا يجوز ويرد الثمن لانه قبضه بغير حق وان ادعاه المشترى مع دعوة البائع او بعده فدعوة البائع اولى لانها اسبق واستنادها الى وقت العلوق
وهذا دعوة استيلاد وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم يصح دعوة البائع لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه يقينا وهو الشاهد
والحجة لانه اذا صدقه المشترى فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح ولا يبطل البيع لانا يتيقن ان العلوق لم يكن في ملكه فكيف تثبت حقيقة العتق ولا حقه

الا لو قال كنت اعتقتها او دبرتها قبل ان ابيعها ولا نسب بدون الدعوى اى ولا ثبوت النسب بدون الدعوى الصحيحة وجه الاستحسان اى وجه الاستحسان الذى
نعمل به فى هذه المسئلة ان اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه يعنى انا يتيقنا باتصال العلوق بملك البائع وهذا شهادة ظاهرة على كون الولد
من البائع لان الظاهر عدم الزنا فنزل ذلك منزلة البينة فى ابطال حق الغير عنها وعن ولدها وبنى النسب على الخفاء هذا جواب عن التناقض وبيانه ان
الانسان قد لا يعلم ابتداء بكون العلوق منه ثم تبين انه منه فيقع فيه التناقض اى لا يمنع صحة الدعوى كما ان الزوج اذا اكذب نفسه بعد قضاء القاضى
بنفى النسب باللعان يثبت منه النسب ويبطل حكم الحاكم ولا ينظر الى التناقض لمكان الخفاء فى امر العلوق وصار كالمكاتب اذا اقام البينة ان مولاه كان
اعتقه قبل الكتابة فانه تقبل بينته وتبطل الكتابة ولا يعتبر التناقض لخفاء الاعتاق حيث ينفرد المولى به وكالمختلعة اذا اقامت البينة ان الزوج كان طلقها
ثلثا قبل الخلع فان بينتها تقبل مع التناقض لخفاء الطلاق حيث ينفرد الزوج به بخلاف دعوى البائع الاعتاق او التدبير بعد البيع فان كل واحد من

الاعتاق والتدبير فعل نفسه فلا يخفى عليه كذا حققوا واذا صحت الدعوى استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده فيفسخ البيع لان بيع ام الولد
لا يجوز ويرد الثمن اى وان كان هلك بيد المشترى قبضه بغير حق فان سلامة الثمن بمنزلة على سلامة المبيع كذا فى الكافى وان ادعاه المشترى وحده صحت دعوته
وثبت النسب منه لان دعوته دعوة تحرير والمشترى يصح منه التحرير فكذا دعوته لحاجة الولد الى النسب والى الحرية ويثبت لها امية الولد باقراره ثم لا يصح من
البائع دعوته لان الولد قد استغنى عن النسب لما ثبت نسبه من المشترى كذا فى العناية وغيرها اقول القائل ان يقول صحة التحرير من المشترى ظاهرة ان
الجارية مملوكته فى الحال فيملك اعتاقها واعتاق ولدها كما صرح به فى النهاية وغيرها واما صحة دعوته لحاجة الولد الى النسب فمشكلة جدا فى وجه الاستحسان
من ان تيقنا باتصال العلوق بملك البائع شهادة ظاهرة على كون الولد من البائع فان مجرد حاجة الولد الى النسب كيف تفيد ثبوت النسب من المشترى
عند تحقق الشهادة الظاهرة على خلاف ذلك ويمكن ان يجاب بان تيقنا باتصال العلوق بملك البائع انما يكون شهادة ظاهرة على كون الولد من
البائع اذا ادعاه البائع واما اذا لم يدعه البائع فلا يجوز ان يكون الولد من غيره بالنكاح فاذا ادعاه المشترى وحده يحمل على كونه منه بالنكاح قبل الاستبراء
لحاجة الولد الى النسب فصارت علة صحة دعوة المشترى وثبوت النسب منه فى هذه الصورة حاجة الولد الى النسب مع امكان كونه منه بالنكاح قبل الاستبراء
ويؤيد هذا ما ذكره صدر الشريعة فى شرح الوقاية حيث قال حتى اذا ادعى المشترى قبل دعوة البائع يثبت النسب من المشترى ويحمل على ان المشترى نكحها واستولدها
ثم اشتراها انتهى وان ادعاه المشترى مع دعوة البائع او بعده اى بعد دعوة البائع ذكر الضمير تاويلا لادعاء فدعوة البائع اولى لانها اسبق اما اذا كانت
قبل دعوة المشترى فالامر ظاهر واما اذا كانت مع دعوة المشترى فلما اشار اليه بقوله لاستنادها الى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد يعنى ان دعوة البائع
مستندة الى وقت العلوق لانها دعوة استيلاد ودعوة المشترى مقتصرة على الحال لانها دعوة تحرير فكانت دعوة البائع سابقة معنى فكانت اولى ثم انه
ضمن قوله وهذه دعوة استيلاد الجواب عن دخل مقدر تقريره كيف تصح دعوة البائع وهو غير مالك فى الحال ووجه الجواب ان دعوته دعوة استيلاد وهى لا تقتضى
الى قيام الملك فى الحال لانها تستند الى زمان الملك بخلاف دعوة التحرير على ما سيجئ وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم يصح دعوة البائع لانه لم يوجد
يصح اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة يعنى ان الشاهد على كون الولد منه انما هو اتصال العلوق بملكه تيقنا ولم يوجد ذلك ههنا فلم يصح دعوته الا اذا
صدقه المشترى فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح حملا لامره على الصلاح حول المشترى على الصدق ولا يبطل البيع لانا يتيقن ان العلوق لم يكن فى ملكه
فلا يثبت حقيقة العتق اى للولد ولا حقه اى ولا يثبت حق العتق وهو امومية الولد للام فيبقى الولد عبد المشترى ولا تصير الام ام ولد للبائع كما اذا ادعاه اجنبى

يصار

وهذه دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع
فيه لاحتمال ان يصدقه المشتري لان احتمل ان لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه واذا لم يصدقه يثبت النسب ويبطل
البيع والولد حر والام ام ولد له كما في المسئلة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق في ملكه **قال** فان مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت
به لاقل من ستة اشهر لم يثبت لانه لا شبهة لاحد في الام لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك فلا يتبعه استيلاد
الام وان ماتت الام فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر ثبت النسب في الولد واخذه البائع لان الولد هو الاصل في النسب فيضر
فوات التبع واما كان الولد احرارا فنسبها فيضاف اليه يقال ام الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه السلام اعتقها ولدها والثابت لها حق الحرية

اخذه الزيلعي الكافي وغيره وبنى اي دعوة البائع ههنا دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله اي ليس من اهل التحرير والبائع ليس بمالك فلا يصح دعوة التحرير منه اعلم
ان الدعوة نوعان دعوة استيلاد ودعوة تحرير فدعوة الاستيلاد هي ان يكون علوق المدعى في ملك المدعي وهذه الدعوى يستند الى وقت العلوق ويتضمن الاقرار
بالوطي فيتبين انه علق حرا ودعوة التحرير ان يكون علوق المدعى في غير ملك المدعي وهذه الدعوة تقتصر على الحال ولا تتضمن الاقرار بالوطي لعدم تصور الاستيلاد
لعدم الملك وقت العلوق كذا في البدائع وان ادعاه المشتري وحده في هذا الوجه صحت دعوته وان ادعياه معا او متعاقبا صح دعوة المشتري دون البائع لانه
كالاجنبي كذا في العناية وغيرها وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه اي في هذا الوجه الا ان يصدقه المشتري
لانه احتمل ان لا يكون العلوق في ملكه اي في ملك البائع فلم توجد الحجة وهي اتصال العلوق بملكه يقينا فلا بد من تصديقه اي من تصديق المشتري اياه واذا
صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام ام ولد له كما في المسئلة الاولى وهي ان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم باع لتصادقهما واحتمال العلوق
في الملك والاجنبي اذا اشتراها وحده في هذا الوجه صحت دعوته لان دعوته صحيح حالة الانفراد وفيما لا يحتمل العلوق في ملكه ففيما يحتمله اولى ويكون دعوته دعوة استيلاد حتى يكون
الولد حرا الاصل ولا يكون له ولا على الولد لان العلوق في ملكه ممكن وان ادعياه معا او متعاقبا فالمشتري اولى لان البائع في هذه الحالة كالاجنبي وهذا الذي
ذكر كله اذا كانت مدة الولادة بعد البيع معلومة اما اذا لم تعلم انها جاءت بالولد لاقل من اقل مدة الحمل او لاكثر من اكثرها او لما بينهما فالمسئلة على اربعة اوجه الفيا
فان ادعاه البائع وحده لا يصح دعوته الا ان يصدقه المشتري لعدم تيقن العلوق في ملكه وان ادعاه المشتري وحده صح دعوته لان اكثر ما في الباب ان يكون
العلوق في ملك البائع بان جاءت به لاقل من ستة اشهر ولكن هذا لا يمنع دعوة المشتري وان ادعياه معا لم يصح دعوة واحدة منهما ويكون الولد عبدا للمشتري
لانهما ان جاءت به لاقل المدة كان النسب للبائع وان جاءت به لاكثر من اقل المدة كان النسب للمشتري فوقع الشك في ثبوته فلا تثبت وان ادعياه متعاقبا
فان سبق المشتري صحت دعوته وان سبق البائع لم يصح دعوة واحد منهما لوقوع الشك في ثبوت النسب من كل واحد منهما كذا في غاية البيان نقلا عن مبسوط
شيخ الاسلام خواهر زاده وكذا في العناية قال في الكافي ولو تنازعا فالبنية للمشتري اي اذا باع امة فولدت عند المشتري فقال البائع بعتها منك منذ
شهر والولد مني وقال المشتري بعتها مني لاكثر من ستة اشهر والولد ليس منك فالقول للمشتري بالاتفاق لان البائع يدعي انتقاض البيع والمشتري
ينكر فان اقاما البينة فالبينة للمشتري ايضا عند ابي يوسف رح لانه اثبت زيادة مدة في الشراء وعند محمد رح البينة للبائع لانه يثبت نسب الولد واستيلاد
الامة وانتقاض البيع فكان اكثر اثباتا انتهى فان مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر اي والحال انها جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر
لم يثبت الاستيلاد في الام هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليله لانها اي لان الام تابعة للولد اي في هذا الباب على ما يجيء بيانه ولم يثبت النسب
اي نسب الولد بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك اي لعدم حاجة الولد الى النسب بعد الموت فلا يتبعه استيلاد الام لعدم تصور ثبوته الحكم في التبع بدون
ثبوته في المتبوع وان ماتت الام فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر ثبت النسب في الولد واخذه البائع هذا ايضا لفظ القدوري في مختصره قال
المصنف في تعليله لان الولد هو الاصل في النسب فلا يضره فوات التبع يعني ان الولد لما كان هو الاصل كان هو احق ببقائه وحاجته الى ثبوت النسب لا يضره
فوات البيع لان تعذر الفرع لا يبطل الاصل بخلاف العكس وانما كان الولد اصلا لانها اي لان الام تضاف اليه اي الى الولد حتى يقال ام الولد والاضافة
الى الشيء امارة اصالة المضاف اليه ويستفيد الحرية من جهته عطف على تضاف اليه اي ويستفيد الام الحرية من جهة الولد لقوله عليه السلام اعتقها ولدها وقال لما
حبلت قبل له وقد ولدت مارية القبطية ابراهيم من رسول الله صلى الله عليه وسلم الا اعتقها والثابت لها اي ولان الثابت للام حق الحرية وهو امومية

لانه حقيقتها والادنى يتبع الاعلى وبيرة الثمن كما في قول ابي حنيفة رح وفاما بيرة حصة الولد وبيرة حصة الام لانه تبين انه باع ام ولده وبيعها غير متقوم عنده في العقد والغصب ولا يضمنها المشتري وعندهما متقوم فيضمنها قال في الجامع الصغير واذا حبلت الجارية في ملك الرجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع انها اعتق المشتري الام فهو باطل فيرد عليه بحصته من الثمن ولو كان المشتري اعتق الولد فدعوته باطلة وجه الفرق ان الاصل في هذا الباب الولد والام تابعة له على ما مر وفي الوجه الاول قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو العتق في الام وهو الام فلا يمتنع ثبوته في الاصل وهو الولد وليس من ضروراته حرية الولد فانه حر وان امه ام ولد له وكمامت فتوى الله اعلم

الولد وله اي والثابت للولد حقيقتها اي حقيقة الحرية والادنى يتبع الاعلى دائما دون العكس فحق الحرية التي هي الاعلى دون العكس وبيرة الثمن كله في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا بيرة حصة الولد وبيرة حصة الام وهذا من تمام لفظ القدوري الذي ذكر فيما تقدم قال المصنف رح لانه تبين انه باع ام ولده اي تبين بثبوت نسب الولد من البائع انه باع ام ولده وبيعها باطل وما لتيهما اي ولكن مالية ام الولد غير متقومة عنده اي عند ابي حنيفة رح في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما اي عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله متقومة فيضمنها اي فيضمنها المشتري فاذا رد الولد ورد نهايجب على البائع رد حصة تاسلم له وهو الولد كيلا يجتمع البدل والمبدل ولا يجب عليه رد ما تسلم له وهي الام قال الامام الزيلعي رح في التبيين بعد ما بين المقام هذا الاول هكذا ذكره الحاكم في قولهما وكان ينبغي ان يرد البائع جميع الثمن عندهما ايضا ثم يرجع بقيمة الام لانه كما ثبت نسب الولد منه تبين انه باع ام ولده وبيع ام الولد غير صحيح بالاجماع فلا يجب فيه الثمن ولا يكون لاجل المبيع منه حصة بل يجب على كل واحد من المتعاقدين رد ما قبضه ان كان باقيا والا فبدله انتهى قال في الجامع الصغير وفي الجامع الصغير ذكر رواية الجامع الصغير اعلما بان حكم الاعتاق فيما يخص فيه حكم الموت واذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد اعتق المشتري الام فهو ابنه اي فالولد ابن البائع ويرد عليه بحصته من الثمن اي يرد على البائع بحصة الولد من الثمن الذي كان نقده البائع فيقسم الثمن على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الولد يوم الولادة فما اصاب الام يلزم المشتري وما اصاب الولد سقط عنه ولا تصير الجارية ام ولد للبائع لانه ثبت فيها للمشتري ما لا يحتمل الابطال وهو الولاء كذا في الشروح وسائر المعتبرات ولو كان المشتري انما اعتق الولد فدعوته اي دعوة البائع باطلة اي اذا لم يصدقه المشتري في دعواه كذا في الشروح ووجه الفرق انما ذكره استظهارا اذ قد كان معلوما من مسئلة الموت ان الاصل في هذا الباب الولد قال صاحب النهاية اي الاصل في باب ثبوت حق العتق للام بطريق الاستيلاد وهو ثبوت حقيقة العتق للولد بالنسب انتهى وقد اقتفى اثره في هذا التفسير صاحب معراج الدراية وصاحب العناية اقول لا يخفى ما فيه من الركاكة من جهة اللفظ والمعنى فالاولى في التفسير ان يقال اي الاصل في باب الدعوة والاستيلاد هو الولد والام تابعة له على ما مر في مسئلة الموت آنفا وفي الفصل الاول وهو ما اذا ادعى البائع الولد وقد اعتق المشتري الام وفي بعض النسخ وفي الوجه الاول قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو اي المانع منهما العتق في التبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته اي ثبوت ما ذكر من الدعوة والاستيلاد في الاصل وهو الولد لان امتناع الحكم في التبع لا يوجب امتناعه في الاصل فان قيل اذا لم يمتنع ثبوت الدعوة والاستيلاد للبائع في الولد ثبت نسب الولد من البائع فيكون العلوق في ملكه يتيقن لان الكلام فيما اذا حبلت الجارية في ملك البائع ومن حكم ثبوت نسب الولد صيرورة امه ام ولد للبائع فينبغي ان يبطل البيع والعتاق اجاب بقوله وليس من ضروراته اي وليس ثبوت الاستيلاد في حق الام من ضرورات ثبوت نسب الولد وحريته يعني ان ذلك وان كان من احكامه الا انه ليس من ضروراته بحيث لا ينفصل عنه بجواز انفكاكه عنه كما في ولد المغرور وهو ولد من يطأ امرة معتدا على ملك يمين او نكاح فتلد منه ثم تستحق كذا ذكره المصنف فيما سيجيء في آخر هذا الباب فانه اي ولد المغرور حر اي حر الاصل ثابت النسب من المستولد وامه امته مولاها فلا تصير ام ولد للمستولد بل تكون رقيقة حتى تباع في السوق وكما في المستولدة بالنكاح يعني اذا تزوج جارية الغير فولدت له يثبت نسب الولد ولا يثبت امية الولد كذا في غاية البيان ويطابقه ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وكما في المستولدة بالنكاح فانه اذا استولد امة الغير بنكاح يثبت نسبه ولا تصير الامة ام ولده انتهى وكذا ذكره صاحب البدائع حيث قال كمن استولد جارية الغير بالنكاح يثبت نسب الولد منه ولا تصير الجارية ام ولد له للحال الا ان يملكها الوجه من الوجوه قال صاحب النهاية والعناية في شرح قول المصنف رح وكما في المستولدة بالنكاح بان تزوج امرأة على انها حرة فولدت فاذا هي امة انتهى اقول هذا المعنى ههنا غير صحيح لان الصورة

وفي الفصل الثاني قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته فيهما في التبع وانما كان الاعتاق مانعا لان لا يحتمل النقض كحق استحقاق النسب وحق الاستيلاد ذا ستويا من هذا الوجه

التي ذكرها قسم من قسمي ولد المغرور كما سنبينه ما ذكره المصنف في آخر هذا الباب ونبهت عليه فيما مر آنفا فلا وجه لان يذكر ها المصنف في مقابلة ولد المغرور كما لا يخفى فان قلت ان صاحبي النهاية والعناية فسرا ولد المغرور في قول المصنف كما في ولد المغرور بقولها وهو ما اذا اشترى الرجل امة من رجل يزعم انها ملكه فاستولدها ثم استحقت انتهى فحينئذ يكون المراد بولد المغرور في كلام المصنف احد قسميه وهو ما حصل بالاعتماد على ملك اليمين وبالمذكور في مقابلته قسمته الآخر وهو ما حصل بالاعتماد على ملك النكاح فلا محذور قلت ذلك التفسير منهما تقصير آخر فانه مع كونه تقييدا للكلام المطلق بلا مقتضى له مؤد الى تقليل الاشتباه في مقام يكثر فيه التكثير فلا يندفع به المحذور بل يتأكد وفي الفصل الثاني وهو ما اذا اعتق المشتري الولد ثم ادعاه البائع قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته اي ثبوت ما ذكر من الدعوة والاستيلاد فيه اي في الاصل وفي التبع لان امتناع الحكم في الاصل يوجب امتناعه في التبع ايضا وانما كان الاعتاق مانعا قال المتقدمو الشراح اي وانما كان اعتاق المشتري الولد مانعا لدعوة البائع اياه وقال صاحب العناية اخذا من قوله وانما كان الاعتاق مانعا بيان لمانعية عتق الولد عن ثبوت النسب بدعوة البائع انتهى اقول بل هذا بيان لمانعية عتق الام عن ثبوت الاستيلاد في حقها بدعوة البائع ولمانعية عتق الولد عن ثبوت النسب في حقه بدعوة البائع ايضا والمعنى انما كان اعتاق المشتري الام او الولد مانعا عن دعوة الاستيلاد او دعوة النسب فيشتمل الفصلين معا كما ينادي عليه عبارات المصنف في اثناء البيان على ما ترى وفيما ذهب اليه الشراح تخصيص البيان بالفصل الثاني وهو تقصير في حق المقام وشرح الكلام

الاستحقاق

لانه اي لان الاعتاق لا يحتمل النقض كحق استحقاق الولد وحق الاستيلاد يعني ان الاعتاق من المشتري كحق استحقاق نسب من البائع في الولد وحق الاستيلاد من البائع في الام فان كل واحد منهما لا يحتمل النقض فاستويا اي استوى اعتاق المشتري وحق البائع استحقاقا واستيلادا من هذا الوجه اي من حيث انهما لا يحتملان النقض فليس لفعل احدهما ترجيح على فعل الآخر من هذا الوجه قال صاحب العناية وربما اذا باع جارية حبلى فولدت ولدين في بطن واحد لاقل من ستة اشهر فاعتق المشتري احدهما ثم ادعى البائع الولد الآخر صحت دعوته فيهما جميعا حتى يبطل عتق المشتري وذلك لنقض العتق كما ترى واجيب بان التوامين في حكم ولد واحد فمن ضرورة ثبوت نسب واحد منهما والحكم بصيرورته ام الاصل ثبوت النسب للآخر ولقائل ان يقول اذا كان كذلك وقد ثبت العتق في احدهما فمن ضرورة ثبوت العتق في احدهما ثبوته في الآخر والازم ترجيح الدعوة على العتق وهو المطلوب والفرض خلافه ويمكن ان يجاب عنه بانه ان ثبت العتق في الآخر لزمه ضمان قيمته وفي ذلك ضرر زائد انتهى اقول السوال الاول وجوابه مما ذكره بعض الشراح ايضا واما وجه وجيه واما السوال الثاني وجوابه فمن مخترعاته وليسا بشئ اما السوال فلان مراد المجيب عن السوال الاول ان التوامين في حكم ولد واحد في باب النسب بناء على ان مدار النسب على العلوق وعلوقهما واحد لكونهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الآخر وليس مراده انهما في حكم ولد واحد في جميع الاحوال حتى يتوجه السوال كيف ومدار العتق على القربة لا شك ان رقتهما معا متغايران فما يترتب على احدهما لا يلزم ان يترتب على الاخرى كما لا يخفى واما الجواب فلانا ان اردنا ان ثبت العتق في الآخر لزمه الآخر ضمان قيمته كما اذا اعتق البعض عبده على قول ابي حنيفة رح حيث يلزم المعتق عنده ضمان قيمة بقية الآخر اي السعاية في بقية قيمته لمولاه فلا نسلم ان في ذلك ضررا زائدا اذ الضمان في مقابلة العتق لا يعد ضررا اصلا ولو سلم ذلك فيعارض بالنسب فانه اذا ثبت النسب في الآخر لزم البائع ضمان ثمنه اي رد حصته من الثمن على المشتري فيلزم ان يتحقق هناك ايضا ضرر زائد وان اردنا ان ثبت العتق في الآخر لزم المشتري ضمان قيمته اي اتلاف قيمته فتعارض بالنسب ايضا قطعا فانه اذا ثبت النسب في الآخر لزم البائع ضمان حصته من الثمن كما يلزم المشتري على تقدير ثبوت العتق في الآخر ضمان قيمته فيلزم ان يتحقق هناك ايضا ضرر زائد فلا يتصور الترجيح في صورة التوامين ايضا والفرض خلافه ثم اقول بدل السوال الثاني وجوابه ولقائل ان يقول اذا كان الحكم

ثم الثابت من مشتري حقيقة الاعتاق والثابت في كلام حق الحرية وفي الولد للبائع حق الرق ونحن لا نعارض الحقيقة بالحقيقة ولا بالحق لان ما يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية وقول في الفصل الاول ورد عليه بحصته من الثمن قولهما وعند ابي حنيفة يسقط كما ذكرناه في فصل الموت قال ومن باع عبدا ولد عند بائعه مشتري من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه ويبطل البيع لان البيع يحتمل النقض وولده من حق الدعوة لا يحتمله فينتقض البيع لاجله ولكذا اذا كاتب الولد ورهنه واجره او كاتب الام ورهنها واجرها او وهبهما ثم ان الدعوة كان لاهل المعوانة ان يفسخ

في التوامين كذلك كان عتق المشتري مما يحتمل النقض وهو المطلوب والغرض خلافه ويمكن ان يجاب عنه بان مراده من قوله ان العتق لا يحتمل النقض انه لا يحتمله قصدا والكلام في مسئلة التوامين احتماله النقض ضمنا وكم من شئ لا يثبت قصدا ويثبت ضمنا ويجئ في الكتاب هذا الفرق بين المسئلتين ثم ان صاحب العناية قال بعد ما سبق من سوال الثاني وجوابه فان عورض بان البائع اذا ادعى النسب في الذي عنده كان ذلك سعيا في نقض ما تم من جهته اجيب بانه غير مقصود فلا معتبر به انتهى اقول فيعارض بان الضرر الزائد الذي يلزم على تقدير ثبوت العتق في الآخر غير مقصود ايضا فلا معتبر به ايضا فلا يخلو الجواب عن معارضة ثم الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق يريد بيان رجحان ما في جانب المشتري الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق والثابت في الام حق الحرية وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة لان الحقيقة اقوى من الحق قال صاحب العناية ونقوض بالمالك القديم مع المشتري من العدو فان المالك القديم يأخذه بالقيمة وان كان الحق للمالك وللمشتري حقيقة واجيب بانه ليس ترجيح بل هو جمع بينهما وفيه نظر لان الغرض ان الحقيقة اولى فالجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح ويمكن ان يجاب عنه بان هذه الحقيقة فيها شبهة لان مبناها على تملك اهل الحرب ما استولوا عليه من اموالنا بدارهم وهو مجتهد فيه فانحطت عن درجة الحقائق فقلنا يأخذه بالقيمة جمعا بينهما انتهى اقول النقض مع جوابه مما ذكره الشارح تاج الشريعة قولهما صحيح واما النظر مع جوابه فمن عند نفسه وليسا بصحيحين اما النظر فلانا لا نسلم ان مجرد الجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح الا ترى انا نجمع وبين الفرائض والواجبات والمستحبات في العمل مع تقرر ايثار الراجحان البعض على البعض بحاله وانما ينظر اثر الرجحان عند تعارض الراجح والمرجوح بان لا يمكن العمل بهما وتجمع بينهما كما لا يخفى واما الجواب فلان المجتهد يجتهد فانما في مسئلة يملك اهل الحرب ما استولوا عليه من اموالنا بدارهم هو الشائع وهو متاخر الزمان عن اجتهاد ائمتنا فكيف يتوقع اجتهاده شبهة فيما اجتهد وافيه حتى تحط بها درجة الحقيقة من درجة الحقائق عند ائمتنا فيصح بناء الجواب عليه والتدبير بمنزلة الاعتاق اي في الحكم المذكور وكذا الاستيلاد بمنزلته في ذلك الحكم على ما صرح به صاحب النهاية ومعراج الدراية في صدر مسئلتنا هذه نقلا عن الامام السرخسي لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية وهو عدم جواز النقل من ملك الى ملك وقوله في الفصل الاول يرد عليه بحصته من الثمن قولهما يعني ان ذكر في الجامع الصغير من قوله وقد عتق المشتري الام فهو انه يرد عليه بحصته من الثمن هو قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وعنده اي عند ابي حنيفة رحمه الله يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت قوله هو الصحيح احتراز عما ذكره شمس الائمة في المبسوط والامام قاضيخان والامام الحبوبي في الجامع الصغير انه يرد بما يخص الولد من الثمن لا بكل الثمن عند ابي حنيفة رحمه الله ايضا بخلاف فصل الموت وذكروا الفرق بينهما بان في الاعتاق كذب القاضي البائع فيما يزعم انها ام ولده حين جعلها معتقة المشتري او مدبرته فلم يسق زعمه عبرة واما في فصل الموت فبموته تبين ان الحكم بخلاف ما زعم البائع فبقي زعمه معتبرا في حقه فرد جميع الثمن ثم علم ان الذي اختاره المصنف وصححه هو ما ذكره شمس الائمة في الجامع الصغير بناء على ان ام الولد لا قيمة لها ولكن قالوا انه مخالف لرواية الاصول وكيف يسترد كل الثمن والبيع لم يبطل في الجارية ولهذا لم يبطل اعتاق المشتري فان قيل ينبغي ان لا يكون للولد حصته من الثمن لحدوثه بعد قبض المشتري لا حصة للولد الحادث بعد القبض قلنا الولد انما حدث بقبض بعض حيث الصورة واما من حيث المعنى فوجد حادث قبل القبض لثبوت علوقه في ملكه البائع ولهذا كان للبائع سبيل من فسخ هذا البيع بالدعوة وان قبضه المشتري وما هو كذلك فلحصته من الثمن اذا استهلكه البائع وقد استهلكه ههنا بالدعوة كذا في الشروح قال اي محمد رح في الجامع الصغير ومن باع عبدا ولد عنده اي كان اصل العلوق في ملكه وباعه المشتري اي ثم باعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه اي ولد ابن البائع الاول ويبطل البيع اي بيطل البيع الثاني لان البيع يحتمل النقض وماله اي وما للبائع من حق الدعوة لا يحتمله اي لا يحتمل النقض فينتقض البيع لاجله اي لاجل ما للبائع من حق الدعوة قال المصنف وكذلك اي وكحكم المسئلة السابقة الحكم اذا كاتب الولد اي اذا كاتب المشتري الولد او اجره او كاتب الام اي كما كاتب المشتري الام فيما اذا اشترى ام مع ولدها او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة اي ثم وجدت دعوة البائع لان هذه العوارض يحتمل النقض

لنا بان الثابت العتاق

فيثبت نسب الولد الذي عنده من البائع ويبطل عتق المشتري وشراءه لانه حر الاصل فيبطل ايضا ضرورة ثبوت نسب احد التوأمين من احد الرجلين يستلزم ثبوت نسب الآخر من الآخر لان التوأمين ولدان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر فلا يتصور علوق الثاني حادثا بعد ولادة الاول لان اقل مدة الحمل ستة اشهر فيتعين علوقهما قبل ذلك فيكونان توأمين ولدا عنده وعند البائع فيثبت نسبهما منهما ويبطل عتق المشتري وشراءه لانه حر الاصل فيبطل ايضا ضرورة ثبوت نسب احد التوأمين من احد الرجلين يستلزم ثبوت نسب الآخر من الآخر لان التوأمين ولدان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر فلا يتصور علوق الثاني حادثا بعد ولادة الاول لان اقل مدة الحمل ستة اشهر فيتعين علوقهما قبل ذلك فيكونان توأمين ولدا عنده وعند البائع فيثبت نسبهما منهما ويبطل عتق المشتري وشراءه لانه حر الاصل فيبطل ايضا ضرورة

كالبيع فيبطل ذلك كله اي فيبطل تلك العوارض كما ذكر اسم الاشارة والضمير تاويلا بما ذكر وقوله الدعوة كذا وجدناه والاحسن النقض واعلم ان هذه المسائل من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعا على مسئلة الجامع الصغير بخلاف الاعتاق والتدبير فانهما لا يحتملان النقض على ما مر آنفا بخلاف ما اذا ادعاه اي الولد المشتري او الشاهد ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار كالاعتاق اي كعتاق المشتري قال صاحب العناية ولقائل ان يقول الثابت بالاعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها فانى يتساويان وانا ندعي التساوي بين العتق والدعوة في عدم احتمال النقض وذلك ثابت البتة وترجيح دعوة المشتري على دعوة البائع من حيث ان الولد قد استغنى بالاول عنه بان التساوي بين العتق والدعوة في عدم احتمال النقض وذلك ثابت البتة وترجيح دعوة المشتري على دعوة البائع من حيث ان الولد قد استغنى بالاول عن ثبوت النسب في وقت لا فراغ لها فلا حاجة الى الثاني انتهى واورد بعض الفضلاء على قوله في السوال الثابت بالاعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها بان قال فيه بحث فان الثابت بهما في حق الولد حقيقة الحرية اليس بل حرية الاصل كما سيجيء انتهى اقول هذا مندفع لان حقيقة حرية الاصل انما تثبت بالدعوة للولد ومراد صاحب العناية ان الثابت بالدعوة للبائع حقها لان سياق الكلام في جنس ما نحن فيه من المسائل على ان الترجيح هل هو في جانب البائع او في جانب المشتري ولا شك ان الثابت بالدعوة للبائع على كل حال انما هو الحق وهو حق الالحاق للنسب في الولد وحق الاستيلاد في الام كما مر في الكتاب وتقرر وقد عبر عنه صاحب العناية ههنا بحق الحرية لتاديته الى الحرية وكذا الحال بالنظر الى دعوة المشتري فانتظم السوال والجواب وان كان في تقرير نوع ضيق فانتظر

قال اي القدوري في مختصره ولو ادعى نسب احد التوأمين التوأم اسم للولد اذا كان معه آخر في بطن واحد يقال هما توأمان كما يقال هما زوجان في حق كل واحد منهما زوج خطا ويقال للانثى توأمة كذا في المغرب ولكن الامام شمس الائمة السرخسي ذكر في المبسوط ان ذكر التوأم مكان التوأمين صحيح في اللغة حتى لو قال غلامان توأم وغلامان توأمان كلاهما صحيح عند اهل اللغة كذا في النهاية وغيرها ثبت نسبهما منه اي ثبت نسب التوأمين معا ممن ادعى نسب احدهما لانهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الآخر منه اي كونهما من ماء واحد لان التوأمين ولدان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر فلا يتصور علوق الثاني حادثا اي بعد ولادة الاول لانه لا اقل من ستة اشهر لان اقل مدة الحمل ستة اشهر ولا يتصور علوق الثاني على علوق الاول لانهما اذا خلقت يشد لحم الرحم كذا في الكافي وغيره وكان المصنف لم يتعرض لدفع هذا الاحتمال لكونه امرا معلوما في غير هذا الفن وفي الجامع الصغير قال في العناية ذكر في رواية الجامع الصغير لانشائها لها على صورة بيع احدهما ودعوى النسب في الآخر بعد اعتاق المشتري انتهى وقال في معراج الدراية انما اعاد لفظ الجامع لما فيه زيادة وهو قوله ولدا عنده وفيه اشارة الى كون العلوق في ملك المدعي انتهى اذا كان في يده غلامان توأمان ولدا عنده فباع احدهما واعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده فهما ابناه وبطل عتق المشتري ان كانت الرواية بكسر الراء العتق بمعنى الاعتاق وان كانت بالفتح فلا حاجة الى التاويل كذا في العناية قال المصنف رحمه الله في التعليل لانه لما ثبت نسب الولد الذي عنده لمصادقة العلوق والدعوة ملكه اذ المسالة مفروضة فيما اي في ان يصادف العلوق والدعوة ملكه فان في قوله ولدا عنده اشارة الى مصادقة العلوق ملكه وفي قوله ثم ادعى البائع الذي في يده تصريح بمصادقة الدعوة ملكه ثبت بحرية الاصل جواب لما ثبت نسب الولد الذي عنده اي ثبت حرية الاصل في هذا الوجه فيثبت نسب الآخر اي فيثبت نسب الولد الآخر الذي كان باعه واعتقه المشتري في حرية الاصل فيه اي ثبت حرية الاصل في ذلك الولد ايضا ضرورة لانهما توأمان وهما من ماء واحد فبين اي عتق المشتري وشراءه لاقي حر الاصل فبطل اي فيبطل كل واحد من عتقه وشرائه قال في الكافي وكان هذا النقض للاعتاق بامر فوقه وهي الحرية الثابتة باصل الخلقة انتهى بخلاف ما اذا كان الولد واحدا حيث لا يبطل فيه اعتاق المشتري بدعوى البائع نسبه كما مر لان هناك اي في مسئلة الولد الواحد يبطل العتق فيه اي في الولد مقصودا يعني لو صحت الدعوة من البائع هناك لبطل العتق في الولد مقصودا

دعوة البائع وههنا ثبت تبعا لحريته فيه حريته الاصل فافترقا ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه ثبت نسب الولد منه عنده ولا ينقض البيع فيما بباع لان هذه دعوة تحرير لانعدام شاهد الاتصال فيقتصر على محل ولايته

دعوة البائع وانه لا يجوز لما تقدم ان حق الدعوة لا يعارض حقيقة الاعتاق وههنا اى في مسئلة التوامين يثبت تبعا لحريته فيه حريته الاصل اى يثبت بطلان اعتاق المشتري فيما اشتراه تبعا لحريته حريته الاصل لان حرية التحرير فالضمير في حريته راجع الى المشتري بالفتح وقوله فيه متعلق بقوله يثبت والضمير راجع الى المشتري كذلك وقوله حريته الاصل بدل من قوله حريته وانما ابدل به اشارة الى سبقهما ليتبين بذلك ان البيع لم يكن صحيحا فالاعتاق لم يصادف محله فكان خلقيا بالرد والابطال كذا في العناية اقول هذا شرح صحيح الا انه يكون في كلام المصنف حينئذ تعقيد لفظي بالتقديم والتاخير حيث كان حق الاداء على هذا المعنى ان يقال وههنا يثبت فيه تبعا لحريته حرية الاصل كما لا يخفى وكان متقدمي الشراح هربوا عنه حيث قال صاحب النهاية والكفاية في بيان معنى كلام المصنف وههنا اى يثبت بطلان اعتاق المشتري بطريق التبعية حرية المشتري الذي كانت الحرية فيه حرية الاصل انتهى وقال صاحب غاية البيان يعني فيما نحن فيه يثبت بطلان اعتاق المشتري لا مقصودا بل تبعا للثبوت الحرية الاصلية الثابتة في الذي باعه انتهى فان الظاهر مما بينوا من المعنى ان لا يكون قول المصنف فيه متعلقا بقوله يثبت بل ان يكون متعلقا بمقدر وهو الكائنة او الثابتة على انه صفة لحرية فلا يلزم التقدير اقول العلة المحذور فيه اشد من الاول فان الحرية يعود ان تضاف الى الضمير الراجع الى المشتري لا يبقى احتمال ان لا يكون ثابتا فيه فيلزم ان يكون قول المصنف فيه على المعنى الذي ذكروه لغوا من الكلام وانما تيقم ذلك المعنى ان لو كان كلام المصنف وههنا يثبت تبعا للحرية فيه بدون الاضافة كما لا يخفى فافترقا اى فافترق ما نحن فيه من مسئلة التوامين وما اذا كان الولد واحدا حيث لزم بطلان العتق ههنا اصالة وقصدا وفيما نحن فيه ضمنا وتبعا وكم من شئ يثبت ضمنا وتبعا ولا يثبت اصالة وقصدا قال في معراج الدراية الى هذا اشار قاضيخان والمرغيناني في فوائده والسرخسي في جامعه وقال في النهاية بعد شرح كلام المصنف على هذا المنوال او نقول في مسئلتنا لا يبطل عتق المشتري الذي يثبت منه بل نظير دعوة البائع لما في يده من احد التوامين ان اعتاق المشتري لم يلاق محله لانه ظهر انه كان حرا لاصل وتحرير الحر باطل لان فيه اثبات الثابت وذلك لا يصح كما ذكرناه من الفصول الثمانية

ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه يعني ان الذي ذكر من قبل اذا كان اصل العلوق في ملك المدعى ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه والمسئلة بحالها ثبت نسب الولد منه اى ثبت نسب الولد الذي عند البائع بمصادقة الدعوة ملكه فيثبت النسب للولد الآخر ايضا ضرورة لان التوامين لا ينفكان نسبا ولا ينقض البيع فيما باع ولا يبطل عتق المشتري فيه لان ما اى لان دعوة البائع ههنا دعوة تحرير لا دعوة استيلاد لانعدام شاهد الاتصال اى لانعدام شاهد اتصال العلوق بملك المدعى حيث لم يكن اصل العلوق في ملكه ومن شرط دعوة الاستيلاد اتصال العلوق بملك المدعى فيقتصر على محل ولايته اى اذا كانت هذه دعوة تحرير فيقتصر على محل ولاية المدعى وصار كان البائع اعتقها فيعتق من غير ملكه عليه فيجب وليس من ضرورة حرية احد التوامين عتق عارض حرية الآخر فلهذا لا يعتق الذي عند المشتري على البائع كذا في الكافي وقال كثير من الشراح في شروح قول المصنف لان هذه دعوة تحرير انتهى لانه لما لم يكن اصل علوقها في ملك البائع كانت دعوته دعوة تحرير فكان قوله هذا ابنى مجازا عن قوله هذا حر ولو قال لاحد التوامين هذا حر كان تحريرا مقتصرا على محل ولايته كذا دعوة التحرير اقول يرد على قولهم فكان قوله هذا ابنى مجازا عن قوله هذا حر انه لا كذلك لما ثبت نسبا حد من الولدين منه لان المصير الى المجاز عند تعذر اعمال الحقيقة وقد صحوا ثبوت نسبهما منه وتفصيل المقام انه قد مر في كتاب العتاق انه قال لعبد يولد مثله لمثله هذا ابنى فان لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه لان ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج الى النسب فيثبت منه واذا ثبت عتق لانه يستند النسب الى وقت العلوق فان كان للعبد نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق اعمالا للفظ في مجازه عند تعذر اعماله في حقيقته وان قال الغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابنى عتق عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يعتق وهو قول الشافعي رحمه الله لهم ان كلامه محال فيرد ويلغو ولابي حنيفة رحمه الله ان كلامه يحتمل الصحة بان يكون ابنا من حيث الملك وهذا لان البنوة في المملوك بسبب الحرية والطلاق السبب ارادة المسبب فيجاز في اللغة تجوز اولان الحرية

قال واذا كان الصبي في يد رجل فقال هو ابن عبدي فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه ابدا وان احد العبدان يكون ابنه
وهذا عجيب حقيقة لان الاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان لا يحتمل النقض لا ترى ان العبد اذا اقر بابن ثم كذبه لا يكون ابنه
برد العبد فصار كان لم يكن اقراره بالنسب يرتد بالرد وان كان لا يحتمل النقض الا ترى ان العبد اذا اقر بابن ثم كذبه لا يكون ابنه
على الباقع باعتاق المشتري فكذا به ابدا ثم قال الا عتقه يحتمل الولاء اليه بخلاف ما اذا صدقه لان نسبه ثابت من الغير وبخلاف

ملازمة للبنوة في الملوك والمشابهة في وصف ملازم من طريق المجاز على ما عرف فيحمل عليه تحرزا عن الالغاء انتهى فلقد تلخص من ذلك كله ان ثبوت النسب فيما اذا قال
لغلامه هذا ابني انما يكون في صورة واحدة من الصور الثلث المذكورة وهي ان يكون الغلام ممن يولد مثله لمثله والا يكون معروف النسب ولكن يجري اللفظ في هذه
الصورة على حقيقته واما في الصورتين الاخريين فيصير اللفظ محمولا على مجازه لكن لا يثبت النسب فيهما فلم توجد صورة تثبت فيها النسب ويكون اللفظ مجازا فلهم
ما قاله هؤلاء الشراح قال اي محمد في الجامع الصغير واذا كان الصبي في يد رجل قال اي ذلك الرجل هو ابني الصبي ابن عبدي فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن
ابنه اي لم يكن ذلك الصبي ابن ذلك الرجل ابدا قال صاحب النهاية ومعراج الدراية يعني سواء صدقه العبد الغائب او كذبه او لم يعرف منه تصديق ولا تكذيب
وقال تاج الشريعة يعني وان جحد العبد ان يكون ابنه اقول لا يخفى على الفطن انه يلزم على هذا المعنى استدراك قول لم يكن وان جحد العبد ان يكون ابنه
سيما على ما قاله تاج الشريعة اللهم الا ان يحمل على التاكيد تقريرا لكون المعنى هذا لكن فيه ما فيه وقد اشار صاحب العناية الى كون المعنى لم يكن ابنه ابدا اي في وقت
من الاوقات لا حالا ولا استقبالا حيث قال في تقرير المسئلتين واذا كان الصبي في يد رجل فاقر انه ابن عبده فلان او ابن فلان الغائب ثم ادعى فراشه ثم ادعاه
لنفسه لم تصح دعوته في وقت من الاوقات لا حالا ولا استقبالا انتهى اقول الحق ان المراد ههنا هذا المعنى لوجوه احدها اندفاع الاستدراك المذكور به وهو ظاهر
وثانيها ان الابد على هذا المعنى يكون على اصل معناه وهو عموم الاوقات وعلى المعنى الاول يصير مصروفا عنه الى عموم الاحوال كما ترى وثالثها انه يظهر حينئذ
فائدة تقييد فلان بالغائب في وضع مسئلتنا دون المعنى الاول فان المقر له الحاضر والغائب سيان بالنظر الى الاحوال المذكورة في المعنى الاول اعني
التصديق والتكذيب والسكوت عنها اذ يتصور من كل واحد منهما كل واحدة من تلك الاحوال في وقت ما فلا فائدة في التقييد بالغائب على ارادة عموم الاحوال
واما بالنظر الى الاوقات المذكورة في هذا المعنى اعني الحال والاوقات المستقبلة فهما اي المقر له الحاضر والغائب متفاوتان حيث لا يتصور الجحود من الغائب في
الحال لعدم علمه بها اي بما اقر به المقر ويتصور ذلك منه في الاستقبال بان يعلمه بعد ان يحضر بخلاف الحاضر فانه يتصور منه الجحود في الحال والاستقبال فلا فرق
بينهما فاحتمل في حق الغائب اختصاص الحكم لعدم كون الصبي ابن المقر بوقت لا يتصور فيه الجحود من المقر له وهو الحال ولم يحتمل ذلك في حق الحاضر فلو اراد
فلانا ولم يقيد بالغائب على ارادة عموم الاوقات لتبادر الى الفهم كون الحكم المذكور عند كون المقر له حاضرا فقط ولما قيد بالغائب علم ثبوت الحكم المذكور عند
كون المقر له غائبا عبارة وثبوته عند كونه حاضرا ايضا دلالة فظهر فائدة التقييد بالغائب على هذا المعنى ثم اعلم انه لا يشترط لهذا الحكم ان يكون الصبي في يده
وذكره في الكتاب وقع اتفاقا فانص عليه الامام الزيلعي في التبيين وهذا عند ابي حنيفة رح اي حكم المسئلة المذكورة على اطلاقه انما هو عند ابي حنيفة رحمه الله وفي المبسوط
لكن يعلق عليه وان لم يثبت نسبه من المولى كذا في النهاية ومعراج الدراية وقال اذا جحد العبد فسواء الصبي ابن المولى يعني اذا ادعى المولى نفسه بعد جحود العبد
نسبه كذا في النهاية قال المصنف وعلى هذا الخلاف اذا قال ادعى اذا قال الذي في يده الصبي هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه هذه من مسائل المبسوط
ذكرها المصنف تفريعا كذا في غاية البيان لهما ان الاقرار اي الاقرار بالنسب هو قوله هو ابن عبدي فلان الغائب ارتد بالعبد فصار كان لم يكن الاقرار اي صار
كانه لم يقر احد وادعاه لنفسه الاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان لا يحتمل النقض اي وان كان النسب لا يحتمل النقض الا ترى انه اي الاقرار بالنسب يبطل في الاكراه
والهزل حتى لو اكره بنبوة عبد فاقر بها لا يثبت النسب وكذا لو اقر بها هازلا فصار اي فصار حكم هذه المسئلة كما اذا اقر المشتري على البائع باعتاق المشتري يفتح
الراء فكذبه البائع ثم قال اي المشتري انما اعتقته يحول الولاء اليه اي فانه يحول الولاء الى المشتري وصار كانه لم يقر مولى اصلا بخلاف ما اذا صدقه اي بخلاف ما اذا صدق
المقر له المقر في مسئلتنا حيث لا يصح فيه دعوة المولى بالاتفاق لانه اي المقر يحتاج بعد ذلك اي بعد تصديق المقر له اياه نسبا ثابتا من الغير وهو لا يصح وبخلاف

ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه بان سكت عن التصديق والتكذيب حيث الاصح فيه انه دعوة المولى بالاتفاق لانه تعلق به اى بالصبى حق المقر له على اعتبار تصديقه اى على اعتبار احتمال تصديقه فيصير كولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لان له ان يكذب بنفسه يعنى ان الاحتمال جانب التكذيب تاثيرا فى ولد الملاعنة ولابى حنيفة رح ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته وهذا بالاتفاق والاقرار بمثله اى بمثل ما لا يحتمل النقض بعد ثبوته لا يرتد بالرد يعنى فما كان كذلك فالاقرار به لا يرتد اى لا يبطل بالتكذيب كمن اقر بحرية عبد انسان كذبه المولى لا يبطل اقراره حتى لو اشتراه بعد ذلك يعتق عليه كما ذكره الامام قاضيخان وذكر فى الشروح خفية اى فبقى الاقرار فى حق المقر وان لم يثبت فى حق المقر كذا فى الكفاية وشرح تاج الشريعة فيمتنع عودته بعد الرد ايضا كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته للتهمة كالعتق والقرابة ثم ادعاه اى ثم ادعاه الشاهد لنفسه حيث لم الصح دعوته واعلم ان الامام فخر الاسلام ذكر هذه المسئلة فى شرح الجامع الصغير على هذا المنوال حيث قال وكذلك من شهد له على رجل بنسب صغير فردت شهادته بعد رد ثم ادعاه الشاهد لم الصح انتهى فافتقى الحصر اشرة فاوردناها هناك كذلك واما شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فقد ذكرانها ايضا على هذا الخلاف حيث قال فى شرح الكافى للحاكم الشهيد وعلى هذا الخلاف اذا شهدا ان ابن فلان فلم يقبل هذه الشهادة ثم ادعاه لنفسه لا تقبل عند ابى حنيفة رح خلافا لهما انتهى وهذا اشارة الى قوله لا اقرار بمثله لا يرتد بالرد لانه تعلق به اى بالنسب حق المقر حتى لو صدق بعد التكذيب يثبت النسب منه اى من المقر له ولما جاز ان يثبت النسب منه بعد التكذيب بقى له حق الدعوة ومع بقاء حقه لا تصح دعوة المقر كما اذا لم يصدقه ولم يكذبه وكذا تعلق به حق الولد من جهة احتياجه الى النسب فلا يرتد بالرد المقر لتعلق حقه وحق المولد هكذا ينبغى ان يشرح هذا المقام ولا يلتفت الى ما فى النهاية وغيرها مما لا يساعده تقرير المصنف ولا يطابقه تحريره كما لا يخفى على ذوى فطرة سليمة ودسئلة الولاء على هذا الخلاف اشارة الى الجواب عن استشهاد بمسئلة الولاء بانها ايضا على هذا الخلاف فلا تنهض شاهدة لما قالاه وحجة على ما قاله ولو سلم اى ولو سلم كون مسئلة الولاء على الاتفاق قالوا لا قد يبطل بالاعتراض الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى قوم الاب صورته معتقة تزوجت بعبد وولدت منه اولادا فجنى الاولاد وكان عقل جنايتهم على مولى الام لان الاب ليس من اهل الولاء وكان الولد ملتقطا بقوم الام فان اعتق العبد جر الاولاد الى نفسه بكذا روى عن عمر رضى الله عنه ذكره قاضيخان كذا فى النهاية ومعراج الدراية وقد اعترض على الولاء الموقوف وهو الولاء من جانب البائع وانما سماه موقوفا لانه على عرضة التصديق بعد التكذيب كذا فى النهاية وغيرها بما هو اقوى وهو دعوى المشترى لان الملك له قائم فى الحال فكان دعوى الولاء مصادفا المحله لوجود شرطه وهو قيام الملك كذا فى العناية واكثر الشروح وقال بعض الفضلاء فيه بحث لانه كيف يقوم الملك وهو مقر بانه معتق قال فى الكافى ان المشترى اذا اقر ان البائع كان اعتق ما باعه وكذبه البائع فانه لا يبطل ذلك ولكنه يعتق عن المقر انتهى ولا يخفى دلالته على ما قلناه الى هنا كلام ذلك البعض اقول بحسب ظاهر السقوط لان المشترى انما اقر ولا بان ما اشتراه معتق البائع لا بانه معتق نفسه وقد كذبه البائع وهذا لا ينافى قيام الملك له فى الحال اى فى حال دعوى الاعتاق لنفسه ثانيا وانما لا يقوم الملك له فى الحال لو كان اقر ابتدا بانه معتق نفسه او كان اقر بانه معتق البائع وصدقه البائع وليس فليس واما ذكره فى الكافى فعلى تقدير تمامه يجوز ان يكون مبنيا على كون مسئلة الولاء ايضا على هذا الخلاف كما ذكره المصنف اولا حيث قال ومسئلة الولاء على هذا الخلاف ولا يخفى ان مبنى الكلام ههنا على تسليم كون بطلان الاقرار وتحول الولاء فى مسئلة الولاء متفقا عليه كما يفصح عنه قول المصنف ولو سلم آخرا وحينئذ لا شك فى قيام الملك للمشترى الى حال دعوى الاعتاق لنفسه فلا وجه لاشتباه المقام وجعل الكلام مبطلا اى لبطلان الولاء الموقوف باعتراض ما هو الاقوى الذى هو دعوى المشترى بخلاف العكس يعنى انه لا يبطل باعتراض شئ اصلا على ما مر اشارة الى قوله لان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته وعليه اخذ اكثر الشراح قال فى الكافى بخلاف النسب كما مر فى ولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن

وهذا يصلح مخرجا على اصله فيمين ببيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعوته باقراره بالنسب لغيره

قال واذا كان الصبي في يد مسلم فنصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر لان الاسلام مرجح فيستدعي تعارضا ولا تعارض لان نظر الصبي في هذا الوقف انما نيال شرف الحرية تحقيقا وشرف الاسلام ما لا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية لانه ليس في وسعه اكتسابها

لاحتمال ثبوته من الملاعن انتهى وحمل عليه صاحب الكفاية مراد المصنف ايضا والحاصل ان النسب الزم من الولاء وان الولاء يقبل البطلان في الجملة والنسب لا يقبله اصلا فالاصح قياس النسب على الولاء وهذا اي اقرار البائع بنسب باعه لغيره يصلح مخرجا اي حيلة على اصله اي على اصل ابي حنيفة رح فيمين ببيع الولد ويخاف عليه اي يخاف المشتري على الولد الدعوة بعد ذلك من البائع فيقطع دعواه اي فانه يقطع دعوى البائع باقراره بالنسب لغيره قال الامام الجصاص صورته رجل في يده صبي ولد في ملكه وهو يبيعه ولا يامن المشتري ان يدعيه البائع يوما فينتقض البيع فيقر البائع بكون الصبي ابن عبده الغائب حتى يامن المشتري من انتقاض البيع بالدعوى عند ابي حنيفة رح فان هذا يكون حيلة عنده وفي الفوائد الظهيرية الحيلة في هذه المسئلة على قول الكل ان يقر البائع ان هذا ابن عبده امية حتى لا يتاتى فيه تكذيب فيكون مخرجا على قول الكل كذا في النهاية قال اي محمد رح في الجامع الصغير واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر وفي الفوائد الظهيرية وغيرها هو ابن النصراني اذا كانت الدعوتان معا فكان قوله معا اشارة الى ان دعوى المسلم لو سبقت على دعوى النصراني يكون عبد المسلم كذا في النهاية قال المصنف لان الاسلام مرجح بكسر الجيم فيستدعي تعارضا يعني ان الاسلام مرجح اينما كان والترجيح يستدعي تعارضا ولا تعارض اي ولا تعارض ههنا لان التعارض انما يكون عند وجود المساواة ولا مساواة ههنا لان نظر الصبي ههنا او فريعني ان النظر للصبي واجب بنظيره فيما ذكرناه او قوله لانه نيال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مالا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه اي وفي عكس ما ذكرنا الحكم بالاسلام تبعا اي نيال الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية لانه ليس في وسعه اكتسابها اي ليس في وسع الصبي اكتساب الحرية فانتفى المساواة كذا راى اكثر الشراح في حل هذا المقام وهو التحقيق عندي ايضا بان يراد من هذا الكلام قال صاحب الغاية بعد شرح المقام بهذا المنوال والقائل ان يقول هذا مخالف لما في الكتاب وهو قوله تعالى ولعبد مومن خير من مشرك ودلائل التوحيد وان كانت ظاهرة لكن الالف بالدين بالغ قوي الايدي الى كفر آبائه مع ظهور دلائل التوحيد وقد تقدم في الحضانة ان الذمية احق بولدها المسلم بالعقل الا ديان او يخاف ان يالف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده انتهى واورد بعض الفضلاء على قوله وللقائل ان يقول هذا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى ولعبد مومن خير من مشرك بان قال فيه بحث لانا لا نقول ان الايمان ليس خيرا على الاطلاق حتى يخالف بل نقول كما ان ذلك خير كذلك شرف الحرية خير من ذل الرقية وكسب الاسلام في وسعه دون كسب الحرية فالنظر للصبي يقتضي الحكم بحريته انتهى اقول ليس مراد صاحب الغاية ان هذا مخالف للكتاب بمجرد دلائل الباب على ان صفة الايمان خير من صفة الاشراك حتى يفيد ما ذكره وذلك لبعض بل مراده انه مخالف للكتاب لدلالته على ان العبد المومن وان كان رقيقا خير من المشرك وان كان حرا ما لم يكن الامة والعبد في قوله تعالى ولامة مومنة خير من مشركة وقوله تعالى ولعبد مومن خير من مشرك محمولين على ظاهرهما اعني الرقيق والرقيقة كما يشعر به قول بعض كبار المفسرين في تفسير ذلك المقام من النظم الشريف يعني ان المومن ولو كان معه حساسة الرق خير من الكافر ولو كان معه شرف الحرية فان شرفها لا يجدي نفعا مع الكفر ودناءة الرق لا يضر مع شرف الايمان انتهى فالامر اما على كون الامة والعبد فما بمعنى عبد الله وامته ثابتين للحر والحرة ايضا كما ذهب اليه صاحب الكشاف واصراره حيث قال والى في تفسير الآيتين المذكورتين اي في الامة مومنة حرة كانت او مملوكة وكذلك في العبد مومن لان الناس كلهم عبيد الله وامائه انتهى فلان الرقيق المومن يندرج حينئذ في عبد مومن قطعا فيكون خيرا من مشرك كذلك ان كان حرا ودلالة ظاهر الدليل المذكور في مسئلتنا على ان الكافر النائل شرف الحرية مع كون كسب الايمان في وسعه خير من الرقيق المحكوم باسلامه تبعا مع حرمانه عن الحرية فتفهم المخالفة للكتاب وهذا توجيه كلام صاحب الغاية على وفق مرامه فلا يتوجه عليه البحث المذكور ثم قال صاحب الغاية ويمكن ان يجاب عنه بان قوله تعالى ولعبد مومن خير من مشرك لا بانهم يوجبون دعوة الاولاد لابائهم ومدعي النسب لا بان دعوته لا تحتمل النقض فتعارضت الآيتان في الاحاديث الدالة على الرحمة بالصبيان نظرا الى كثرة فكانت

وان كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم اولى ترجيحا للاسلام وهو اوفر النظرين **قال** واذا ادعت امرأة صبيا انه ابنها وهو حر وهما حران ثبت نسبه منها لانها تجر ولاءه الى حق عصبتها وهذه المسألة ان يكون المرأة وزوجها ادعيا نسب الصبي على التعاقب فصدقت بالحجة لخلاف الرجل

اقوى من المانع وكذا الاباحة والاصل عدمه الا يرى الى انتشار الاسلام بعد الكفر في الآفاق وترك الحضانة لا يلزم منها بخلاف ترك النسب هنا فان الصبي بعده الى الرق وهو ضرر عظيم لا محالة انتهى اقول فيه بحث لان كون دعوى النسب بالاولى المسألة فذكره هنا سهو والى المصادرة وقوله لان دعوته لا تحتمل النقض ليس بشيء لان دعوته انما لا تحتمل النقض بعد ان كانت مقبولة بحسب الشرع راجحة على دعوى المسلم وهو اول المسألة ايضا وقوله وفي الاحاديث الدالة على الرحمة بالصبيان نظر الماكثرة فكانت اقوى من المانع كلام غال عن التحصيل هنا لان وجوب الرحمة بالصبيان والنظر لهم مما لا شبهة فيه لاحد لكن الكلام فيما لا يؤدي الى الالف بالكفر المانع عن الاسلام سناف للرحمة بهم والنظر لهم فلا معنى للقول وكانت اقوى من المانع كما لا يخفى ثم ان صاحب الكفاية وتاج الشريعة قالا في شرح قول المصنف ولا تعارض اي بين دعوى الرق ودعوى النسب بجواز ان يكون عبدا لواحد وابنا لآخر انتهى فكانهما اخذا هذا المعنى مما ذكره صاحب الكافي حيث قال ولو كان صبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو حر لان النصراني ان ادعيا معا ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم اولى والفرق انهما في دعوى النسب استويا فترجح المسلم بالاسلام لان الاقتضاء بالنسب من المسلم قضاء باسلامه فيما نحن بصدده لا تعارض بين الدعوتين اعني دعوى الرق ودعوى النسب لانه يجوز ان يكون عبدا لواحد وابنا لآخر حتى يثبت الترجيح بالاسلام انتهى اقول فيه نظر لان الذي يدعيه النصراني في مسئلتنا هو بنوة الصبي له حرا لا مطلق بنوته له وان الذي يحكم به هو ثبوت نسب الصبي منه حرا كما صرح به في وضع المسألة لا ثبوت نسبه منه عبدا لآخر والا للزم الجمع بين قوليهما والحكم لهما معا بل لما تصور النزاع بينهما راسا ولا شك ان بين دعوى الرق وبين دعوى النسب على الحرية تعارضا بينا فلا تتم التقريب ثم ان في تحرير المصنف مانعا آخر عن الحمل على هذا المعنى وهو ان قوله لان نظر الصبي في هذا اوفر آخر بالصلاح ان يكون دليلا على قوله ولا تعارض على تقدير كون مراده بوجه عدم التعارض بهذا المعنى فكان صاحب الكافي تنبه لهذا حيث غير تحرير المصنف فقال بعد كلامه المذكور على وجه التنوير الا يرى ان الترجيح بالاسلام راجع في النسب لنظر الصغير ونظر الصبي في هذا اوفر آخر اما صاحب الكفاية فلم يرد على شرحه المذكور شيئا آخر وكانه غافل بالكلية واما تاج الشريعة فقد تنبه لهذا وتداركه ولهذا حيث قال في حل هذا لكون قوله لان نظر الصبي في هذا اوفر دليلا على قوله فهو ابن النصراني لا دليلا على نفي المعارضة وقال كذا سمعته من الامام الاستاذ انتهى لكن يرد عليه ان المصنف قد ذكر الدليل على قوله فهو ابن النصراني وهو حر لقوله لان الاسلام مرجح فيستدعي تعارضا ولا تعارض فلو كان قوله لان نظر الصبي الخ دليلا على ذلك ايضا لكان دليلا ثانيا فكان حقه ان يذكر بالواو لانهم الا ان يحمل الثاني على التعليل المعلل فحينئذ لو كانت دعوتهما اي دعوة المسلم والكافر دعوة البنوة فالمسلم اولى ترجيحا للاسلام هو اوفر النظرين اي الصبي نقض هذا بغلام نصراني بالغ ادعى على النصراني النصرانية انه ابنها وادعى مسلم ومسلمة انه ابنهما واقام كل واحد من الطرفين بينة فقد تساوت الدعوتان مع ان بينة الغلام اولى ولم يترجح جانب الاسلام واجيب بان البينتين وان استويا في اثبات النسب بقدر الكفاية لكن ترجحت بينة الغلام من حيث انه يثبت حقا لنفسه لان معظم المنفعة في النسب للولد دون الوالدين لان الولد يعير بعدم الاب المعروف والوالد لا يعير بعدم الولد وبينة من يثبت حقا لنفسه اولى وفيه نظر لانه ضعف من الاسلام في الترجيح لا محالة والجواب انه يقوي بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي لانه اشبه المدعيين لكونه يدعي حقا لنفسه كذا في العناية اقول ولقائل ان يقول ان هذا بذلك النص فقد يقوى رجحان الاسلام بالف نص منها قوله صلى الله عليه وسلم الاسلام يعلو ولا يعلى قال اي محمد رحمه في الجامع الصغير واذا ادعت امرأة صبيا انه ابنها وجر ولاءه حتى تشهد امرأة على الولادة قال المصنف افتقارا لتراعة المشائخ في تقييد هذه المسألة ومعنى المسألة ان تكون المرأة ذات زوج اي معنى هذه المسألة ان يكون المرأة ذات زوج وادعت انه ابنها من هذا الزوج وانكر الزوج ذلك لانها تدعي تحميل النسب على الغير وهو الزوج فلا تصدق الا بحجة يعني ان المرأة تقصد الزام النسب على الزوج والالزام لا بد له من الحجة وسبب لزوم النسب وان كان قائما وهو النكاح لكن الحاجة الى اثبات الولادة والنكاح لا يوجب الولادة لامحالة ولا تثبت الولادة وتعيين المولد الا بحجة فلا بد لها من حجة كذا في الكافي وغيره بخلاف الرجل اي الزوج حيث يصدق في دعوى المولد

لانه يتحمل لنفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية فيما كان الحاجة الى تعيين الولد اما النسب يثبت بالفراش القائم
وقد صح النبي عليه السلام قبل شهادة القابلة على الولادة ولو كانت معتدة فكانت حجة تامة عندنا خلافا لزفر وقد مر في الطلاق وان لم تكن
منكوحة ولا معتدة فالواجب ثبت النسب مطابقة لولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها وان كان لها زوج وزعمت انه ابنهما فهو ابنهما ان صدقها الزوج
فهو ابنها وان لم تشهد امرأة لانه التزم نسبه فانتفى ذلك عن الحجة وان كان الصبي في ايديهما وزعم الزوج انه ابنه من غيرها وزعمت انه ابنهما من غيره فهو

من غير شهادة اصدوان انكرت المرأة لانه يحمل نفسه النسب وفي بعض النسخ يحمل على نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية فيما اي في دعوة المرأة في المسئلة المارة لان الحاجة
الى تعيين الولد بانه الذي ولدته تلك المرأة وشهادة القابلة حجة فيه لانه مما لا يطلع عليه الرجال فيقبل فيه قول النساء واما النسب يثبت بالفراش القائم يعني اما النسب فثبت
بالفراش القائم في الحال فلا حاجة الى اثباته حتى يلزم الحجة التامة وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم قبل شهادة القابلة على الولادة فكانت حجة فيها ولو كانت معتدة
فلا بد من حجة تامة عند ابي حنيفة رحمه الله يعني هذا الذي ذكرناه فيما اذا كانت منكوحة اما اذا لم تكن منكوحة ولكن كانت معتدة وادعت النسب على الزوج احتاجت
الى حجة تامة عند ابي حنيفة رحمه وهي شهادة رجلين او رجل وامرأتين الا اذا كان هناك جبل ظاهر واعتراف من قبل الزوج وقالا يكفي في الجميع شهادة امرأة واحدة
وقد مر في الطلاق اي في باب ثبوت النسب من كتاب الطلاق فان لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها اي من غير بينة اصلا لان فيها
الزاما على نفسها دون غيرها وفي هذا فرق بين الرجل والمرأة هذا ما ذهب اليه عامة المشائخ واختاره المصنف ومنهم من اجرى المسئلة على اطلاقها وقال الاصل
قولهما سواء كانت ذات زوج او لم تكن عملا باطلاق ما ذكر محمد رحمه الله وفرق بين الرجل والمرأة حيث جازت دعوة الولد منه بلا بينة ولم تجز منها بدون
البينة وجه الفرق ان الاصل ان كل من ادعى معنى لا يمكنه اثباته بالبينة لان القول فيه قوله من غير بينة وكل من يدعي معنى يمكنه اثباته بالبينة لا يقبل قوله
الا بالبينة وبيان هذا ان من قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق فادعت المرأة الدخول وكذبها الا تصدق الا ببينة لامكان اثباته بالبينة ولو علق
طلاقها بحيضها او بحبلها يقبل قولها من غير بينة لامكان العجز عن الاثبات بالبينة ففي ما نحن فيه يمكن للمرأة اثبات النسب بالبينة لان انفصال الولد
منها مما يشاهد ويعاين فلا بد لها من بينة ولا كذلك الرجل لانه لا يمكنه اقامة البينة على الاعلاق والاحبال لامكان الاخفاء والتغيب عن عيون الناظرين فلا يحتاج
اليها كذا في الشروح اقول فيه بحث اما اولا فلان الرجل وان لم يمكنه اثبات الاعلاق والاحبال الا انه يمكنه اثبات النسب فقد تقرر في كتاب الشهادة انه يجوز
للشاهد ان يشهد شيئا لم يعاينه بالسماع ممن يثق به في مواضع عديدة منها النسب وليس من ضرورة ادعاء الرجل لذا منه وثبوت نسبه منه ثبوت وقوع
الاعلاق والاحبال منه البتة والا لما تيسر اثبات دعوة البنوة من الرجل اصلا اي لو كان هناك منازع شرعي اذ لا يمكنه اثبات الاعلاق والاحبال قطعا على ان
مسائل التنازع بين الرجلين في بنوة ولد واثباتها نادرا كثر من ان تحصى فظهر ان المقصود من ادعاء الرجل بنوة ولد نسبه منه دون ثبوت وقوع الاعلاق و
الاحبال منه فلما امكنه اثبات نسبه منه لزمه ايضا اقامة البينة على الاصل المذكور في وجه الفرق فلا تتم المطلوب واما ثانيا فلان الوجه المذكور للفرق المزبور مما لا يجري
في مسئلتنا لان كون المدعى مما لا يمكن للمدعي اثباته بالبينة انما يقتضي احتياج المدعي الى اقامة البينة اذا وجد هناك من يمكنه انكار ما ادعاه كما في الصورة المذكورة للبيان واما في
في مسئلتنا وان كان مما يمكنها اثباته بالبينة انما يقتضي احتياج المدعي الى اقامة البينة كما بين الا انه صالح لينكره احد لان كلا منا فيما اذا لم يوجد من يكذبها بان لم تكن
منكوحة ولا معتدة ولهذا قال المصنف في تعليل المسئلة لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها انتهى فكيف يتصور القول باحتياجها الى اقامة البينة فتدبر وان كان لها
زوج فزعمت انه ابنهما منه اي ادعت ان الولد ابنهما من ذلك الزوج وصدقها اي وصدق الزوج اياها فهو ابنهما وان لم تشهد امرأة اي وان لم تشهد امرأة على
الولادة يعني لا حاجة ههنا الى شهادة القابلة لانه اي الزوج التزم نسبه اي نسب الولد فاغنى ذلك عن الحجة لان النسب يثبت بمجرد اقرار الزوج بلا دعوى المرأة اذ ليس
فيه تحميل النسب على الغير ومع دعوى المرأة اولى وبهذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير وان كان الصبي في ايديهما اي في ايدي الزوجين فزعم الزوج انه ابنه من
غيرها اي زعم الزوج ان الصبي ابنه من امرأة اخرى لها وزعمت انه ابنهما من غيره اي وزعمت المرأة انه ابنهما من زوج آخر كان لها فهو ابنهما اي لان الصبي ابنهما معا
هذا اذا كان الصبي لا يعبر عن نفسه وان كان يعبر عن نفسه فالقول لما يصدقه الصبي تثبت نسبه منه تصديقه كذا في عامة الشروح وعزاه صاحب الغاية الى شرح الطحاوي

بيان ظاهران الولد منهما لقيامهما ايديهما او لقيام الفراش بينهما ثم كل واحد منهما يدعي البطال حق صاحبه فلا يصدق على ذلك وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبي يكون الثوب بينهما الا ان هناك يدخل المقر له في نصيب المقر لان المحل يحتمل الشركة وههنا لا يدخل لان النسب لا يحتملها قال ومن اشترى جارية فولدت له اعنده فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم خاصمه لانه ولد المغرور فان المغرور امة معتمدا على ملك يمين او نكاح فتلد منه اغرم ستحق ولد المغرور حرا بالقيمة باجماع الصحابة رض ولان النظر من الجانبين واجب

ثم ان هذه المسئلة المذكورة في الكتاب من مسائل الجامع الصغير اقام المصنف في تعليلها لان ظاهر ان الولد منهما اي من الزوجين اللذين كان الولد في ايديهما لقيامهما ايديهما او لقيام الفراش بينهما اقول فيه شئ وبيانه ان قيام الفراش بينهما لا يدل على تعيين الولد وانما يدل على ثبوت النسب بعد تعيين الولد اي بعد ثبوت ولادته من تلك الزوجة ولهذا لم يجز دعوة امرأة ذات زوج صبيا انه ابنها اذا لم يصدقها الزوج مع الشهاد امرأة على الولادة كما مر آنفا ففي مسئلتنا ايضا ينبغي ان يكون كذلك فتامل ثم كل منهما اي من الزوجين يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه اي على صاحبه يعني لا يقبل قوله في حق صاحبه وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبه حيث لا يصدق واحد منهما في ابطال حق صاحبه بل يكون الثوب بينهما فكذا ههنا الا ان هناك يدخل المقر له في نصيب المقر اي يصير ما حصل للمقر بينه وبين المقر له نصفان لان المحل وهو الثوب يحتمل الشركة وههنا لا يدخل لان النسب لا يحتملها اعلم ان المناقضة في دعوى النسب غير مانعة لصحة الدعوى حتى ان العبد اذا كان في يد امرأة فقال رجل هو ابني منك من نكاح وقالت من زنا وقالت من نكاح ثم قال الرجل من نكاح ثبت النسب منه وكذا لو قال هو ابني من نكاح منك وقالت هو ابنك مني من زنا لم يثبت النسب منه لعدم الالتقاء في النكاح فان قالت بعد ذلك هو ابنك مني من نكاح ثبت لما قلنا ان المناقضة لا تبطل دعوى النسب كذا ذكره الامام التمرتاشي وذكر في الايضاح ان دعوى النسب انما لا يبطل بالتناقض لان التناقض انما يكون بين المتساويين والامر في فان دعوى النسب اقوى من النفي وذكر فيه ايضا اذا تصادق الزوجان على ان الولد من الزنا من فلان فالنسب ثابت من الزوج لان سبب ثبوت النسب قائم وهو الفراش والنسب يثبت حقا للعبد فلا يقبل تصادقهما على ابطال النسب وكذلك لو كانت المنكوحة امته او كان النكاح فاسدا لان الفراش قد وجد كذا في النهاية ومعراج الدراية اقول الذي نقل عن الايضاح اولا من تعليل عدم بطلان دعوى النسب بالتناقض محل نظر منا وتقضا فتامل قال اي محمد رح في الجامع الصغير في كتاب القضاء ومن اشترى جارية فولدت ولدا اعنده يعني ولدت ولدا امن المشتري فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم الخصومة وكذا اذا ملكها بسبب آخر غير الشري اي سبب كان وكذا اذا تزوجها على انها حرة فولدت له ثم استحقت يرجع عليه الامام الزيلعي رح في شرح الكنز وسيفهم من نفس الكتاب لانه ولد المغرور فان المغرور من يباشر امرأة معتمدا على ملك يمين باي سبب كان مثل الشري والهبة والصدقة والوصية كذا في معراج الدراية وغيرها او نكاح عطف على يمين المعنى اي معتمدا على ملك نكاح فتلد منه اي تلد المرأة ممن يباشرها ثم يستحق بان يقيم البينة كونها امته وههنا ثم تفسير ولد المغرور وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة رض عنهم فانه لا خلاف بين الصدر الاول وفقهاء الاقطار ان ولد المغرور حر الاصل ولا خلاف ايضا بين السلف انه مضمون على الاب الا ان السلف اختلفوا في كيفية ضمانه فقال عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه اينكح الغلام بالغلام والجارية بالجارية يعني ان كان الولد غلاما فعلى الاب غلام مثله وان كان جارية فعليه جارية مثلها وقال علي بن ابي طالب رضي الله تعالى عنه عليه قيمة الولد والبينة ذهب اصحابنا لانه قد ثبت بالنص ان الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل فتاويل حديث عمر رض يكون الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية كذا في العناية اقول يرد على ظاهره ان خلاف السلف في كيفية ضمان ولد المغرور وقول عمر رض بضمان مثله دون قيمته ينافي ما ذكره المص من ان ولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة فكيف يصلح ما ذكر في العناية لان يكون تاويلا لما ذكره المص ويمكن الجواب عنه بان يقال ان خلافهم في كيفية ضمانه اختلاف بحسب الظاهر دون الحقيقة بناء على احتمال ان يكون المراد بحديث عمر رض ايضا ان يكون الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية فحاصل الشرح والبيان ههنا ان السلف وان اختلفوا في كيفية ضمانه بحسب الظاهر من اقوالهم الا ان الخلاف مرتفع في الحقيقة بتاويل كلام عمر رض وتعيين مراده على وفق ما يقتضيه النص الدال على ان الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل ولان النظر من الجانبين واجب فاذا المغرور بنى امره على سبب صحيح في الشرع فاستوجب النظر والاداء لملك المستحق والولد منفرع عن ملكه فاستوجب النظر ايضا فوجب الجمع بين حقيهما بقدر الامكان وذلك بان يجعل حق المستحق في معنى المملوك ويجعل حق المغرور في معنى

بخلاف العقر لانه لزمه لاستيفاء منافعها فلا يرجع به على البائع والله اعلم بالصواب

كتاب الاقرار

ان المغرور شيئا انتهى واقول لا يخفى على ذى فطرة سليمة ان هذا هو المعنى الوجيه ههنا ولكن فى تذكير الضمير نوع صدول عن الظاهر ولهذا قال فى الوقاية وغيرها ورجع بما كثمنها بتانيث الضمير اى ورجع بقيمة الولد كثمن الامة بخلاف العقر يعنى ان المغرور لا يرجع على بائعه بعقر وجب عليه واخذ منه المستحق لانه اى لان العقر لزمه اى لزم المغرور لاستيفاء منافعها اى لاستيفاء منافع البضع المستحقة اى منافع نصفها فلا يرجع به على البائع اذ لو رجع به سلم له المستوفى مجانا والوطى فى ملك الغير لا يجوز ان يسلم للواطى مجانا كذا فى النهاية وغيرها

كتاب الاقرار

ذكر كتاب الدعوى مع ذكر ما يقفو من الكتب من الاقرار والصلح والمضاربة والوديعة ظاهر التناسب وذلك لان دعوى المدعى اذا توجهت الى المدعى عليه فامره لا يخلو اما ان يقر او ينكر وانكاره بسبب الخصومة وهى مستدعية للصلح قال الله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما وبعد حصول له من المال اما بالاقرار او بالصلح فامر صاحب المال بحاله لا يخلو اما ان يستريح منه او لا فان استريح فلا يخلو اما ان يستريح بنفسه او بغيره وقد ذكر استراحته بنفسه فى كتاب البيوع للمناسبة التى ذكرناها هناك بما قبله وذكر ههنا استراحته بغيره وهو المضاربة وان لم يستريح فلا يخلو اما ان يحفظه بنفسه او بغيره وانما ذكر حفظه بنفسه لانه لتعلق به حكم فى المعاملات فبقى حفظه بغيره وهو الوديعة كذا فى الشروح ثم ان محاسن الاقرار كثيرة منها اسقاط واجب الناس عن ذمته وقطع الخصم عن مدته ومنها ايصال الحق الى صاحبه وتبليغ المكسوب الى كاسبه فكان فيه انتفاع صاحب الحق وارضاء خالق الخلق ومنها احماد الناس المقر لصدق القول ووصفهم اياه بوفاء العهد ونالة النزل ثم ان المنزل ههنا احتياجا الى بيان الاقرار لغة وشريعة وبيان قبوله وسببه وشرطه وركنه وحكمه ودليل كونه حجة اما الاقرار لغة فهو افعال من قر الشئ اذا ثبت فالاقرار اثبات لما كان مستنزلا بين الاقرار والجحود كذا فى النهاية ومعراج الدراية واما شريعة فهو اخبار عن ثبوت حق الغير على نفسه كذا فى الكافى وعامة المتون والشروح وقال فى العناية الاقرار مشتق من القرار فكان فى اللغة عبارة عن اثبات ما كان مستنزلا وفى الشريعة عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق انتهى اقول لقد اصاب صاحب العناية فى بيان معنى الاقرار لغة ولم يصب فى بيان معناه شريعة اما الاول فلان اخذ الاقرار فى تعريف معنى الاقرار لغة كما فعله صاحب النهاية ومعراج الدراية مع كونه مؤديا الى المصادرة فما يحتمل به المعنى اذ لا معنى لكون اثبات ما كان متنزلا بين شيئين الخصوصين هو احد ذينك الشيئين كما لا يخفى وايضا الظاهر ان الاقرار فى اللغة ليس بمخصوص باثبات تنزل بين شيئين الخصوصين بل هو عام لاثبات كل ما تنزل بين شيئين مطلقا كما يدل عليه اخذ اشتقاقه وهو القرار بمعنى الثبوت مطلقا واما الثانى فلان الاخبار عن ثبوت الحق يتناول الدعوة والشهادة ايضا وانما يمتاز الاقرار الشرعى عنهما بقيد الغير على نفسه فان الدعوى اخبار عن ثبوت الحق لنفسه على الغير والشهادة اخبار عن ثبوت الحق للغير على الغير فلا حاجة الى تقييد الاقرار الشرعى قيد للغير على نفسه كما فعله عامة الفقهاء ويخرج عنه الدعوى والشهادة واما اذا اطلق وقيل هو عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق كما فعله صاحب العناية فيدخل فيه الدعوى والشهادة فيحتاج التعريف ثم اقول فى تعريف العامة ايضا شئ اما اولا فلانه قد تقرر فى كتب الاصول ان التصرفات اما اثبات كالبيع والاجارة والهبة ونحوها واما اسقاطات كالطلاق والعتاق والعفو عن القصاص ونحوها ولا يخفى ان الاخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه لا يصدق على الاقرار بقسم الاسقاطات مطلقا فيلزم ان لا يكون تعريفهم المذكور جامعا واما ثانيا فلان اقرار المكره لا خير شئ من الحقوق غير صحيح شرعا على ما صرحوا به مع انه يصدق عليه انه اخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه فيلزم ان لا يكون تعريفهم المزبور مانعا ويمكن ان يجاب عن الثانى بان كون اقرار المكره غير صحيح شرعا انما يقتضى ان لا يكون اقرارا صحيحا شرعا لا ان لا يكون اقرارا مطلقا فى الشرع فيجوز ان يكون مقصودهم تعريف ما يطلق عليه الاقرار فى الشرع سواء كان صحيحا او فاسدا وعن هذا ترى التعريفات الاتية

قال واذا اقر الحر العاقل البالغ بحق لزمه اقراره عجمولا كان ما اقر به او معلوما اعلم ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق

لكثير من العقود كالبيع والاجارة ونحوهما تناول الصحيح منه والفاسد حتى ان كثيرا منهم تركوا قيد التراضي في تعريف البيع بحسب الشرع ليتناول بيع المكره وسائر البياعات الفاسدة كما صرحوا به في موضعه واما سبب الاقرار فارادة اسقاط الواجب عن ذمته باخباره واعلامه لئلا يبقى في تبعة الواجب واما شرطه فسياتي في الكتاب واما ركنه فالالفاظ المذكورة فيما يجب به موجب الاقرار واما حكمه فظهور ما اقر به لا ثبوته ابتداء الا يرى انه لا يصح الاقرار بالطلاق والعتاق مع الاكراه والانشاء يصح مع الاكراه عندنا ولهذا قالوا لو اقر لغيره بمال والمقر له يعلم انه كاذب في اقراره لا يحل له اخذه عن كره منه فيما بينه وبين الله تعالى الا انه يسلمه لطيب من نفسه فيكون تمليكا مبتدأ على سبيل الهبة والملك يثبت للمقر له بلا تصديق وقبول ولكن يبطل برده والمقر له اذا صدقه ثم رده لا يصح رده كذا في الكافي وغيره وقال صاحب النهاية ومن يحذو حذوه وحكمه لزوم ما اقر به على المقر وعلة اظهاره للغير به لغيره لا التمليك به ابتداء ويدل عليه مسائل احدها ان الرجل اذا اقر لعين لا يملكه لا يصح اقراره حتى لو ملكه المقر بعد يوما من الدهر ليوصل تسليمه الى المقر له ولو كان الاقرار تمليكا مبتدأ لما صح ذلك لانه لا يصح تمليك ما ليس بمملوك له والثانية ان الاقرار بالخمر للمسلم لا يصح حتى يؤمر بالتسليم اليه ولو كان تمليكا مبتدأ لم يصح والثالثة ان المريض الذي لا دين عليه اذا اقر بجميع ماله لاجنبي صح اقراره ولا يتوقف على اجازة الورثة ولو كان تمليكا مبتدأ لم ينفذ الا بقدر الثلث عند عدم اجازتهم والرابعة ان العبد المأذون اذا اقر لرجل بعين في يده صح اقراره ولو كان الاقرار سببا للملك ابتداء كان تبرعا من العبد وهو لا يجوز في الكثير والدليل كونه حجة على المقر فالكتاب والسنة واجماع الامة ونوع من المعقول اما الكتاب فقوله تعالى وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئا بيانه ان الله تعالى امر بالملا من عليه الحق فلو لم يلزمه بالاملا شيء لما امر به والاملا لا يتحقق الا بالاقرار وايضا نهى عن الكتمان وهو آية على لزوم ما اقر به كما في نهي الشهود عن كتمان الشهادة وقوله تعالى قال اقررتم واخذتم على ذلكم اصري قالوا اقررنا بيانه انه طلب منهم الاقرار فلو لم يكن الاقرار حجة لما طلبه وقوله تعالى كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم قال المفسرون شهادة المرء على نفسه اقرار وقوله تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة قال ابن عباس رضي الله عنه اي شاهد بالحق واما السنة فما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا باقراره بالزنا والغامدية باعترافها وقال في قصتها العسيف واغد يا انيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فاثبت الحد بالاعتراف والحديثان مشهوران في كتب الحديث فلو لم يكن الاقرار حجة لما ثبت الحد به واذا كان حجة فيما يندرئ بالشبهات فلان يكون حجة في غيره اولى واما الاجماع فان المسلمين اجمعوا على كون الاقرار حجة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير واما المعقول فان الخبر كان متردد ابين الصدق والكذب في الاصل ولكن ظهر رجحان الصدق على الكذب لوجود الداعي الى الصدق والصارف عن الكذب لان عقله ودينه يحملانه على الصدق ويزجرانه عن الكذب ونفسه الامارة بالسوء يحملها على الكذب في حق الغير اما في حق نفسه فلا فصار عقله ودينه وطبعه دواعي الى الصدق زواجر عن الكذب فكان الصدق ظاهرا فيما اقر به على نفسه فوجب قبوله والعمل قال ابو القدوري في مختصره واذا اقر الحر البالغ العاقل بحق لزمه اي لزم المقر اقراره اي موجب اقراره او ما اقر به اقول يرد عليه النقض بما اذا اقر الحر البالغ العاقل بحق مكذبا فانه لا يلزمه اقراره فكان لا بد من ذكر الطائع ايضا لا يقال تركه اعتمادا على ظهور كون الطوع والرضى من شروط صحة الاقرار لانا نقول ليس ظهوره بمثابة ظهور اشتراط العقل والبلوغ اللذين هما مدار الاحكام كلها ولم يتركهما فكان ما اقر به او معلوما بهذا ايضا لفظ القدوري يعني لا فرق في صحة الاقرار ولزومه بين ان يكون ما اقر به معلوما او مجهولا كما سياتي بتفصيله قال المصنف رحمه الله اعلم ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق اراد بهذا التنبيه على ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيما مضى لا انشاء الحق ابتداء لئلا

وانه ملزم لو قوعه وكما لا يخفى كيف الزم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ماعزا الرجم باقراره وتلك امرأة باعترافها وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر على غيره فيقتصر عليه وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان العبد المأذون له وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار لكن المحجور عليه سيده لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص

يرد الاشكال بعجز الاقرار بخبر المسلم وغير ذلك من المسائل المبنية على كون الاقرار اخبارا عما ثبت فيما مضى لا انشاء في الحال كما بيناها فيما مر ولم يرد بذلك تعريف الاقرار حتى يرد عليه انه يتناول الدعوى والشهادة ايضا فلم يكن مانعا عن دخول الاغيار كما زعمه بعض الشراح وانه لازم له وان الاقرار يلزم على المقر ما اقر به لوقوعه اي لوقوع الاقرار دلالة اي دليلا على وجود المخبر به كما يشهد به الكتاب والسنة واجماع الامة ونوع من المعقول على ما فصلناه فيما مر وقد اشار المصنف رح الى بعض منها بقوله الا ترى كيف الزم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعزا الرجم باقراره اي باقراره بالزنا وتلك المرأة اي كيف الزم تلك المرأة وهي الغامدية الرجم باعترافها اي باعترافها بالزنا ايضا فاذا كان ملزما فيما يندرئ بالشبهات فلان يكون ملزما في غيره اولى كذا قالوا اقول يرد على ظاهره منع الاطلاق بهذه الاولوية فان العبد المحجور عليه يصح اقراره بالحدود والقصاص مع انه لا يصح اقراره بالمال على ما ذكره المصنف رح فيما ياتي فكان ملزما في حقه فيما يندرئ بالشبهات دون غيره فتامل في الدفع وهو اي الاقرار حجة قاصرة على نفس المقر غير متعدية الى الغير لقصور ولاية المقر على غيره فيقتصر عليه اي على المقر نفسه حتى لو اقر مجهول الاصل بالرق لرجل جاز ذلك على نفسه وماله ولم يصدق على اولاده واصهارهم ومدبرته ومكاتبته لانه قد ثبت حق الحرية او استحقاق الحرية لهؤلاء فلا يصدق عليهم بخلاف البينة فانها تصير حجة بالقضاء وللقاضي ولاية عامة فيتعدى الى الكل ما الاقرار فلا يقتصر الى القضاء فينفذ في حق المقر وحده كذا في الكافي وغيره واعلم ان هذا لا ينافي ما ذكروا ان الاقرار حجة شرعية فوق الشهادة بناء على انتفاء التهمة فيه لان القوة والضعف وراء التعدية والاقتصار فاتصاف الاقرار بالاقتصار على نفس المقر والشهادة بالتعدية الى الغير لا ينافي اتصافه بالقوة واتصافها بالضعف بالنسبة اليه بناء على انتفاء التهمة فيه وقوله وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا اي في المال وغيره فان العبد المأذون وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار حتى اذا اقر بين لرجل او بوديعة او عارية او غصب يصح لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص قال صاحب العناية وكان هذا اعتذارا عن قوله اذا اقر الحر ولعله لا يحتاج اليه لانه قال اذا اقر الحر بحق لزمه وهذا صحيح واما ان غير الحر اذا اقر لزمه او لم يلزمه فسكت عنه ولا يرد عليه شيء اقول ليس ما ذكره بصحيح اذ قد صرح في مواضع شتى من هذا الكتاب وغيره بان التخصيص بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بلا خلاف حتى ان الشارح المذكور قال في اواخر فصل القراءة من باب النوافل من كتاب الصلوة فان قيل التخصيص بالذكر لا يدل على النفي قلنا ذلك في النصوص فاما في الروايات انتهى فكيف يصح قوله ههنا واما ان غير الحر اذا اقر لزمه او لم يلزمه فسكت عنه ولو سلم ان لزومه اقرار غير الحر وعدم لزومه سكوت عنه لا يقتضي نفي لزومه ذلك بطريق مفهوم المخالفة لم يصح قوله فلا يرد عليه شيء اذ يرد عليه حينئذ استدراك قيد الحر فيحتاج الى الاعتذار عن ذكره وقال صاحب العناية ويصح ان يقال ليس بمعذرة وانما هو لبيان التفرقة بين العبد في صحة اقاريهم بالحدود والقصاص وحجر المحجور عن الاقرار بالمال دون المأذون انتهى اقول ليس هذا ايضا بصحيح اما اولا فلانه لا يشك العاقل الناظر الى قول المصنف رح ويشترط الحرية ليصح اقراره مطلقا الى اقراره في ان مراده به هو المعذرة عن ذكر قيد الحر لا البيان التفرقة بين العبد واما ثانيا فلانه لو كان قول المصنف رح هذا لبيان التفرقة بين العبد لما كان لذكر قوله ويصح بالحدود والقصاص موقع اذ لا مدخل له في الفرق بينهم بل هو محل به لانهم متحدون في صحة اقاريهم بالحدود والقصاص فالمحل الصحيح لكلام المصنف رح هذا على فرض ان لا يكون المقصود من المعذرة انما هو بيان الفرق بين القيود الثلثة الواقعة في كلام القدوري فان قيد الحرية شرط صحة الاقرار مطلقا لا شرط صحة مطلق الاقرار بخلاف القيدين الآخرين اعني البلوغ والعقل تامل تقف ثم اقول بقي بحث في كلام المصنف رح اما اولا فلان كون العبد المأذون ملحقا بالحر في حق الاقرار كما يدل عليه قوله فان العبد المأذون وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار غير مسلم فانهم صرحوا بان العبد المأذون لا يصح اقراره بالمهر والكفالة وقيس الخطاء وقطع يد رجل عمدا او خطاء لانها ليست بتجارة وهو مسلط على التجارة لا غير ولا شك في صحة اقرار الحر

لان اقراره عهد موجبا تعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه بخلاف المأذون له لانه مسلط عليه من جهته وبخلاف الحد والدم لانه مبني على اصل الحرية في ذلك اي يعتبر اقرار المولى على العبد فيه كابن من النوع والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام اهليته كالالتزام الا اذا كان الصبي ماذونا له لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن

بتلك الامور وكان العبد المأذون ممن لا يصح اقراره مطلقا بخلاف الحر اللهم الا ان يحمل قوله فان العبد المأذون وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار على الغرض والمبالغة هذا اولا وثانيا فلان اقرار العبد المحجور عليه بالمال يأخذ في حق نفسه ويلزمه المال بعد الحرية وان لم يلزمه في الحال كما صرح به في كتاب الحجر في معنى نفي صحة اقراره بالمال ههنا بقوله لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال لا يقال مراده ههنا ان اقراره بالمال لا يصح في الحال لانه لا يصح مطلقا فيوافق ما ذكره في كتاب الحجر لانا نقول لا شك ان مقصوده ههنا توجيه اشتراط الحرية في مسئلة الكتاب المذكور في جواب هذه المسئلة لزوم الاقرار مطلقا اي بالتقييد بالحال فلا يتم التقريب وايضا عدم اللزوم في الحال يوجد في الحر ايضا كما اذا اقر بالديون المؤجلة وكما اذا اقر الانسان بعين مملوكة للغير فانه لا يلزمه في الحال واذا ملكها يوما فيلزمه ويؤمر بتسليمها الى المقر له على ان الذي ذكره المصنف رح ههنا عدم صحة اقرار العبد المحجور عليه بالمال لا عدم لزومه ولا يلزم من عدم لزوم المقر به بالمال في الحال كما ذكره في كتاب الحجر عدم صحة اقراره به في الحال فلا يتم التوفيق اللهم الا ان تحمل الصحة ههنا على اللزوم قال في البدائع واما الحرية فليست بشرط لصحة الاقرار فيصح اقرار العبد المأذون بالدين والعين لما بينا في كتاب المأذون وكذا بالحدود والقصاص كذا العبد المحجور يصح اقراره بالمال لكن لا ينفذ على المولى للحال حتى لا تباع رقبته بالدين بخلاف المأذون الا انه يصح اقراره في حق نفسه حتى يؤاخذ به بعد الحرية لانه من اهل الاقرار لوجود العقل والبلوغ الا انه امتنع النفاذ على المولى للحال لحقه فاذا اعتق فقد زال المانع فيؤاخذ به وكذا يصح اقراره بالحدود والقصاص فيؤاخذ به للحال لان نفسه في حق الحدود والقصاص كالخارج عن ملك المولى ولهذا لو اقر المولى عليه بالحدود والقصاص لا يصح انتهى وقال في التبيين وكون المقر حرا ليس بشرط حتى يصح اقرار العبد وينفذ في الحال فيما لا تهمة فيه كالحدود والقصاص وفيما فيه تهمة لا يؤاخذ به في الحال لانه اقرار على الغير وهو المولى ويؤاخذ به بعد العتق لزوال المانع وهو نظير ما لو اقر الحر لانسان بعين مملوكة لغيره لا تنفذ للحال واذا ملكها يوما يؤمر بتسليمها الى المقر له لزوال المانع انتهى قال المصنف في تعليل مجموع ما ذكره ههنا لان اقراره اي اقرار العبد المحجور عليه عهد اي عرف موجبا تعلق الدين برقبته لان ذمته ضعفت بالرق فتعلقت اليها مالية الرقبة كذا في الكافي وغيره وهي اي رقبة العبد المحجور عليه مال المولى فلا يصدق عليه اي على المولى لقصور الحجة بخلاف المأذون له لانه اي المأذون مسلط عليه اي على الاقرار من جهته اي من جهة المولى لانه اذن له بالتجارة اذن له بما لا بد منه التجارة وهو الاقرار اذ لو لم يصح اقراره لتحاسم عليه باب التجارة فان الناس لا يبايعونه اذا علموا ان اقراره لا يصح اذ لا يتيسر لهم الاشهاد في كل تجارة يعملونها معه كذا في مبسوط شيخ الاسلام والذخيرة وبخلاف الحد والدم اي القصاص لانه اي لان العبد يبقى على اصل الحرية في ذلك اي في الحد والدم تأويل المذكور او يجوز استعمال ذلك في المثنى اليه كما قالوا في قوله تعالى عوان بين ذلك حتى لا يصح اقرار المولى على العبد فيما ذكر من الحد والقصاص لان وجوب العقوبة بناء على الجناية والجناية بناء على كونه مكلفا وكونه مكلفا من خواص الآدمية لا بالرق كذا في الشروح قال بعض الفضلاء هذا لا يندفع ما قيل في اقراره بالقصاص اهلاك رقبته التي هي مال المولى فيكون اقرارا على الغير والاولى ان يستدل عليه بما في كتب الاصول انتهى اقول بل ذلك مدفوع لان المقصود بالقصاص اهلاك النفس واهلاك مالية رقبة العبد انما هو بالتبع فلا يكون اقراره بالقصاص اقرارا على الغير بالنظر الى ما هو المقصود منه اصالة ولا يفيده لزوم اهلاك مال الغير بالتبع اذ كم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت اصالة وذكر في كتب الاصول ان العبد يصح منه الاقرار بالحدود والقصاص والسرقة المستهلكة لان الحدود والدم حقه لاحتياجها في البناء ولهذا لا يملك المولى ايلافها ولا يخفى ان ما توهمه ذلك القائل يتوجه الى ما ذكر فيها ايضا والمخلص ما قدمناه ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام اهليته كالالتزام الا اذا كان الصبي ماذونا له فحينئذ يصح اقراره في قدر ما اذن له فيه لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن

وجهالة المقر به لا يمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزمه مجهولا بان اتلف مالا لا يدرى قيمته او جرح بعيرا لا يعلم ارشه او نحو ذلك
عليه باقية حساب لا يحيط به علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به بخلاف الجهالة في المقر له لان التجهيل لا يصير مستحقا ويقال له
بين المجهول لان التجهيل من جهتك فصار كما اذا اعتق احد عبديه فان لم يبين اجبره القاضي على البيان لانه لزمه الخروج عن العهدة بالصحيح اذا رده
وذلك بالبيان قال فان قال لفلان علي شئ لزمه ان يبين ماليته لانه اخبر عن الوجوب في ذمته ولا قيمة له لا يجب فيها
فاذا ابى بين غير ذلك يكون رجوعا قال والقول قوله من يمينه ان ادعى للمقر له اكثر من ذلك

لاختيار رأيه برأي الولي فيعتبر كالبالغ والنائم والمغمى عليه كالمجنون لانهما ليسا من اهل المعرفة والتمييز وهما شرطان لصحة الاقرار واقرار السكران جائز بالحقوق
كلها الا بالحدود الخالصة والردة بمنزلة سائر التصرفات تنفذ من السكران كما تنفذ من الصاحي كذا في الكافي ومعراج الدراية وجهالة المقر به لا تمنع صحة
الاقرار يعني لو كان المقر به مجهولا بان قال المقر لفلان علي شئ او حق يصح الاقرار يلزمه ما اقر به لان الحق قد يلزمه مجهولا يعني ان الحق قد يلزم الانسان مجهولا
بان اتلف مالا لا يدرى قيمته او خرج جراحة لا يعلم ارشها لان الواجب في الجراحات ان يستأنى حولا فلا يعلم في الحال موجبه او بقي عليه باقية حساب لا يحيط
اي بما بقي من الحساب علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح بناء فيصح بكون المقر به مجهولا فان قامت الشهادة اخبارا عن ثبوت الحق ايضا ومع ذلك
تمنع صحتها بجهالة المشهود به فالفرق بينهما قامت الشرع لم يجعل الشهادة حجة الا بعد العلم بالمشهود به قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون
وقال النبي صلى الله عليه وسلم اذا رايت مثل الشمس فاشهد والا فدع وان الشهادة لا توجب حقا الا بانضمام القضاء اليها والقضاء بالمجهول لا يتصور
اما الاقرار فموجب بنفسه قبل اتصال القضاء به وقد امكن ازالة الجهالة بالاخبار على البيان فيصح بالمجهول ولهذا الا يصح الرجوع عن الاقرار ويصح الرجوع عن
الشهادة قبل اتصال القضاء بها كذا في المبسوط بخلاف الجهالة في المقر له يعني انها تمنع صحة الاقرار فان المجهول لا يصح مستحقا ذكر شيخ الاسلام في مبسوطه
والناطفي في واقعاته ان جهالة المقر له انما تمنع صحة الاقرار اذا كانت متفاحشة بان قال هذا العبد لواحد من الناس اما اذا لم تكن متفاحشة بان قال هذا العبد
لاحد هذين الرجلين فلا تمنع ذلك وقال شمس الائمة السرخسي لا يصح الاقرار في هذه الصورة ايضا لانه اقرار للمجهول وانه لا يفيد لان فائدة الجبر على البيان
ولا جبر على البيان ههنا لانه انما يجبر ليصير صاحب الحق وهو مجهول وفي الكافي والاصح انه يصح لانه يفيد اذ فائدته وصول الحق الى المسمى وطريق الوصول ثابت لانهما اذا اتفقا
على اخذه فلهما حق الاخذ انتهى قال في شرح الطحاوي وكذلك جهالة المقر تمنع صحة الاقرار نحو ان يقول لرجل لك علي احد نا الف درهم لان المقضي عليه
مجهول وهكذا ذكر في كثير من شروح هذا الكتاب نقلا عن اقول في تمثيل جهالة المقر بالمثال المذكور نظر اذ الظاهر ان الجهالة فيه في المقر عليه لا في المقر له لانه
متيقن به وهو المتكلم والاولى في تمثيل ذلك ان يقال نحو ان يقول لرجل احد من جماعة او من اثنين لك علي الف ولا يدري ايهم او ايهما قال ذلك ويقال
له بين المجهول هذا لفظ القدوري في مختصره يعني يقال للمقر فيما اقر مجهول بين المجهول لان التجهيل من جهته اي من جهة المقر يعني ان الاجمال وقع من جهته
فعليه البيان ولكن لا بد من ان يبين شيئا يثبت دينا في الذمة قال وكثير نحو ان يبين جنسا او فلسا او جوزة او ما اشبه ذلك اما اذا بين شيئا لا يثبت
في الذمة فلا يقبل منه نحو ان يقول عنيت حق الاسلام او كفى من تراب او نحوه كذا في شرح الطحاوي وذكر في غاية البيان فصار كما اذا اعتق احد
عبديه اي فصار اقراره بالمجهول كما اذا اعتق احد عبديه في وجوب البيان عليه فان لم يبين اي فان لم يبين المقر اجله اخبره الحاكم على البيان
لانه لزمه الخروج عما لزمه بالصحيح اقراره بالبداءة وفي بعض النسخ بالصحيح اقراره وذلك اي الخروج بما لزمه بالصحيح اقراره بالبيان لا غير وبه قال الشافعي رح
ومالك رح واحمد رح وعن الشافعي رح في قول ان وقع الاقرار المبهم في جواب دعوى وامتنع عن التفسير يجعل ذلك انكارا منه ويعرض اليمين عليه فان حلف
ناكلا عن اليمين وحلف المدعي وان اقر ابتداء يقال للمقر له ادع عليه فاذا ادعى او اقر او انكر يجري عليه حكمه كذا في معراج الدراية فان قال لفلان علي شئ
لزمه ان يبين بالقيمة هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف رح في تعليله لانه اخبر عن الوجوب في ذمته كما يدل عليه لفظه على لانها للايجاب والالزام وما لا قيمة
له لا يجب فيها اي في الذمة فاذا ابى غير ذلك اي غير ماله قيمة يكون رجوعا عن الاقرار فلا يقبل قال اي القدوري في مختصره والقول قوله اي قول المقر مع يمينه
ان ادعى المقر له اكثر من ذلك اي مما بينه يعني اذا بين المقر ما له قيمة فما يثبت في الذمة مكيلا كان او موزونا او عدديا نحو حنطة او فلس او جوزة فاما ان يساعده

لان هو المنكر فيه وعلى الذي قال لفلان على حق منا ابتداء وكان الوقف اعتصبت منه شيئا وجب ان يبين ما هو من المجرى فيه التمانع تقريرا

المقر له او لافان ساعده اخذه وان لم يساعده بل ادعى عليه الزيادة فالقول قول المقر مع يمينه لانه اى لان المقر هو المنكر فيه اى فيما يدعى عليه المقر من الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه قال المصنف وكذا اذا قال لفلان على حق اى لم يبين ههنا ايضا ان بين بالقيمة لما بينا انه اخبر عن الوجوب في ذمته وهو الا يجب له لا يجب فيما ذكر في المحيط والمستفاد ولو قال الرجل لفلان على حق ثم قال مفصولا عينت به حق الاسلام لا يصدق وان قال موصولا يصدق لانه بيان يعتبر باعتبار العرف لانه لا يراد به في العرف حق الاسلام وانما يراد به حقوق مالية كذا في الكافي وكذا لو قال غصبت منه شيئا هذه من مسائل المبسوط ذكرها الحسن تفريعا على مسئلة القدوري يعني لو قال غصبت من فلان شيئا صح اقراره ولزمه البيان ايضا والحاصل ان كل تصرف لا يشترط لصحته وتحققه اعلام ما صادفه ذلك التصرف فالاقرار به مع الجهالة صحيح وذلك كالغصب والوديعة فان الجهالة لا تمنع تحقق الغصب والوديعة فان من غصب من رجل مالا مجهولا في كيس او اودعه مالا مجهولا في كيس فانه يصح الغصب والوديعة ويثبت حكمهما وكل تصرف يشترط لصحته وتحققه اعلام ما صادفه ذلك التصرف فالاقرار به مع الجهالة لا يصح وذلك كالبيع والاجارة فان من اقر انه باع من فلان شيئا او اجر من فلان شيئا او اشترى من فلان كذا شيئا لا يصح ولا يجبر المقر على تسليم شئ وهذا لان اثبات بالاقرار كالاثبات معاينة ولو عاينا انه باع منه شيئا مجهولا لا يجب تسليم شئ بحكم هذا البيع لكونه فاسدا فكذا اذا ثبت بالاقرار ولو عاينا انه غصب شيئا مجهولا في كيس يجبر على الرد فكذا اذا ثبت بالاقرار وهذا اذا صح الاقرار بالغصب مع الجهالة يجبر المقر على البيان حقا على المقر كذا في الكافي والمحيط البرهاني ويجب ان يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلا على العادة اى اعتمادا عليها واعلم انه ذكر في المبسوط رجل قال غصبت من فلان شيئا فالاقرار صحيح ويلزمه ما بينه ولا بد من ان يبين شيئا هو مال لان الشئ حقيقة اسم لما هو موجود مالا كان او غير مال الا ان لفظ الغصب دليل على المالية فيه فان الغصب لا يرد الا على ما هو مال وما ثبت بدلالة اللفظ فهو كالملفوظ كقوله اشتريت من فلان شيئا يكون اقرارا بشراء ما هو مال لان الشراء لا يتحقق الا فيه ولا بد ان يبين ما لا يجري فيه التمانع بين الناس حتى لو فسره بحبة حنطة لا يقبل ذلك منه لان اقراره بالغصب دليل على انه كان ممنوعا من جهة صاحبه حتى غلب عليه فغصبه وهذا مما يجري فيه التمانع فاذا بين شيئا بهذه الصفة قبل بيانه لان هذا بيان مقرر لاصل كلامه وبيان التقرير يصح موصولا كان او مفصولا وسيتوى ان بين شيئا يضمن بالغصب او لا يضمن بعد ان يكون بحيث يجري فيه التمانع حتى اذا بين ان المغصوب خمر فالقول قوله وكذلك ان بين ان المغصوب دار فالقول قوله وان كانت لا تضمن بالغصب عند ابي حنيفة رحمه الله واختلفت المشائخ فيما اذا بين ان المغصوب زوجته او ولده فمنهم من يقبل بيانه مقبولا لانه موافق لمبهم كلامه فان لفظ الغصب يطلق على الزوجة والولد عادة والتمانع فيه يجري بين الناس اكثر مما يجري في الاموال واكثرهم على انه لا يقبل بيانه بهذا لان حكم الغصب لا يتحقق الا فيما هو مال فبيانه بما ليس بمال يكون انكارا لحكم الغصب بعد اقراره بسببه وذلك غير صحيح منه الى هنا لفظ المبسوط وصرح في الايضاح وغيره بان الاول وهو مقبول بيانه بان المغصوب زوجته او ولده اختيار مشائخ العراق والثاني وهو عدم قبول بيانه بذلك اختيار مشائخ ما وراء النهر واذا قد عرفت ذلك تبين لك ان المصنف رحمه الله اختار ههنا قول مشائخ ما وراء النهر حيث قال ويجب ان يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلا على العادة يعني ان مطلق اسم الغصب ينطلق على اخذ مال متقوم في العرف هذا قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وكذا لو قال غصبت منه شيئا وجب عليه ان يبين ما هو مال حتى لو بين ان المغصوب زوجته او ولده لا يصح وهو اختيار مشائخ ما وراء النهر وقيل يصح وهو اختيار مشائخ العراق والاول اصح لان الغصب اخذ مال فحكمه لا يجري فيما ليس بمال ولا بد ان يبين ما يجري فيه التمانع حتى لو بين في حبة حنطة او في قطرة ماء لا يصح لان العادة لم تجر بغصب ذلك فكانت كذبة له في بيانه ولو بين في العقار او في خمر المسلم يصح لانه مال يجري فيه التمانع فان قيل الغصب اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده وهو لا يصدق على العقار وخمر المسلم فلزم نقض التعريف او عدم قبول البيان فيهما

ولو قال لفلان علي مال فالمرجع اليه في بيانه لانه هو المجمل ويقبل قوله في القليل والكثير لان كل ذلك مال ولانه اسم يقع به الاداء ولا انه لا يصدق في اقل من درهم لانه لا يعد مالا عرفا ولو قال مال عظيم لم يصدق في اقل من مائتي درهم لانه اقر بمال موصوف فلا يجوز الغاء الوصف والتقييد بالعظيم حتى اعتبر صاحبه غنيا يتم به الغنى عظيم عند الناس وعن ابي حنيفة رح انه لا يصدق في اقل من عشرة دراهم وفي نصاب السرقة عظيم حيث يقطع به اليد المحترمة ويستباح به الجنس المحترم جواب

فالجواب ان ذلك حقيقة وقد ترك الحقيقة بدلالة العادة كما عرف في موضعه وقد اشار اليه بقوله تعويلا على العادة الى هنا كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلان صحة ما ذكره في هذا الجواب من ان حقيقة الغصب ترك بدلالة العادة تنافي صحة ما ذكره في تعليل الصحيح اختيار مشائخ ما وراء النهر فيما لو بين ان المغصوب وجد او ولده من ان الغصب اخذ مال فحكمه لا يجري فيما ليس بمال لان مشائخ العراق يقولون ان لفظ الغصب يطلق على الزوج والولد عادة والمانع فيه يجري بين الناس اكثر مما يجري في الاموال كذا صرح به في المبسوط وغيره وليس معنى هذا القول منهم الا ان حقيقة الغصب ترك في ذلك بدلالة العادة فكيف يصح تعليل الصحيح اختيارا لمشائخ ما وراء النهر فيه بان الغصب اخذ مال فحكمه لا يجري فيما ليس بمال واما ثانيا فلان قوله وقد اشار اليه بقوله تعويلا على العادة لا يكاد يصح لان قول المصنف رح تعويلا على العادة علة لوجوب ان يبين ما هو مال يجري فيه التمانع ومعناه ان حقيقة الغصب وان تناولت ما يجري فيه التمانع من الاموال وما لا يجري فيه التمانع منها الا ان العادة خصصته بالاول فلا بد ان يبين ذلك ومقصوده الاحتراز عما لو بين حبة حنطة او قطرة ماء فانه لا يصح قطعا واما ان حقيقة الغصب تترك بدلالة العادة الى ما هو اعم منها فلا اشارة اليه في كلامه اصلا وكيف ولو صح ذلك عنده وكان في كلامه اشارة اليه لما صح القول منه بوجوب ان يبين مالا فان العادة جارية قطعا على اطلاق لفظ الغصب على ما ليس بمال كالزوجة والولد اطلاقا مجازيا على اللغة لا على حقيقة الشرعية وبالجملة ان كلام المصنف رح ههنا مسبوق على ما هو مختار مشائخ ما وراء النهر دون مختار مشائخ العراق وفيما ذكره صاحب العناية خلط المذهبين فلو قال لفلان علي مال فالمرجع اليه في بيانه وهذا لفظ القدوري في مختصره يعني لو قال احد في اقراره لفلان علي مال فالمرجع الى المقر في بيان قدر المال قال المصنف رح في تعليله لانه المجمل يعني ان المقر هو المجمل والمرجع في بيان المجمل الى المجمل ويقبل قوله في القليل والكثير وهذا من تتمة كلام القدوري قال المصنف في تعليله لان كل ذلك مال فانه اي المال اسم لما يتمول به وذلك موجود في القليل والكثير ثم قال المصنف رح الا انه اي المقر لا يصدق في اقل من درهم والقياس ان يصدق فيه ايضا لانه مال وفي الاستحسان لا يصدق فيه وجهه ترك الحقيقة بدلالة العرف وقد اشار اليه بقوله لانه اي الاقل من درهم لا يعد مالا عرفا فان ما دون الدرهم من الكسور لا يطلق اسم المال عليه عادة كذا في المبسوط قال الامام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد ولو قال له علي مال كان القول قوله فيه ودرهم مال ثم قال وهذا للفظ يوهم انه لا يقبل قوله اذا بين اقل من درهم وقال بعضهم ينبغي ان يقبل قوله في البيان لان اسم المال مطلق على نصف درهم وسدس درهم كما يطلق على الدرهم ثم قال والصحيح انه لا يقبل لان المال الذي يدخل تحت الالتزام والاقرار لا يكون اقل من درهم وهذا ظاهر في حكم العادة فحملنا عليه انتهى كلامه وقال الناطفي في اجناسه وفي نوادر هشام قال محمد رح لو قال لفلان علي مال له ان يقيد بدرهم ثم قال وقال في الهارونية لو قال لفلان علي مال هو على عشرة دراهم جيادا وهو لا يصدق في اقل منه في قول ابي حنيفة رح وزفر رح وقال ابو يوسف رح يصدق في ثلثة دراهم ولا يصدق في اقل منه الى هنا لفظ الاجناس ولو قال مال عظيم لم يصدق في اقل من مائتي درهم هذا لفظ القدوري يعني لو قال لفلان علي مال عظيم فعليه ما يجب فيه الزكوة وهو مائتا درهم وقال الشافعي رح بمثل الاول لانا فيه العادة من العظم فلا يجوز وقد اشار المصنف رح اليه بقوله لانه اقر بمال موصوف والموصوف بمال بوصف العظم فلا يجوز الغاء الوصف بل لا بد من البيان بما يعد عظيما عند الناس والنصاب مال عظيم في الشرع والعرف حتى اعتبر صاحبه غنيا به فاوجب عليه مواساة الفقراء والغنى عظيم عند الناس فكان فيما قلنا رعاية حكم الشرع والعرف وهذا قول ابي يوسف رح ومحمد رح ولم يذكر في الاصل قول ابي حنيفة رح في هذا الفصل فاختلف رواية المشائخ عنه فيه فاراد المصنف رح بيان ذلك فقال وعن ابي حنيفة رح اي روي حسنا انه اي المقر في هذا الفصل لا يصدق في اقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة ونصاب المهر ايضا لانه اي لان هذا النصاب عظيم حيث يقطع به اليد المحترمة ويستباح به الجنس المحترم وعنه اي عن ابي حنيفة رح مثل جواب الكتاب اي مثل ما ذكر في مختصر القدوري من انه لا يصدق في اقل من

وعند الشافعي رحمه الله اذا قال من الدراهم اما اذا قال من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين وفي الابل بالخمس وعشرين لا تجب في النصاب بقيمة من جنسه
في تغيير حال الزكاة بقيمة النصاب ولو قال اموال عظام فالتقدير بمائتين من جنس ما سماه اعتبارا لادنى الجمع ولو قال
دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة وعند ابي حنيفة رح وعندهما لم يصدق في اقل من مائتين

مائتي درهم قال في غاية البيان وهو الصحيح لانه لم يذكر عددا حتى تجب مراعاة اللفظ فيه فاوجبنا التعظيم من حيث المعنى وهو المال الذي يجب فيه الزكوة لانه
اقل مال له خطر في الشرع انتهى وذكره صاحب العناية ايضا بقيل خلافا لقوله لانه اقل مال له خطر في الشرع اقول فيه بحث لان التعليل المذكور لا يفيد كون ما في
هذه الرواية هو الصحيح لان ايجاب التعظيم من حيث المعنى او مقررا على كلتي الروايتين وانما النزاع في ان ذلك التعظيم اذا هل هو نصاب الزكوة ام نصاب
السرقة والمهر فقوله وهو المال الذي يجب فيه الزكوة غير مسلم على الرواية الاخرى وكذا قوله لانه اقل مال له خطر في الشرع اذ لصاحبها ان يقول بل هو المال
الذي يجب فيه قطع اليد المحترمة ويتباح به الشبع المحترم وهو اقل مال له خطر في الشرع فلم تتم التقريب قال شمس الائمة السرخسي رح والاصح على قول ابي حنيفة رح
ينبغي على حال المقر في الفقر والغنى وان التقليل عند الفقير عظيم واضعاف ذلك عند الغني حقير وكما ان المائتين عظيم في حكم الزكوة فالعشرة عظيم في حكم قطع يد السارق
وتقدير المهر بها فوقع التعارض فيرجع الى حال المقر كذا في فتاوى قاضيخان وذكر في بعض الشروح وهذا اي ما ذكر من انه لا يصدق في اقل من مائتي درهم اذا قال
من الدراهم اي اذا قال علي مال عظيم من الدراهم سواء قال كذلك ابتداء او قال في الابتداء له علي مال عظيم ثم بين مراده من المال العظيم بالدراهم فقول
صاحبي النهاية ومعراج الدراية في شرح قول المصنف رح بهذا اذا قال من الدراهم اي بين وقال ان مرادي بالمال العظيم الدراهم لا يخلو عن تقصير اما اذا
قال من الدنانير اي اذا قال ذلك ابتداء او ثانيا عند البيان فالتقدير فيها اي في الدنانير بالعشرين اي بعشرين مثقالا لانه نصاب الزكوة في الذهب في
الابل بخمس وعشرين يعني وفيما اذا قال من الابل يقدر بخمس وعشرين ابلا لانه ادنى نصاب يجب فيه من جنسه كعشرين مثقالا في الدنانير ومائتي درهم في
الدراهم والحاصل انه اذا بين بجنس من الاجناس الاموال الزكوة فالمعتبر اقل ما يكون نصابا في ذلك الجنس فان قيل ينبغي ان يقدر في الابل بخمس قال
لانه يجب فيها شاة فكان صاحبها بها غنيا فلنا هي مال عظيم من وجه حتى يجب فيها الزكوة وليست بمال عظيم من وجه حتى لا يجب فيها من جنسها فاعتبرنا ما تكون
ليكون عظيما مطلقا اذ المطلق منصرف الى الكامل كذا في الكافي وفي بعض الشروح وفي غير مال الزكوة بقيمة النصاب يعني وفيما اذا بين بغير مال الزكوة يقدر
بقيمة النصاب اي يقدر النصاب قيمة ولو قال اموال عظام اي ولو قال علي اموال عظام بصيغة الجمع فالتقدير بثلثة نصب من جنس ما سماه اي من اي نوع
سماه حتى لو قال من الدراهم كان التقدير بمائتي درهم ولو قال من الدنانير كان بمائتين مثقالا ولو قال من الابل كان بخمس وعشرين الى غير ذلك من الاجناس
وانما كان كذلك اعتبارا لادنى الجمع وان ادنى الجمع ثلثة فحمل على ثلثة اموال عظام وهي ثلثة نصب من جنس ما سماه ولو قال على مال نفيس او كريم او خطير او جليل
قال الخطابي لم اجد منصوصا وكان الحرجاني يقول يلزمه مائتان كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الايضاح والذخيرة وفي غاية البيان نقلا عن
الفتاوى النصري قال شمس الائمة البيهقي في كفايته عن ابي يوسف رح قال اذا قال علي دراهم مضاعفة يلزمه ستة لان اقل الدراهم ثلثة والتضعيف اقله
مرة فيضعف مرة قال له علي دراهم اضعافا مضاعفة او قال مضاعفة اضعافا عليه ثمانية عشر لان الاضعاف جمع الضعف فيضاعف ثلثة ثلث مرات فذلك
ستة وقوله مضاعفة يقتضي ضعفا وذلك يقتضي ثمانية عشر وفي الصورة الاولى مضاعفة ستة واضعافها ثلث مرات فيكون ثمانية عشر قال علي عشرة دراهم
واضعافها مضاعفة عليه ثلثون درهما لان اضعاف العشرة ثلثون فاضعفت الى العشرة كان اربعين فاوجبها مضاعفة فيكون ثمانين ولو قال دراهم كثيرة
اي لو قال لفلان علي دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة دراهم هذا لفظ القدوري رح قال المصنف رح وهذا عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يصدق في اقل
من مائتين وعند الشافعي رح يصدق في ثلثة دراهم ولا يصدق في اقل من ذلك كذلك لو قال لفلان علي دنانير كثيرة لم يصدق عند ابي حنيفة رح في اقل
من عشرة دنانير وعندهما في اقل من عشرين مثقالا وعند الشافعي رح في اقل من ثلثة دنانير كذا ذكر في الخلافيات شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وقال القدوري

لان صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غنين بخلاف ما دونه لان العشرة اقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع يقال عشرة دراهم ثم يقال احد عشر درهما فيكون هو اكثر من حيث اللفظ فيصرف اليه

في كتاب التقريب روى ابن سماعة عن ابي يوسف رح عن ابي حنيفة رح مثل قولهما وجه قول الشافعي رح انه وصف الدراهم مثلا بصفة لا يمكن العمل بها وهي الكثرة فيلغو ذكرها وذلك لان اثبات صفة الكثيرة لمقدار من النقد يزيد على الكثيرة على التعيين غير ممكن لا باعتبار الحقيقة ولا باعتبار العرف ولا باعتبار الحكم اما من حيث الحقيقة فلان الكثرة امر اضافي يتصدق بعد الواحد على كل عدد واما من حيث العرف فلان الناس متفاوتون في ذلك فكم من كثير عند قوم قليل عند الآخرين واما من حيث الحكم فلان حكم الشيء يتعلق تارة بالعشرة عند البعض وبما دونه عند الآخر كما في نصاب السرقة والمهر ويتعلق تارة بالمائتين كما في نصاب الزكوة فوجب اعتبار الصفة ويتعلق تارة بالكثير بالتعيين كما في الاستطاعة في الحج في الاماكن البعيدة فلم يكن العمل بها اصلا فاذا تعذر العمل بها الغاذكرها فيعمل بقوله دراهم ويصرف الى الثلثة ووجه قول ابي يوسف رح ومحمد رح ما اشار اليه المصنف رح بقوله لان صاحب النصاب يعني صاحب الزكوة مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره فرفع زكوته والتصدق على الفقير بخلاف ما دونه النصاب فان صاحبه مقل ولهذا لم يلزمه مواساة غيره قال صاحب العناية في تقرير دليلهما وقالا امكن العمل بها اي بالكثرة حكما لان في النصاب كثرة حكمية فالعمل به اولى من الالغاء انتهى اقول فيه نظر لان نصاب الزكوة وان كان له كثرة في ترتب حكم وجوب الزكوة الا ان نصاب السرقة والمهر هو العشرة عنده له ايضا كثرة في ترتب حكم ثبوت قطع اليد واستباحة البضع وكذا الاكثر من المائتين لما يحصل به الاستطاعة في الحج من الاماكن البعيدة له كثرة في حكم ترتب وجوب الحج فوقع التعارض بين مايتك الكثرات الحكمية فلم يكن العمل باحدها على التعيين فقوله لان في النصاب كثرة حكمية لا يجدي شيئا وهو ظاهر وكذا قوله فالعمل به اولى من الالغاء لان اولوية العمل به من الالغاء لا يستلزم اولوية العمل به من العمل بما فيه كثرة اخرى فلا يتم المطلوب قال صاحب الغاية في تقرير دليلهما ولابي يوسف رح ومحمد رح ان العمل بهذه الصفة وان تعذر من حيث الحقيقة والعرف كما قال الشافعي رح امكن العمل بها حكما ولا يلغى من كلام العاقل ما امكن تصحيحه فيجب حمل الكثرة على الكثرة من حيث الحكم حتى لا تلغو هذه الصفة فصار كانه قال لفلان علي دراهم كثيرة حكما والدراهم الكثيرة حكما من كل وجه ما تنادر بهم لانها كثيرة شرعا في حق القطع والمهر ووجوب الزكوة وحرمة الصدقة واما العشرة ان كانت كثيرة في حق القطع وجواز النكاح ففي حق حرمة الصدقة ووجوب الزكوة قليل ومطلق الاسم ينصرف الى الكامل من ذلك الاسم لا الى الناقص واقل ما يطلق عليه اسم الكثرة حكما من كل وجه ما تنادر بهم فاما العشرة بين القليل والكثير من حيث الحكم فكان ناقصا من حيث الكثرة حكما انتهى كلامه اقول فيه ايضا نظر لان ما بسطه وان افاد في الظاهر اولوية حمل الدراهم الكثيرة على المائتين من حملها على العشرة لكن لم يفد اولوية حملها على المائتين من حملها على الاكثر من المائتين مما يترتب عليه حكم وجوب الحج من الاماكن البعيدة كما ادرجه نفسه ايضا في تقرير دليل الشافعي رح بل افاد اولوية العكس لان الاكثر من المائتين هو الذي تحقق فيه الكثرة حكما من كل وجه فانه كثير في حق وجوب الحج ايضا من الاماكن البعيدة واما المائتان فهما بين القليل والكثير بالنظر الى حكم الحج من الاماكن البعيدة فكان ناقصا من حيث الكثرة حكما فلم يتم المطلوب تامل وله اي ولابي حنيفة رح ان العشرة اقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع اي عند كونه مميز العدد يقال عشرة دراهم ثم يقال احد عشر درهما يعني ان العدد اذا جاوز العشرة يصير مميزه مفرد الا جماعا فيكون اي العشرة حد الاكثر من حيث اللفظ اي من حيث دلالة اللفظ عليه فيغير في الايمان العمل على دلالة اللفظ اذا كان ممكنا ولم يوجد ما يوجب من الصرف اليه لا يعدل الى غيره كذا في العناية لا يقال ينبغي ان يصدق فيما بين الثلثة والعشرة لانه كثير لانا نقول لما ذكر الكثرة صار كذكر الجنس فيستغرق اللفظ ما يصلح له كذا في غاية البيان اقول بقي هنا شيء وهو ان كون العشرة اقصى ما ينتهي اسم الجمع انما يفيد عند ارادة اسم الجمع بالعدد بان يكون مميزا له كما نحن فيه اما عند انفراده فغير فانه يجوز ان يراد بجمع الكثرة حال الانفراد ما فوق العشرة الى ما لا نهاية له كما لا يخفى على الدارق في اللغة ومسئلتنا مفروضة في حال انفراد الدراهم عن ذكر العدد فما معنى اعتبار حكم حال الاقتران فيها اللهم قال حيث ذكر الشرنبلالي في تعليل قول ابي حنيفة رح في هذه المسئلة لان جمع الكثرة اقله عشرة

ولو قال دراهم فهي ثلثة لانها اقل الجمع الصحيح لان بيان الاكثر منها كان للفظ بحمله وينصرف الى الوزن المتعارف

قوله ليس ذلك بصحيح اما اولا فلان جمع الكثرة اقله احد عشر لا عشرة على ما تقرر في علم النحو قال الفاضل الرضي قالوا مطلق الجمع على ضربين قلة وكثرة والمراد بالقلة ما من الثلثة الى العشرة والحدان داخلان وبالكثير ما فوق العشرة انتهى واما ثانيا فلانه لو كانت علة قول ابي حنيفة رح في هذه المسئلة كون اقل جمع الكثرة عشرة لزم ان لا يصدق ايضا عنده في اقل من عشرة فيما اذا قال لفلان علي دراهم بدون ذكر وصف الكثرة مع انه يصدق هناك في ثلثة بالاتفاق كما ياتي والاولى في تعليل قول ابي حنيفة رح في هذه المسئلة ما ذكره صاحب الغاية حيث قال ولابي حنيفة رح ان الكثرة من حيث الحكم غير مذكور ايضا وانما ثبتت ضرورة ان لا صغر منه الكثرة لغوا فان العمل بها باعتبار الحقيقة والصرف متعذر وما ثبت بتعذر يقتضي صحة الغير يثبت ادنى ما يصح به الغير وادنى ما يثبت به الكثرة من حيث الحكم عشرة دراهم فان القطع متعلق شرعا بالكثير من المال لا بالقليل على ما روى انه كان لا يقطع في الشيء التافه ثم اعتبر النصاب في حق القطع واستباحة البضع عشرة فيلزمه عشرة انتهى قال الشيخ ابو نصر البغدادي والفرق لابي حنيفة رح بين قوله دراهم كثيرة وبين قوله مال عظيم ان قوله دراهم كثيرة يفيد الكثرة لان الكثرة تكون بزيادة العدد فاعتبر الكثرة التي ترجع الى العدد وقوله مال عظيم لا يفهم منه عدد اصلا فوجب ان يحمل على المستفهم لانه من حيث العدد والتعظيم والشرع ما يصير به عظيما فيجب الزكوة فيه فاعتبر ذلك ولو قال دراهم فهي ثلثة هذا لفظ القدوري في مختصره يعني لو قال له علي دراهم وجب عليه ثلثة دراهم بالاتفاق قال المصنف في تعليله لانها اقل الجمع الصحيح يعني ان الدراهم جمع واقل الجمع الصحيح فيلزمه ثلثة لكونه متيقنا فيه بحث لانه ان كان لفظ الصحيح في قوله لانه اقل الجمع الصحيح صفة الجمع كما هو المتبادر من ظاهر التركيب يرد عليه ان الدراهم ليس بجمع صحيح بل هو جمع مكسر فلم يطابق الدليل المدعى وان كان صفة لاقل فلا يفيد به قول صاحب الكافي لانه ادنى الجمع المتيقن عليه وقول صاحب الغاية لانه اقل الجمع الذي لا خلاف فيه بخلاف الثنتين يتجه عليه ان كون اقل الجمع ثلثة انما هو في جمع القلة دون جمع الكثرة فان اقل جمع الكثرة احد عشر كما مر بيانه آنفا والدراهم جمع كثرة اذ قد تقرر في كتب النحو ان جمع المذكر السالم جمع كثرة سوى الاسئلة الاربعة المعروفة وهي افعل وافعال وافعلة وفعلة عند الكل وسوى فوعله كلها عند الفراء وسوى افعلا كما صدقا في نقل التصريح ولفظ الدراهم ليس من احد هذه الاسئلة فكان جمع كثرة قطعا فلم يتم المطلوب ثم اقول يمكن الجواب عن ذلك بوجهين من اختيار الشق الثاني من الترديد الاول ان الفاضل الرضي صرح بان كل جمع تكثير للرباعي الاصلي حروفه مشترك بين القلة والكثرة ولا شك ان الدراهم من هذا القبيل فلما اشترك بين القلة والكثرة كان اقله المتيقن هو الثلثة فتم المطلوب والثاني ان المحقق التفتازاني قال في التلويح في اوائل مباحث اللفظ العام بعد تحقيق ما ذهب اليه اكثر الصحابة والفقهاء ائمة اللغة من ان اقل الجمع ثلثة واعلم انهم لم يفرقوا في هذا المقام بين جمع القلة وجمع الكثرة فدل ظاهره على ان التفرقة بينهما انما هي في جانب الزيادة يعني ان جمع القلة مختص بالعشرة فما دونها وجمع الكثرة غير مختص لانه مختص بما فوق العشرة وهذا ادق بالاعتبار وان خرج بخلافه كثير من الثقات انتهى كلامه فيجوز ان يكون مدار الدليل المذكور على ما هو الادق بالاستعمالات وتقريرات اهل الاصول من كون التفرقة بين جمعي القلة والكثرة في جانب الزيادة لا في جانب النقصان فتدبر الا ان بيان اكثر منها هذا من تتمة كلام القدوري في مختصره يعني الا ان بيان المقدار الاكثر من الثلثة فحينئذ يلزمه ما بينه قال المصنف لان اللفظ اي لفظ الجمع يحتمله اي يحتمل الاكثر من الثلثة ولا تهمة فيه لكونه عليه لا له وينصرف الى الوزن المتعارف اي الوزن المتعارف وهو غالب نقد البلد لان المطلق من الالفاظ ينصرف الى المتعارف كما مر في البيوع ولا يصدق في اقل من ذلك لانه يريد الرجوع عما اقتضاه كلامه قال في التحفة وان لم يكن فيه شيء متعارف يحمل على وزن سبعة فان الوزن المعتبر في الشرع وهكذا ذكر في الغاية وقال في البدائع وان كان الاقرار في بلد يتعاملون فيه بدراهم وزنها ينقص من وزن سبع لم يقبل اقراره على ذلك لان الوزن لا ينصرف مطلق الكلام الى المتعارف حتى لو ادعى وزنا

ولو قال له علي كذا درهما لم يصدق في اقل من احد عشر درهما لانه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف ولو قال له علي احد عشر درهما لم يصدق في اقل من احد عشر درهما ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق في اقل من احد عشر درهما ولو قال كذا درهما كذا درهما لم يصدق في اقل من احد عشر درهما لانه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف

اقل من وزن بلده لا يصدق لانه يكون رجوعا ولو كان في البلد اوزان مختلفة يعتبر فيه الغالب كما في نقد البلد فان استوت يحمل على اقل الاوزان لانه متيقن به والزيادة مشكوك فيها فلا يثبت مع الشك انتهى اقول بيان المذكورين في المتقطة والبدائع في صورة التساوي تفاوت بل تخالف لا يخفى ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق في اقل من احد عشر درهما بهذا لفظ القدوري في مختصره يعني لو قال له علي كذا كذا درهما لزمه احد عشر درهما ولم يعتبر قوله في اقل من ذلك قال المصنف في تعليله لانه اي المقر ذكر عددين مبهمين في كر لفظين هما كنايتان عن العدد المبهم ليس بينهما حرف العطف واقل ذلك اي اقل ذلك ما كان عددين ليس بينهما حرف العطف من العدد المفسر اي المصرح به احد عشر واكثر تسعة عشر فانه يقال احد عشر الى تسعة عشر فيلزمه الاقل المتيقن من غير بيان مع الزيادة تقف على بيانه ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق في اقل من احد عشرين هذا ايضا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليله لانه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد وعشرون فيحمل كل موجه على نظيره يعني ان لفظ كذا كناية عن العدد والاصل في استعماله اعتباره بالمفسر اي بالعدد الصريح فما له نظير في الاعداد المفسرة يحمل على اقل ما يكون من ذلك النوع لكونه متيقنا فاذا قال له علي كذا كذا درهما فكانه قال له علي احد عشر درهما واذا قال له علي كذا وكذا درهما كانه قال له علي احد وعشرون درهما وقوله كذا درهما فهو درهم هذه المسئلة ذكرها المصنف تفريعا على مسئلة القدوري ولم يذكرها محمد رحمه الله في الاصل يعني لو قال له علي كذا درهما فالواجب عليه درهم واحد لانه اقر بدرهم واحد في قوله كذا درهما لان التفسير للمبهم اي تمييز للشيء المبهم هو كذا لانه كناية عن العدد المبهم واقله المتيقن واحد فيحمل عليه وذكرت هذه المسئلة في بعض المعتبرات كالذخيرة والمحيط والمتمة وفتاوى قاضيخان على خلاف ما ذكره المصنف فانه قال في الذخيرة والمحيط وفي الجامع الصغير اذا قال لفلان علي كذا درهما فعليه درهمان لان اقل ما يعد لان الواحد لا يعد حتى يكون معه شيء آخر وقال في المتمة وفي الجامع الاصغر اذا قال كذا دينارا فعليه ديناران لان هذا اقل ما يعد لان الواحد لا يعد حتى يكون معه شيء آخر وقال في فتاوى قاضيخان لو قال لفلان علي كذا دينارا فعليه ديناران لان كذا كناية عن العدد واقل العدد اثنان انتهى اقول فيما ذكر في تلك الكتب نظر لان عدم كون الواحد من العدد انما هو في اصطلاح الحساب لا في الوضع واللغة فهو من العدد قطعا وعن هذا ترى ائمة اللغة والنحو قاطبة جعلوا اصول العدد اثني عشر كلمة واحد الى عشرة ومائة والف وقال العلامة الجوهري في صحاحه الاحد لمعنى الواحد وهو اول العدد انتهى وقال المحقق الرضي في شرح الكافية لا فرق عند النحاة في ان لفظ واحد واثنان من اسماء العدد وعند الحساب ليس الواحد من العدد لان العدد عندهم هو الزائد على الواحد ومنع بعضهم ان يكون الاثنان من العدد انتهى ولا شك ان كون كذا كناية عن العدد وليس مبنيا على اصطلاح الحساب بل هو امر جار على اصل الوضع واللغة فكون اقل العدد اثنين عند الحساب لا يقتضي كون الواجب على المقر في المسئلة المذكورة درهمين كما لا يخفى قال صاحب غاية البيان كان ينبغي ان يلزمه في هذه المسئلة احد عشر لانا اول العدد الذي ليس مميزه منصوبا واذا كان كذلك ينبغي ان لا يصدق في درهم والقياس فيه ما قال في مختصر الاسرار واذا قال له علي كذا درهما لزمه عشرون لانه ذكر العدد ومفسره بالدرهم منصوب وذلك يكون من عشرين الى تسعين فيجب الاقل وهو عشرون لانه متيقن انتهى كلامه وقال تاج الشريعة فان قلت ينبغي ان يجب احد عشر درهما لانه اقل عدد يجيء مميزه منصوبا قلت الاصل براءة الذمة فيثبت الادنى المتيقن انتهى اقول جوابه ليس بتام لان كون الاصل براءة الذمة انما يقتضي كون الثابت ادنى ما يحتمله لفظ المقر دون الادنى مطلقا كما لا يخفى ومعنى السؤال ان ادنى ما يحتمله لفظ المقر في هذه المسئلة انما هو احد عشر بدليل انه يكون المميز منصوبا فينبغي ان يكون الواجب عليه احد عشر درهما وما ذكر في الجواب لا يدفعه قطعا ثم اقول الحق في الجواب ان يقال ان قوله كذا درهما وان كان نظير الواحد عشر درهما في كون المميز منصوبا لكن ليس بنظير له في نفس ما غير المنصوب لان احد عشر عدد مركب ولفظ كذا ليس بمركب فاذا لم يكن نفس كذا نظير نفس احد عشر لم يعد الاشتراك في المجرد كون مميزها منصوبا وهذا امر لا مرية فيه قال في الاختيار شرح المختار وقيل يلزمه عشرون وهو القياس لان كذا يذكر للمعدود عرفا واقل عدد اغير مركب يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون انتهى

ولو ثلث كذا بغير واو فاحد عشر كما لا نظير له سواه وان ثلث بالواو فمائة واحد وعشرون وان ربع فمائة
عشرة الف لان خلاف نظيره **قال** ان قال له علي او قبلي فقد اقر بالدين لان على صيغة الايجاب

وذكره الامام الزيلعي رح في شرح الكنز نقلا عنه وقال صاحب معراج الدراية وما نقله ابن قدامة في المغني وصاحب الحلية عن محمد انه ذكر اذا قال كذا درهما الى عشرين
عنده لانه اقل عدد يفسره الواحد المنصوب خلاف ما ذكر في الهداية والذخيرة والتتمة وفتاوى قاضيخان كما ذكرنا ولم اجد في الكتب المشهورة لاصحابنا انتهى
كلامه اقول كانه لم يراجع ذكر في مختصر الاسرار وشرح المختار ولم يعد هما من الكتب المشهورة لاصحابنا او راجعها ولم يجد به منقولا عن محمد رح في الكتب المشهورة لاصحابنا
ثم ان التعليل المذكور في المنقول المزبور وهو قوله لانه اقل عدد يفسره الواحد المنصوب قاصر في الظاهر لان اقل عدد يفسره الواحد المنصوب انما هو احد عشر دون عشرين
فكان مراده انه اقل عدد غير مركب يفسره الواحد كما صرح به في غيره ان لم يكن لفظة مساعده القائل المعصوم ولو ثلث كذا بغير واو اي لو ذكر لفظة كذا ثلث مرات بغير واو
فقال كذا كذا كذا درهما فاحد عشر اي فالذي يلزمه احد عشر درهما لا غير لانه لا نظير له سواه اي لا نظير له في الاعداد الصريحة سوى احد عشر يعني سوى ما كان اقله احد عشر
فيحمل الاثنان من تلك الثلثة على احد عشر لكونهما نظيري عددين مصرحين ليس بينهما حرف العطف واقل من ذلك احد عشر ويحمل الواحد منها على التكرير والتاكيد ضرورة
عدم الثلثة اعداد مجتمعة وذكرت بلا عاطف كما قالوا ولو ثلث بالواو ان قال كذا وكذا وكذا فمائة واحد وعشرين اي فالذي يلزمه هذا المقدار ولو ربع بان قال كذا
وكذا وكذا وكذا زيد عليها اي على مائة واحد وعشرين الف فيلزمه الف ومائة واحد وعشرون لان ذلك نظيره اي لان العدد الذي ذكرنا انه يلزم في صورتي
التثليث والتربيع نظير ما ذكره المقر في تلك الصورتين اي اقل ما كان نظيرا فحينئذ يكون قوله لان ذلك نظيره تعليلا للمجموع الصورتين كما هو الظاهر من عنوان ذكر الكل
في صورة التثليث وتاخيره الى هنا ويحتمل ان يكون ذلك تعليلا لقرينته اعني صورة التربيع ويكون تعليل صورة التثليث متروكا لافهامه مما ذكره في غيرها كما تشعر
به تحريره صاحب الكافي حيث قال ولو قال كذا وكذا وكذا درهما فمائة واحد وعشرون لانه اقل ما يعبر عنه بثلثة اعداد مع العواطف ولو ربع يزاد عليها الالف لان
ذا نظيره انتهى قال الامام الزيلعي في التبيين ولو خمس بالواو ينبغي ان يزاد عشرة آلاف ولو سدس تزاد مائة الف ولو سبع يزاد الف الف وعلى هذا كلما زاد عددا معطوفا
بالواو زيد عليه ما جرت العادة به الى بالايتناهي انتهى وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه هذا كله اذا قال بالنصب واما اذا قال درهم بالخفض بان قال
كذا درهم يلزمه مائة درهم وقال هكذا روى عن محمد لانه ذكر عددا مبهما مرة واحدة وذكر الدرهم عقيبه بالخفض فيعتبر بعدد واحد مصرح ليستقيم كذا ذكر الدرهم عقيبه
بالخفض واقل ذلك مائة درهم وان قال كذا كذا درهم يلزمه ثلثمائة درهم لانه ذكر عددين مبهمين ولم يذكر بينهما واو العطف وذكر الدرهم عقيبهما بالخفض واقل ذلك من
العدد المصرح ثلثمائة لان ثلثا عدد ومائة عدد وليس بينهما حرف العطف ليستقيم ذكر الدرهم بالخفض عقيبهما انتهى كلامه وقال الامام علاء الدين الاسبيجابي رح
في شرح الكافي للحاكم الشهيد واذا اقران لفلان عليه كذا كذا درهما وكذا كذا دينارا فعليه من كل واحد منهما احد عشر لانه لو افرد كل واحد منهما في الذكر لزمه احد عشر
فكذلك اذا جمع بينهما يلزمه من كل واحد احد عشر ولو قال له علي كذا كذا دينارا ودرهما كان عليه احد عشر منهما جميعا وكيف يقسم القياس ان يكون خمسة ونصف
من الدراهم وخمسة ونصف من الدنانير الا انا نقول لو فعلنا ذلك ادى الى الكسر وليس في لفظه ما يدل على الكسر فنجعل ستة من الدراهم وخمسة من الدنانير فان قيل
هلا جعلت ستة من الدنانير وخمسة من الدراهم قلنا لان الدراهم اقل ما فيه من الدنانير فصرفناه اليها احتياطا الى هنا كلامه قال اي قال محمد رح في الاصل وان
قال له علي او قبلي فقد اقر بالدين لم يذكر محمد رحمه الله هذه المسئلة في الجامع الصغير انما ذكرها في الاصل لما وجه كونه مقرا بالدين في قوله له علي فما اشار اليه المصنف رح
بقوله لان على صيغة ايجاب تقريره ان على كلمة خاصة للاخبار عن الواجب في الذمة واشتقاقها من العلو وانما يعلوه اذا كان دينا في ذمته لا يجد بدا من قضائه فيخرج عنه
كذا في النهاية وتقرير آخر ان الدين وان لم يذكر صريحا في قوله له علي فقد ذكر اقتضاء لان كلمة على يستعمل في الايجاب قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت
ومحل الايجاب الذمة والثابت في الذمة الدين لا العين فصار مقرا بالدين لا العين كذا في غاية البيان وذكر في النهاية ايضا نقلا عن الامام المحبوبي والاوجه كونه

وقبلي يقع عن الضمان على ما مر في الكفالة ولو قال المقر هو وديعة ووصل صدق وكان اللفظ بجملته مجازا حيث يكون المضمون حفظه والمال محله فيصدق موصولا لا مفصولا قال رضوي في بعض نسخ المختصر في قوله قبلي انه اقرار بالامانة لان اللفظ يتظمهما حتى صار قوله لاحق لي قبل فلان براءة عن الدين والامانة جميعا والامانة اقلهما والاول اصح ولو قال عندي او معي او في بيتي او في كيسي او في صندوقي فهو اقرار بما ما البتة في يده لان كل ذلك اقرار بكون الشيء في يده وذلك يتنوع الى مضمون وامانة فيثبت اقلهما

مقرا بالدين في قوله قبلي فانما اشار اليه بقوله وقبلي يعني عن الضمان لان هذا عبارة عن اللزوم الايرى ان الصك الذي هو حجة الدين يسمى قبالة وان الكفيل يسمى قبيلا الا نه ضامن للحال كذا في النهاية نقلا عن المبسوط على ما مر في الكفالة من انه تنعقد الكفالة بقبول آثار القبيل لان القبيل هو الكفيل اقول من انظر هو ان كون القبيل بمعنى الكفيل لا يستلزم كون قبلي بمعنى الضمان لانه يقتضي كون قبلي نسبيا عن الضمان لان كلمة قبل غير كلمة القبيل ولم اذكر في كتب اللغة محيي الاولى بمعنى الثانية قط بل الذي ذكره ائمة اللغة في كتبهم وان قيل فلان بمعنى عنده وان قبلا بمعنى مقابلة وعيانا وانه يجيء قبل بمعنى طاقة فانهم قالوا رايته قبلا اي مقابلة وعيانا قال الله تعالى ويأتيهم العذاب قبلا اي عيانا واني قبل فلان حق اي عنده وما لي قبل اي طاقة واما استعمال كلمة قبل في معنى الضمان فلم يسمع منهم قط والحاصل ان كتب اللغة غير مساعدة لهذه الرواية في بادئ الرأي فتأمل ولو قال المقر في قوله على او قبلي هو وديعة ووصل اي وصل قوله على او قبلي بقوله هو وديعة صدق لان اللفظ بجملته اي بتحميل ما قاله مجازا اي من حيث المجاز حيث يكون المضمون حفظا اي حفظ المودع فان المودع ملتزم حفظ الوديعة والمال محله اي محل الحفظ فقد ذكر المحل وهو المال الذي هو الوديعة واراد الحال وهو حفظه فجاز مجازا كما في قولهم نهر جار فلكنه لتغير عن وضعه فيصدق موصولا لا مفصولا لانه صار بيان التغيير فيقبل موصولا لا مفصولا كما في الاستثناء

قال اي قال المصنف رضي الله عنه وفي نسخ المختصر يعني مختصر القدوري في قوله قبلي اي وقع في قول المقر قبلي انه اقرار بالامانة لان اللفظ يتظمهما اي يتظم الدين والامانة حتى صار قوله اي قول القائل لاحق لي قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا نص عليه محمد رح في الاصل حيث قال اذا قال لاحق له علي فلان بريء فلان مما هو مضمون عليه وان قال لاحق عنده فهو بريء مما اصله الامانة وان قال لاحق لي قبل فلان بريء مما عليه وما عنده قبله وما عليه قبله انتهى والامانة اقلهما هذا تتمة الدليل يعني ان الامانة اقل الدين والامانة فتحمل قول المقر عليها لكونها الادنى المتيقن قال المصنف رح والاول اصح اي ما ذكر في الاصل هو الاصح قال في الكافي والاول مذكور في المبسوط وهو الاصح لان استعمالها في الديون اغلب واكثر فكان الحمل عليه احرى واجدر وقال في معراج الدراية والاول رجحانا اقرار بالدين اصح ذكره في المبسوط وعلل بان استعمالها في الدين اغلب واكثر فكان الحمل عليه اولى انتهى اقول لقائل ان يقول ينتقض هذا التعليل بما اذا قال لاحق لي قبل فلان فانه لم يحمل هناك على الدين خاصة بل جعل ابراء عن الدين والامانة جميعا بالاتفاق مع جريان هذا التعليل هناك ايضا ثم اقول يمكن دفع ذلك بامكان الفرق بين الصيغتين بان احداهما صورة الاثبات ولما لم تيسر جمع اثبات الدين واثبات الامانة في شيء واحد حمل على ما هو الارجح منهما في هذه الصورة واما الاخرى فصورة النفي ولما تيسر جمع نفي الدين ونفي الامانة عن شيء حمل على نفيهما معا في تلك الصورة ويؤيد هذا الفرق ما ذكره المصنف رح في باب الوصية للاقارب وغيرهم من كتاب الوصايا حيث قال ومن اوصى لموالي له موالي اعتقهم وموالي اعتقوه فالوصية باطلة ثم قال ولنا ان الجهة مختلفة لان احدهما مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركا فلا يتظمهما لفظ واحد في موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام النفي ولا تناقي فيه انتهى كلامه واعلم انه كان قياس ترتيب وضع المسئلة ان يذكر اولا ما ذكره القدوري ثم يذكر ما ذكر في الاصل لان الهداية شرح البداية التي تجمع مسائل الجامع الصغير مختصره القدوري والزوائد عليها مذكورة على سبيل التفريع الا ان المصنف لما راى ان الكلام المذكور في الاصل هو الاصح قدمه في الذكر ولهذا لم يذكر في البداية غير ما ذكر في الاصل ولو قال عندي او معي او في بيتي او في كيسي او في صندوقي فهو اقرار بامانة في يده وذكر كلها من مسائل الاصل قال المصنف في تعليلها لان كل ذلك اقرار بكون الشيء في يده لاحتمال انه كان في يده امانة وذلك اي كان في يده امانة يتنوع الى مضمون وامانة فيثبت اقلهما وهو الامانة توضيحه ان هذه المواضع محل للعين والدين اذ الدين يصلح ان يكون مضمونا وامانة والامانة اداء ايهما فيحمل عليها للتيقن بهما وهذا لان كلمة عند للقرب ومع للقران واعداهما لمكان معين فيكون من خصائص العين ولا يحمل الدين باستعماله كونه في هذه الاماكن فاذا كنت من خصائص العين تعينت الامانة لما ذكرنا ولان هذه الكلمات في العرف والعادة يستعمل في الامانات ومطلق الكلام يحمل على العرف

لان محل الحفظ

لبعض نسخ

ولو قال لرجل لي عليك الف فقال اتزنها او انقدها او اجلني بها او قد قضيتكها فهو اقرار لان الاداء والتاجيل كما يكونان في الدين يكونان في العين المذكور في الدعوى فكانه قال اتزن الالف التي ادعي حتى لو لم يذكر في الدعوى انها دين او عين المذكور في الدعوى انها دين او عين حتى وجب القضاء بالنقد والوجوب وعند الائمة الثلاثة رحمهم الله لا يجب القضاء بالنقد لان الدين لا يتعين في العين فكان الطلب بالنقد طلبا لما لا يجب فلا يكون اقرارا بالوجوب وكذا الاداء كالقضاء لما بينا وكذا عند محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف رحمه الله كما يقضي سابقة الوجوب ولو قال احلتك بها على فلان لا يكون اقرارا

كذا في التبيين فان قلت يشكل هذا بما اذا قال له قبلي مائة درهم دين او وديعة او وديعة دين فانه اقرار بالدين لا بالامانة مع ان الامانة اقلهما قلت يتنوع الالفاظ الى الضمان والامانة فيما نحن فيه انما نشأ من لفظ واحد وفي تلك المسئلة من لفظين والاصل ان احد اللفظين اذا كان للامانة والآخر للدين فاذا جمع بينهما في الاقرار يترجح الدين كذا في المبسوط قال في النهاية لا يعتقل هذا عن المبسوط وهذا المعنى وهو ان استعارة اللفظ الذي يوجب الدين لما يوجب الامانة ممكن لا على العكس لانه حينئذ يلزم استعارة الادنى للاعلى وذلك لا يصح كما لا يصح استعارة لفظ الطلاق للاعتاق وانما في الاول فكان فيه استعارة الاعلى للادنى وهو صحيح كاستعارة العتق للطلاق والاستعارة انما تصح في اللفظين لا في اللفظ الواحد المحتمل للشيئين بل انما ينظر فيه الى ما هو الاعلى المحتمل والادنى المتيقن فيحمل على الادنى المتيقن لشبوته يقينا انتهى ولو قال الرجل لغيره علي الف فقال اتزنها او انقدها او اجلني بها او قد قضيتكها فهو اقرار هذا كله لفظ القدوري في مختصره يعني ان ما ذكره المجيب في هذه الصيغ كلها يكون اقرارا بالمدعى لان ما خرج جوابا اذا لم يكن كلاما مستقلا كان راجعا الى المذكور اولا وكانه اعاده بصريح لفظه فلما قرن كلامه في الاول والثاني بالكناية رجع الى المذكور في الدعوى واليه اشار المصنف بقوله لان الهاء في الاول والثاني اي في قوله اتزنها وفي قوله انقدها بالكناية عن المذكور في الدعوى فكانه قال في الاول اتزن الالف التي لك علي وفي الثاني انقد الالف التي لك على فصار كما لو اجاب بنعم لكونه غير مستقل بنفسه وقد اخرج مخرج الجواب حتى لو لم يذكر حرف الكناية يعني انها لا يكون كلاما اقرارا بالمدعى لعدم انصرافه اي لعدم انصراف كلامه الى المذكور اي الى المذكور في الدعوى لكونه مستقلا بنفسه وكانه قال اقعدوزانا للناس اوقفا دراهمهم واكتسب المال ولا توزن بالدعوى الباطلة والتاجيل انما يكون في حق واجب هذا اشارة الى تعليله يكون قوله اجلني بها اقرارا يعني ان التاجيل انما يكون في حق واجب لانه للترفيه فاقتضى ذلك ان يكون طلب التاجيل اقرارا بالحق واجب والقضاء يتلو للوجوب اي يتبع الوجوب هذا اشارة الى تعليل كون قوله قد قضيتكها اقرارا يعني ان القضاء يقتضي سبق الوجوب لانه تسليم مثل الواجب فلا يتصور بدونه فلما ادعى قضاء الالف صار مقرا بوجوبها ودعوى الابراء بان قال ابرأتني منها كالقضاء اي كدعوى القضاء لما بينا اشار به الى قوله والقضاء يتلو الوجوب يعني ان الابراء ايضا يتلو الوجوب لان الابراء اسقاط وهذا انما يكون في مال واجب عليه كذا في الكافي اقول ههنا اشكال وهو انه قد اطبقت كلمة الفقهاء في كتاب الاقرار على ان قول المدعى عليه بالالف للمدعي قد قضيتكها او ابرأتني منها اقرار بوجوب الالف عليه وقالوا في تعليل هذا ان القضاء يتلو الوجوب وكذا الابراء يتلوه وقد صرحوا في كتاب الدعوى في اكثر المعتبرات وفي مسائل شتى من كتاب القضاء في الهداية والوقاية ان المدعى عليه بالالف لو قال للمدعي ليس لك علي شيء قط او ما كان لك على شيء قط ثم ادعى قضاء تلك الالف للمدعي او ادعى ابراء المدعي اياه من تلك الالف واقام بينة على ذلك سمعت دعواه وقبلت بينته عند اصحابنا سوى زفر وقالوا في تعليل ذلك ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى وبرأ منه دفعا للخصومة حتى قال المصنف ههنا الا ترى انه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضي ولم يعتبروا قول زفر رحمه الله هناك القضاء يتلو الوجوب وكذا الابراء وقد انكره فيكون مناقضا فكان بين كلاميهم المقررين في المقامين تدافع كما لا يخفى فتدبر وكذا دعوى الصدقة والهبة يعني لو قال تصدقت بها علي او وهبتها لي كان ذلك ايضا اقرارا لان التمليك يقتضي سابقة الوجوب يعني ان الصدقة والهبة من قبيل التمليك فدعوى الصدقة والهبة دعوى التمليك منه وذا لا يكون الا بعد وجوب المال في ذمته كما لا يخفى وكذا لو قال اجلتك بها على فلان فان كان هذا القول منه ايضا اقرارا لانه تحويل الدين من ذمة الى ذمة وذا لا يكون بدون الوجوب وكذا لو قال وهبت لك اليوم او ابرأتها لك اليوم لانه نفي القضاء والوزن في وقت بعينه وذلك لا يكون الا بعد وجوب اصل المال عليه فاما اذا لم يكن اصل المال واجبا عليه فالقضاء يكون منتفيا ابدا فلا يحتاج الى تاكيده بالنفي بالقضاء باليمين لانه في نفسه منتف كذا في المبسوط ولو قيل لرجل علي لفلان كذا فاومى برأسه بنعم لا يكون اقرارا لان الاشارة من الاخرس قائمة مقام الكلام لان عجز

قال ومن اقر بدين مؤجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في التاجيل لزمه الدين حالا لانه اقر على نفسه بحق واد عى حقا لنفسه فيه فصار مدعيا اقرارا ومدعيا في بدء وادعى الاجل بخلاف الاقرار بالدراهم السود لانه صفة فيه فوقعت المسئلة في اكفالة قال ويستحلف المقر له على الاجل لانه منكر حقا عليه واليمين على المنكر وان قال له على مائة وعشرة دراهم الزمه كلها دراهم لو قال مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع في تفسير المائة اليه وهو القياس في الاول وبه قال الشافعي رحمه الله وهو القياس ايضا لان المائة مبهمة والدراهم معطوف عليها بالواو والعاطفة لا تفسير لها فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل الثاني وجه الاستحسان وهو الفرق انهم استثقلوا تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العددين وهذا فيما يكثر استعماله

كذا في الكافي وغيره قال اي القدوري في مختصره ومن اقر بدين موجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في التاجيل لزمه الدين حالا هذا عندنا وقال الشافعي رح لزمه الدين موجلا لانه اقر بمال موصوف بانه موجل الى وقت فيلزمه بالوصف الذي اقر به وهذا ليس بشيء لان الاجل حق لمن عليه المال فكيف يكون صفة للمال الذي هو حق الدائن ولانه موخر للمطالبة الى مضيه فكان دعواه الاجل كدعواه الابراء كما ذكرنا في باب الاستثناء من المبسوط قال المصنف رح في تعليل قول اصحابنا رح اي لان المقر بدين موجل اقر على نفسه بمال وادعى حقا لنفسه فيه اي في ذلك المال فيصدق في الاقرار بلا حجة ودون الدعوى فصار اي فصار المقر في هذه الصورة كما اذا اقر لغيره بعبد في يده اي بعبد كائن في يد نفسه بانه ملك ذلك الغير واد عى الاجارة اي ادعى انه استاجر هذا العبد من صاحبه فصدقه المقر له في الملك دون الاجارة فانه لا يصدق هنا كذا هنا في دعوى الاجل بخلاف الاقرار بالدراهم السود اي بخلاف ما لو اقر بالدراهم السود فصدقه المقر له بالدراهم دون وصف السواد حيث يلزمه الدراهم السود دون البيض لانه اي لان السواد صفة فيه اي في الدراهم او فيما اقر به فيلزمه ما اقر به على الصفة التي اقر بها واما الاجل فليس بصفة في الدين الواجبة بغير عقد الكفالة كالقرض وثمن المبيعات والمهر وقيم المتلفات بل الاجل فيها امر عارض ولهذا لا يثبت بلا شرط والقول المنكر العارض وقد اشار اليه بقوله وقد صرحت المسئلة في الكفالة فانه قال في فصل الضمان من كتاب الكفالة ومن قال لآخر لك على مائة الى شهر فقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعى ان قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن وقال وجه الفرق ان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تاخير المطالبة الى الاجل وفي الكفالة ما اقر بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح انما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل في الديون عارض حتى لا يثبت الا بالشرط فكان القول قول من انكر الشرط كما في الخيار اما الاجل في الكفالة فنوع حتى يثبت من غير شرط بان كان موجلا على الاصيل انتهى قال اي القدوري في مختصره ويستحلف المقر له اي يحلف المقر في مسئلتنا هذه على الاجل اي على انكار الاجل فانه منكر حقا عليه فان المقر مدعي عليه التاجيل وهو منكر ذلك واليمين على المنكر بالحديث المشهور قال في النهاية ان الذخيرة في الفصل الاول من كتاب الاقرار ولا يبطل الاقرار بالحلف حتى ان من اقر لرجل ثم انكر فاستحلفه القاضي فحلف ثم اقام المطلب بينة على اقراره في له بالمقر به فان قال له على مائة درهم لزمه كما مر درهم وكذا لو قال مائة ودرهمان او مائة وثلثة دراهم ذكره الامام قاضيخان حيث قال في فتاواه ولو قال الى الف درهم او على الف ودرهمان او الف وثلثة دراهم كان الكل دراهم انتهى ولو قال له على مائة وثوب اي لو قال له على مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع في تفسير المائة اليه اي الى المقر قال المصنف رح وهو القياس في الاول يعني ان لزوم درهم واحد الرجوع في تفسير المائة الى المقر هو القياس في الفصل الاول ايضا وهو قوله له على مائة ودرهم ونظائره وبه قال الشافعي رحمه الله اي وبالقياس اخذ الشافعي رح في هذا الفصل ايضا لان المائة مبهمة والدراهم معطوف عليها اي على المائة بالواو والعاطفة لا تفسير لها لان العطف لم يوضع للبيان بل هو يقتضي المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل الثاني وهو قوله له على مائة وثوب ونحو ذلك فلا بد من المصير الى البيان ولكن علماؤنا رحمهم الله تعالى وفقهاء المسلمين رحمة واحدة رجحوا بالاستحسان في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون فجعلوا المعطوف عليه من جنس المعطوف فيما اذا قال له على مائة درهم ودرهم او مائة ودينار وقفيز حنطة او مائة وقفيز شعير وجه الاستحسان وهو الفرق بين الفصلين انهم اي ان الناس استثقلوا تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا بذكره بذكر الدرهم مرة عقيب العددين لا يرى انهم يقولون احد عشر درهما فيكتفون بذكر الدرهم مرة ويجعلون ذلك تفسيرا للكل وهذا اي استثقالهم فيما يكثر استعماله وذلك اي كثرة الاستعمال عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذلك اي كثرة الوجوب بكثرة الاسباب في الدراهم والمكيل والموزون يعني فيثبت في ذمته كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون لثبوتها في الذمة في جميع المعاملات حالة وموجلة ويجوز الاستقراض بها بالعموم البلوى اما الثياب وما يكال

وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذلك في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون واما الثياب والحيوان لا يكاد يوجد فيها ذلك او يوجد فيبقى على الحقيقة وكذا اذا قال مائة وثوبان ثنايا بخلاف ما اذا قال مائة وثلثة اثواب لان ذكر عددين مبهمين للتقسيم اثنينا اذ الثوب لم يذكر بحرف العطف فانصرف الكل اليهما لاستوائهما في الحاجة الى تفسيره كان كلها ثنايا **قال** ومن اقر بفوصرة تمر فالفوصرة والقوصرة لغتان والقوصرة هي الاصل يقول له غصبت مني تمرا في قوصرة ووجهه ان القوصرة وعاء ظرف له وغصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه وكذا الطعام في السفينة والحنطة في الجوالق

والا يوزن لا يكثر وجوبها فان الثياب لا يثبت في الذمة دينا الا في السلم والشاة ونحوها لا يثبت دينا في الذمة اصلا فبقي على الحقيقة اي على الاصل وهو ان يكون بيان المجمل الى المجمل لا الى المعطوف لعدم صلاحية العطف للتفسير لا عند الضرورة وقد انعدمت ههنا اقول التقرير وجه الاستحسان على ما ذكره ملخصا ونظرا اولا فلان اكتفاءهم بذكر الدراهم مرة عقيب العددين لا يجدي فيما نحن فيه اذا لم يذكر الدراهم فيه عقيب احد العددين ثم ما ذكر عقيب عدد واحد وهو المائة وانيا فلانهم اكتفوا بذكر مثل الثوب ايضا عقيب العددين لا يرى الى ما سياتي انه اذا قال مائة وثلثة اثواب يكون الكل ثوبا بالانصراف الى تفسير الى مجموع العددين المبهمين المذكورين قبله ويمكن ان تتحمل في الجواب بان يقال مراد المصنف رحمه انهم استثقلوا تكرار المميز في كل عدد بل اكتفوا بذكره مرة في بعض الاعداد وهو للاختصار لا يرى انهم اكتفوا بذلك عقيب العددين على الاطلاق والاطراد كذلك اكتفوا به في عدد واحد ايضا فيما يكثر استعماله ودورانه في الكلام كما نحن فيه نعم الاولى ههنا ان يطرح من البين حديث الذكر عقيب العددين وتقرر وجه الاستحسان على طرز ما ذكر في الكافي وغيره وهو ان الدراهم سيان للمائة عادة لان الناس استثقلوا تكرار الدراهم ونحوه واكتفوا بذكره مرة وهذا فيما يكثر استعماله وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه ودورانه في الكلام فيما يثبت في الذمة كالاثمان والمكيل والموزون بخلاف الثياب وما لا يكال ولا يوزن فانه لا يكثر وجوبها وثبوتها في الذمة فبقيت على الاصل قال في النهاية روى عن ابن سماعة عن ابي يوسف رحمه الله في قوله مائة وثلثة ان الكل من الثياب كذلك في قوله مائة وشاة ووجهه ان الثياب الغنم قسمة واحدة بخلاف الدراهم فانها لا تقسم قسمة واحدة بالقسم قسمة واحدة تحقق في اعدادها المجانسة فيمكن ان يجعل المفسر منه تفسيرا للمبهم انتهى وتوافقه ما ذكره الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال الرجل لفلان على الف وعبد عن ابي يوسف رحمه الله انه قال يقر في الاول بما شاء ولو قال الف وشاة او الف وبعير او الف وثوب او الف وفرس فهي ثياب واغنام الا ان يقول لا اعني بالثياب واغنام الا ثياب ولا يشبه هذا بني آدم لان بني آدم لا يقسم الى ههنا كلامه قال الامام الزيلعي رحمه في التبيين بعد نقل ذلك عن النهاية وهذا ليس بظاهر فان عندهما يقسم العدد كالغنم وانما لا يقسم عند ابي حنيفة رحمه الله انتهى فتامل قال المصنف رحمه وكذا اذا قال مائة وثوبان اي يرجع في بيان المائة الى المقر لما بينا من ان الثياب مما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها بخلاف ما اذا قال مائة وثلثة اثواب حيث يكون الكل ثيابا بالاتفاق لانه ذكر عددين مبهمين واعقبهما تفسير اذ الاثواب لم تذكر بحرف العطف حتى تدل على المغايرة فانصرف اليهما اي فانصرف التفسير المذكور الى العددين جميعا لاستوائهما في الحاجة الى التفسير وكان كلها اي كل الآحاد المندرجة تحت ذينك العددين ثيابا بالا يقال الاثواب جمع لا يصلح مميزا للمائة لانها لما اقترنت بالثلثة صار العدد واحدا كذا في الكافي والشروح قال اي القدوري في مختصره ومن اقر بفوصرة من تمر فالفوصرة لغة لزنة التمر والقوصرة بالتخفيف والتشديد وعاء التمر تتخذ من قصب وقولهم انما يسمى بذلك ما دام فيها التمر والا فهو زنبيل مبني على عرفهم كذا في المغرب قال صاحب الجمهرة اما القوصرة فاحسبها وخيلا وقد روي افلح من كانت له قوصرة ياكل منها كل يوم مرة ثم قال ولا ادري ما صحة هذا البيت كذا في غاية البيان قال المصنف وفسره في الاصل اي فسر الاقرار بتمر في قوصرة في الاصل وهو المبسوط بقوله اي بقول المقر غصبت تمرا في قوصرة ووجهه اي وجه جواب هذه المسئلة وهو ان التمر والقوصرة جميعا ان القوصرة وعاء له اي للتمر فظرف له اي للتمر وغصب الشيء وهو مظروف اي والحال انه مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه اي فيلزم المقر بالتمر والقوصرة المقر وكذا الطعام في السفينة اي وكذا الحكم فيما اذا قال غصبت الطعام في السفينة والحنطة في الجوالق فيما اذا قال غصبت الحنطة في الجوالق والجوالق بالفتح جمع جوالق بالضم والجوالق بزيادة الياء تسامح كذا في المغرب والاصل في جنس هذه المسائل ان كان الثاني ظرفا للاول وعاء له لزمه نحو ثوب في دار وطعام في سفينة وحنطة في جوالق وما كان الثاني مما لا يكون وعاء للاول نحو قولك غصبت درهما في درهم لم يلزمه الثاني لانه غير صالح لان يكون ظرفا لما اقر به اولا فلذا آخر كلامه كذا في المبسوط وذكر في الشروح اقول يرد على هذا الاصل المنتقض بما اذا اقر بدابة في اصطبل فان الاصطبل للدابة حاصة عن

لو ذلك في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون واما الثياب

بخلاف ما اذا قال غصبت من قوصرة لان كلمة من للاقرار فيكون اقرارا بغصب المنزوع قال ومن اقر ببدابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعلى قياس قول محمد رح يضمنهما وهذا مثل الطعام في البيت قال ومن اقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص لان اسم الخاتم يشتمل الكل ومن اقر له بسيف فله النصل والجفن والحمائل لان الاسم يتعدى على الكل ومن اقر بحجلة فله العيدان والكسوة لان الحلي لا اسم له على الكل عرفا وان قال غصبت ثوبا في منديل لزمه جميعا لانه ظرف كان للثوب فيلزمهم

وابي يوسف رح كما سياتي مع انه لا ريب في ان الثاني فيه صلاح لان يكون ظرفا للاول ويمكن ان يقال ان ذلك من باب التحفظ لمانع وقيد عدم المنع في الاحكام الكلية غير لازم كما حرر في مواضع منها اول كتاب الوكالة بخلاف ما اذا قال غصبت من قوصرة يعني ان الحكم المذكور في كلمة من واما الحكم في كلمة من بخلافه لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع يعني ان كلمة من للابتداء الغاية فيكون اقرارا بان مبتدأ الغصب من القوصرة وانما يفهم منه الانتزاع كذا في الكفاية وسراج الدراية اخذا من الكافي وقال في النهاية لان كلمة من للتبعيض فانما يفهم منه الانتزاع انتهى وقال في غاية البيان ووجه ان كلمة من تستعمل للتبعيض والتمييز فيكون الانتزاع لازما متى لا ان معناه ان من موضوعة للانتزاع انتهى اقول الحق في توجيه كلام المصنف رح ههنا ما ذهب اليه الفرقة الاولى لا ما ذهب اليه الاخرى لان كلمة من في قول القائل غصبت تمرا من قوصرة لا تحتمل معنى التبعيض اذ لا يصح ان يكون التمر بعض القوصرة فكيف يفهم الانتزاع من التبعيض في ذلك القول واما انفهام الانتزاع من التبعيض عند استعمال كلمة من بمعنى التبعيض في موضع آخر فلا يجدي شيئا ههنا كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة بخلاف معنى الابتداء فان كلمة من في ذلك القول يحتمل الابتداء قطعا فتم التقريب جدا واما الحكم في كلمة على نحو ان يقول غصبت اكافا على حمار وكان اقرارا بغصب الاكاف خاصة والحمار مذكور البيان محل المغصوب حين اخذه وغصب الشيء من محل لا يكون مقتضيا غصب الحمل كذا في المبسوط وذكر في كثير من الشروح قال اي القدوري في مختصره ومن اقر ببدابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة انما قال لزمه الدابة خاصة ولم يقل كان اقرارا بالدابة خاصة لما ان هذا الكلام اقرار بهما جميعا الا ان اللزوم على قول ابي حنيفة رح وابي يوسف رح في الدابة خاصة ولهذا اشار المصنف رح بقوله لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ولان الغصب الموجب للضمان لا يكون الا بالنقل والتحويل عندهما والاصطبل مما لا ينقل ولا يحول فلا يكون مضمونا بالغصب عندهما وعلى قياس قول محمد رح يضمنهما اي يضمن الدابة والاصطبل لان محمدا رحمه الله يرى غصب العقار فيدخلان في الضمان عنده كما يدخلان في الاقرار ومثله الطعام في البيت اي ومثل الاقرار بالدابة في الاصطبل الاقرار بالطعام في البيت قال في المبسوط ولو قال غصبت منك طعاما في بيت كان بمنزلة قوله في سفينة لان البيت قد يكون وعاء للطعام فيكون اقرارا بغصب البيت والطعام الا ان الطعام يدخل في ضمانه بالغصب في البيت لا يدخل في ضمانه في قول ابي حنيفة رح وابي يوسف لانه مما ينقل ولا يحول والغصب الموجب للضمان لا يكون الا بالنقل والتحويل واقل ما يحول الطعام من موضعه لم يصدق في ذلك لانه اقر بغصب تام وفي الطعام تحقق ذلك بالنقل والتحويل وكان هو في قوله لم انقله راجعا مما اقر به فلم يصدق فكان ضامنا للطعام وفي قول محمد رح هو ضامن للبيت ايضا الى ههنا لفظ المبسوط قال اي القدوري في مختصره ومن اقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص قال المصنف في تعليله لان اسم الخاتم يشتمل الكل اي يتناول الحلقة والفص جميعا ولهذا يدخل الفص في بيع الخاتم من غير تسمية فاذا تناولها اسم الخاتم لزمه جميعا بالاقرار بالخاتم ومن اقر له اي لغيره بسيف فله النصل وهو حديدة السيف والجفن وهو الغمد والحمائل جمع حمالة بكسر الحاء وهي علاقة السيف لان الاسم اي اسم السيف ينطوي اي يشتمل على الكل ومن اقر بحجلة الحجلة بفتحتين واحد حجال العروس وهي بيت يزين بالثياب والاستارة والستور كذا في الصحاح فله اي فللمقر له العيدان بضم النون جمع عود وهو الخشب كالمديدان جمع رود والكسوة اي وله الكسوة ايضا لان الاسم اي اسم الحجلة على الكل عرفا فلهذا دخل الكل في الاقرار بالحجلة وكذا الواقف بدار او ارض لرجل دخل البناء والاشجار اذا كانا فيها حتى ان المقر لو اقام بينة بعد ذلك على ان البناء والاشجار له لم يصدق ولم تقبل بينته وكذا لو اقام المقر بالخاتم بينة على ان الفص له لم تقبل بينته واما اذا قال هذا الخاتم لي وفصه لك او هذا السيف لي وحليته لك او هذه الحجلة لي وطبانتها لك وقال المقر له الكل فالقول للمقر بعد ذلك بيمينه ان لم يكن في نزع المقر به ضرر للمقر ولو يمر المقر بالنزع والدفع الى المقر له وان كان في النزع ضرر فواجب على المقر ان يعطيه قيمة ما اقر به كذا في الذخيرة وان قال غصبت ثوبا في منديل لزمه جميعا لانه اي المنديل ظرف للثوب بل هو ظرف وقد يراد غصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف

وكذا لو قال على ثوب في ثوب لانه ظرف بخلاف قوله درهم في درهم حيث يلزمه والحركة ضرب لا ظرف وان قال ثوب في عشرة الثواب لم يلزمه الا ثوب واحد عند ابي يوسف رح وقال محمد رح يلزمه احد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب فامكن حمله على الظرف ولابي يوسف رح ان حرف في يستعمل في البين والوسط ايضا قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي بين عبادي فوقع الشك والاصل براءة الذمم على ان كل ثوب موعى وليس بوعاء فتعذر حمله على الظرف فتعين الاول حملا ولو قال لفلان على خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة كثير المال وقال الحسن رح

وكذا الحكم لو قال على ثوب في ثوب لانه ظرف اي لان الثوب الثاني ظرف للثوب الاول فيلزمه الثوبان جميعا بخلاف قوله درهم في درهم اي بخلاف ما لو قال على درهم في درهم حيث يلزمه واحد اي درهم واحد لانه اي لان قوله في درهم ضرب اي ضرب حساب لا ظرف كما لا يخفى وان قال ثوب في عشرة اثواب لم يلزمه الا ثوب واحد عند ابي يوسف رح وفي الكافي وهو قول ابي حنيفة رح اولا وقال محمد رح يلزمه احد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب فامكن حمله على الظرف يعني ان كلمة في حقيقة في الظرف وقد امكن العمل بالحقيقة ههنا لان الثوب الواحد قد يلف لعزته ونفاسته في عشرة اثواب فلا يصار الى المجاز الذي هو منقوض على اصله فانه لو قال غصبته كرباسا في عشرة اثواب حرير يلزمه الكل عند محمد رح في هذه الصورة ايضا مع ان عشرة اثواب حرير لا يحمل وعاء الا كرباس عادة كذا في الشروح قال في النهاية واليه اشار في المبسوط ولابي يوسف رح ان حرف في يستعمل في البين والوسط ايضا قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي بين عبادي فوقع الشك في ان المراد بحرف في ههنا معنى الظرف او معنى البين وبالشك لا يثبت ما زاد على الواحد والاصل براءة الذمم لانها خلقت بريئة عريئة عن الحقوق فلا يجوز شغلها الا بحجة قوية ولم توجد فيجاز ادا على الواحد فلم يلزمه الا ثوب واحد على ان كل ثوب موعى وليس بوعاء يعني ان مجموع العشرة وليس بوعاء للواحد بل كل واحد منها موعى بما حوله فانه اذا لف ثوب في ثواب يكون كل ثوب موعى في حق ما وراءه ولا يكون وعاء الا الثوب الذي هو ظاهر فانه وعاء وهو وليس بموعى فلفظ كل ههنا بمجرده للتكثير لا للاستغراق كما قالوا في نظائره فاذا تحقق عدم كون العشرة وعاء للثوب الواحد لم يكن حمل كلمة في على الظرف في قوله ثوب في عشرة اثواب فتعين الاول اي المعنى الاول الذي هو البين محملا بكلمة في قوله المذيور فكانه قال على ثوب بين عشرة اثواب لم يلزمه بهذا المعنى الا ثوب واحد قال كثير من الشراح في هذا المقام فاذا لم تحقق كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان آخر كلامه لغوا وزاد على هذا من بينهم صاحب العناية ان يقال فتعين اول كلامه محملا يعني ان يكون في معنى البين انتهى اقول هذا الشرح منهم لا يطابق المشروح اذ لا يساعده كلام المصنف رح حيث جعل آخر كلامه المقر لغوا فان قوله فتعين الاول محملا يدل على ان آخر كلامه المقر وهو قوله في عشرة اثواب محملا مستغنيا وهو معنى البين المذكور والا فاذا تيسر آخر كلامه بل تعين ان يحمل صحيح من المعاني المستعملة فيها كلمة في لم يصح جعل ذلك لغوا من الكلام اذ يجب صيانة كلام العاقل عن اللغو مهما امكن ثم من العجائب ما زاده صاحب العناية فان قوله وتعين اول كلامه محملا بعد قوله كان آخر كلامه لغوا يدل على ان حمل الاول في قول المصنف رح فتعين الاول محملا على اول كلام المقر وهذا مع كونه مما ابى عنه جدا فيه محملا ينافيه تفسيره بقوله يعني ان يكون في معنى البين لان الكون في معنى البين انما يتصور في آخر كلام المقر وهو قوله في عشرة اثواب دون اول كلامه وهو قوله على ثوب اذ لا مساس له بمعنى البين اصلا واعلم ان الامام الزاهدي قال في شرح مختصر القدوري قد اشتبه علي في هذه المسائل كلها ان الظرف في هذه المسائل هل هو معين مشار اليه ام يستوي المعين والمنكر في ذلك الى ان ظفرت لرواية بحمد الله تعالى ومنه انه يستوي فيه المعرف والمنكر ويرجع في بيان المنكر اليه وهو ما قال في المحيط ولو قال غصبتك ثوبا في منديل فهو اقرار بغصب الثوب والمنديل ويرجع في البيان اليه ولو قال درهمي في درهم او درهمي في طعام لم يلزمه الا درهم والاصل في هذه المسائل ان ما يحتوي ويحيط على ما يصلح ظرفا ويحمل ظرفا عادة اقتضى غصبهما والا فغصب الاول ودون غيره الى هنا كلامه ولو قال لفلان على خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف رح في تعليله لان الضرب لا يكثر المال يعني ان اثر الضرب في تكثير الاجزاء لا في تكثير المال وخمسة دراهم وزنا وان حمل الف جزء لا يزاد فيه وزن قيراط على ان حساب الضرب في الموزونات لا في الموزونات كذا قالوا ولان حرف في الظرف حقيقة والدراهم لا يكون ظرفا للدراهم واستعماله في غير الظرف مجاز والمجاز قد يكون بمعنى مع قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي مع عبادي وقد يكون بمعنى على كما في قوله تعالى ولاصلبنكم في جذوع النخل اي على جذوع النخل ويدل على هذا ولي الآخر فلزمه خمسة باول كلامه ولغا آخره كذا في المبسوط وغيره وقال الحسن يعني الحسن بن

يلزمه خمسة وعشرون وقد ذكرناه في الطلاق ولو قال لم يرد خمسة مع خمسة لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله ولو قال له علي من درهم الى عشرة او قال ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند ابي حنيفة رح فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط النهاية وقالا يلزمه العشرة كلما فيه دخل الغايتان وقال زفر رح يلزمه ثمانية ولا يدخل الغايتان ولو قال له من درهم ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط فله ما بينهما ولا شيء له من الحائطين شيء وقد مرت الدلائل في الطلاق

فصل

قال ومن قال لحمل فلانة على الف درهم فان قال اوصى له فلان او اوصت به فلانة او قال مات ابوه فورثه فله ما قال لانه اقر بسبب صالح لثبوت الملك له ثم اذا

صاحب ابي حنيفة رح يلزمه خمسة وعشرون لانه الحاصل من ضرب خمسة في خمسة عند اهل الحساب وقد مر جوابه ايضا قال المصنف رح وقد ذكرناه في الطلاق اي في باب ايقاع الطلاق من كتاب الطلاق فلم يذكر المصنف رح هذه المسئلة ثمة صريحا فافهم لك من الخلاف الواقع بيننا وبين زفر رح فيما لو قال انت طالق ثنتين في ثنتين ولو ولي الضرب والحساب فعند الكل يقع ثنتان وعنده يقع ثلث وانما ذكر مسئلة الاقرار صريحا في كتاب الطلاق في شروح الجامع الصغير كذا في غاية البيان فلو قال اردت خمسة مع خمسة اي لو قال المقر اردت بقولي خمسة في خمسة خمسة مع خمسة لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله قال الله تعالى فادخلي في عبادي قيل مع عبادي كذا في الكافي ولو قال غنيت خمسة وخمسة لزمه عشرة ايضا لانه استعمل في بمعنى واو العطف كذا في المبسوط وقد ذكر المصنف رح في باب ايقاع الطلاق انه لو نوى بقوله واحدة في ثنتين واحدة وثنتين فهي ثلث لانه يحتمله فان حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف وان نوى واحدة مع ثنتين يقع الثلث لان في يأتي بمعنى مع قال الله تعالى فادخلي في عبادي ولو نوى الظرف يقع واحدة لان الطلاق لا يصلح ظرفا فيلغو اذكر الثاني الى ههنا لفظه قال صاحب النهاية ولم يذكر في الكتاب ولا في المبسوط انه لو اراد به معنى على ما حكمه عند علمائنا وذكر في الذخيرة ان حكمه ايضا كذلك حتى لو قال لفلان علي عشرة في عشرة ثم قال عنيت به على عشرة او قال عنيت به الضرب لزمه عشرة عند علمائنا ولو قال له علي من درهم الى عشرة او قال ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند ابي حنيفة رح فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط النهاية وقالا لا يلزمه العشرة كلما فيه دخل الغايتان اي الابتداء والانتهاء وقال زفر رح يلزمه ثمانية ولا يدخل الغايتان قال في النهاية والقياس ما قاله زفر رح فانه جعل الدرهم الاول والآخر حدا ولا يدخل الحد في المحدود كمن قال لفلان من هذا الحائط الى هذا الحائط او ما بين هذين الحائطين لا يدخل الحائطان في الاقرار فكذلك ههنا لا يدخل الحدان وابو يوسف رح ومحمد رح قالا هو كذلك في حد قائم بنفسه كما في المحسوسات فاما فيما ليس بقائم بنفسه فلانه انما يتحقق كونه حدا اذا كان واجبا فاما فيما ليس بواجب فلا يتصور ان يكون حدا لما هو واجب وابو حنيفة رحمه الله يقول الاصل ما قاله زفر رح من ان الحد غير المحدود ولكن الفعل بنفسه حد ذكر او ان لم يكن واجبا الا ان الغاية الاولى لا بد من ادخالها لان الدرهم الثاني والثالث واجب ولا يتحقق الثاني بدون الاول لان الكلام يستدعي ابتداء فاذا اخرجنا الاول من ان يكون واجبا صار الثاني هو الابتداء فيخرج هو من ان يكون واجبا ثم الثالث والرابع وهكذا بعده فلاجل هذه الضرورة ادخلنا فيه الغاية الاولى ولا ضرورة في ادخال الغاية الثانية فاخذنا فيها بالقياس انتهى والحاصل ان ما قاله ابو حنيفة رح في الغاية الاولى استحسان ما قاله زفر رح فيها قياس كذا في مبسوط شيخ الاسلام خواهرزاده ولو قال لفلان من داري ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط فله اي للمقر له ما بينهما اي ما بين الحائطين وليس لمن الحائطين شيء اي لا يدخل الغايتان في هذه الصورة بالاتفاق قال المصنف رح وقد مرت الدلائل اي دلائل هذه المسائل في الطلاق اي في باب ايقاع الطلاق من كتاب الطلاق فمن شاء الاطلاع عليها فليراجعه

فصل

فصل لما كانت مسائل الحمل مغايرة لغيرها صورة ومعنى ذكرها في فصل على حدة والحق بها مسئلة الخيار اتباعا للمبسوط كذا في الشروح ومن قال لحمل فلان على الف درهم فهو لا يخلو عن ثلثة اوجه لانه اما ان يبين سببا او لا يبين سببا فاما ان يكون ذلك السبب صالحا او غير صالح فان كان صالحا وهو الذي ذكره بقوله فان قال اوصى بها اي بالالف له اي للحمل وهو الجنين فلان او قال مات ابوه اي ابو الحمل فورثه اي ورث الحمل الالف خميرة الالف او لا باعتبار الدرهم وذكره ثانيا لكون الالف مذكرا في الاصل قال في القاموس الالف من العدد مذكر ولو انث باعتبار الدراهم جاز انتهى فالاقرار في هذا الوجه صحيح لانه اقر بسبب صالح لثبوت الملك له اي للحمل يعني انه بين سببا صالحا لثبوت الملك للحمل فلو عاينا ه حكمنا بوجوب المال عليه كذلك اذا ثبت باقراره وهذا لان الاقرار صدر من اهله مضافا الى محله ولم يتيقن بكذبه فاقراره وكان صحيحا كما لو اقر به بعد الانفصال لان الجنين اهل لان يستحق المال بالارث او الوصية ثم اذا وجد السبب فلا بد من

في الفاظ القنية استحسان

صح

فان جاءت به حيا في مدة يعلم انه كان قائما وقت الاقرار لزمه وان جاءت به ميتا فالمال للموصى والمورث حتى نقسمه بين ورثته كما لو اقر في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما

وجود المقر له عند وفان جاءت اى فلانة به اى بالولد في مدة يعلم بها انه اى الولد كان قائما اى موجودا وقت الاقرار لزمه اى لزم المقر ما اقر به والعلم بان الولد كان موجودا وقت الاقرار بطريقين احدهما حقيقي والآخر حكمي فالحقيقي ما اذا وضعته لاقل من ستة اشهر والحكمي ما اذا وضعته لاكثر من ستة اشهر الى سنتين وكانت المراة معتدة اذ حينئذ يحكم بثبوت النسب فيكون ذلك حكما بوجوده في البطن واما اذا لم يكن معتدة وجاءت به لاكثر من ستة اشهر فلا يستحق شيئا كذا قالوا ثم ان الشراح افترقوا ههنا في تعيين اول مدة يعلم بها ان الولد كان موجودا وقتئذ فمنهم من ذهب الى انه من وقت الاقرار حيث قال بان ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار كما قال صدر الشريعة ايضا في شرح الوقاية ومنهم من ذهب الى انه من وقت موت الموصى او المورث حيث قال بان وضعته لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار كما قاله صاحب الكافي وذكر في المبسوط ايضا اقول القول الاول وان كان اوفق بالشروح في الظاهر حيث ذكر فيه كون الولد قائما وقت الاقرار الا ان القول الثاني هو الموافق للتحقيق وهو ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق لا انشاء الحق ابتداء كما تقرر في صدر كتاب الاقرار وان مقتضى ذلك ان تقرر وجود المقر له عند تحقق سبب الملك لا عند مجرد الاقرار وسبب الملك فيما نحن فيه انما تحقق وقت موت الموصى او المورث فلا بد ان يعتبر اول مدة يعلم بها وجود الحمل من وقت موت الموصى او المورث ليتقرر وجوده عند تحقق سبب الملك فانه اذا جاءت بالولد في مدة اقل من ستة اشهر من وقت الاقرار واكثر من سنتين من وقت الموصى او المورث في غير المعتدة فالظاهر انه لا يلزم المقر له شئ اما اذا جاءت لاكثر من سنتين من وقت موت الموصى او المورث فلا نه يتعين حينئذ ان الجنين لم يكن موجودا عند تحقق سبب الملك فلم يكن اهلا لاستحقاق المال والا لفسد كونه موجودا عند مجرد الاقرار لان الاقرار اخبار عن ثبوت الملك بسبب سابق لا انشاء الملك في الحال واما اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر الى سنتين من وقت موت الموصى او المورث في غير المعتدة فلا نه لا يتعين حينئذ كون الجنين موجودا عند تحقق سبب الملك بل يبقى على مجرد الاحتمال ولا يثبت الحكم بالشك فلا يلزم المقر له شئ وان كان موجودا وقت الاقرار كما اذا بين سببا غير صالح على ما سياتي لكن بقي ههنا شئ على القول الثاني ايضا وهو انه اذا حصل العلم بوجود الجنين بالطريق الحكمي لا الحقيقي وذلك بان وضعته لاكثر من ستة اشهر الى سنتين وكانت معتدة فالواجب حكما ثبوت النسب فيكون ذلك حكما بوجوده في البطن حين موت المورث او الموصى ولا يخفى ان الحكم بثبوت النسب انما يكون فيما اذا ولدت لاقل من سنتين من وقت الفراق وهو لا يقتضي الحكم بوجوده في البطن حين موت المورث او الموصى لجواز ان يكون وقت موت المورث او الموصى اكثر من سنتين ووقت الفراق اقل منهما فان قيل اعتبر اول المدة في الطريق الحقيقي على القول الثاني من وقت موت المورث او الموصى ففي الطريق الحكمي ايضا كذلك فلا يتصور حينئذ ان يكون وقت موت المورث او الموصى اكثر من سنتين والا لما يكون طريقا لاعلم بذلك اصلا قلنا فعلى ذلك لا يثبت الحكم بثبوت النسب اصلا حتى يكون ذلك حكما بوجوده في البطن حين موت المورث او الموصى لجواز ان يكون وقت موت الموصى اقل من سنتين ووقت الفراق اكثر منهما فلا يصح الحكم حينئذ بثبوت النسب فليتامل وان جاءت به اى ان جاءت فلانة بالولد ميتا فالمال للموصى فيما اذا قال اوصى به لفلان والمورث فيما اذا قال مات ابوه فورثته حتى يقسم بين ورثته اى ليقسم المال بين ورثة كل واحد من الموصى والمورث لانه اى لان ما قاله اقرار في الحقيقة لهما اى للموصى والمورث وانما ينتقل منهما الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل اليه ههنا لانه مات قبل الولادة ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما نصفين ان كانا ذكرين او انثيين وان كان احدهما ذكرا والآخر انثى ففي الوصية كذلك وفي الميراث يكون بينهما للذكر مثل حظ الانثيين كذا في الشروح قال بعض الفضلاء هذا اذا لم يكونا من اولاد ام الميت للصر حوا ان

لاكثر من ستين بثبوت

لاكثر من سنتين

ولو قال المقر باعيني او اقرضني لم يلزمه شئ لانه بين سببا مستحيلا قال فان اجملا الاقرار لم يصر عند ابي يوسف رح
وقال محمد رح يصح ان الاقرار من الحجر فيجب اعماله وقد امكن بالحمل على السبب الصالح ولابي يوسف رح ان الاقرار مطلقه
ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا احمل اقرار العبد الماذون واحد المتفاوضين عليه فيصير كما اذا صرح به

وكورهم وانما شهر في الاستحقاق وبقيته سواء واقول الاحاجة الى هذا التقييد بالنظر الى وضع المسئلة وهو ان قال المقر ابوه فورثته فلهذا لم يتعرض له شارح الكتاب
وصاحب الكافي وغيرهم واما بالنظر الى مطلق الارث فلا بد من التقييد وان كان السبب غير صالح وهو الذي ذكر بقوله ولو قال المقر باعني او اقرضني اي باعيني
الحمل واقرضني لم يلزمه شئ لانه بين سببا مستحيلا اي لان المقر بين سببا مستحيلا في العادة اذ لا يتصور البيع والاقراض من الجنين لا حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه لا ولاية
لاحد على الجنين حتى يكون تصرفه بمنزلة تصرف الجنين فيصير مضافا اليه بهذا الوجه واذا كان ما بينه من السبب مستحيلا صار كلامه لغوا فلم يلزمه شئ فان قيل فهذا يكون
رجوعا عن الاقرار والرجوع عن الاقرار لا يصح وان كان موصولا قلنا ليس كذلك بل هو بيان سبب محتمل وقد شبهته على الجاهل فرظن ان الجنين اثبت عليه الولاية
كالمنفصل فبينا له شبهته بذلك المال للجنين بناء على ظنه وبين سببه ثم يعلم ان ذلك السبب كان باطلا فكان كلامه هذا بيانا لا رجوعا فلهذا كان مقبولا سنذكره في
المبسوط واكثر الشروح قال في العناية اجيب بانه ليس برجوع بل ظهر كذبه بتبين كما لو قال قطعت يد فلان عمدا او خطأ او يد فلان صحيحة انتهى اقول فيه بحث لانه ان
ظهر كذبه فانما ظهر في بيان ذلك السبب لغير الصالح لا في اصل اقراره وهذا لا ينافي كون بيان السبب بذلك الوجه رجوعا عن اصل اقراره الواقع في اول كلامه لجواز ان
يكون صادقا في اصل اقراره بان يكون له سبب صالح في نفس الامر ولكن قصد الرجوع فبين سببا مستحيلا بخلاف قوله قطعت يد فلان وهي صحيحة فانه كاذب هناك
في اصل اقراره بيقين فالظاهر في الجواب ما ذكر في المبسوط وغيره فان قلت كما ان البيع والاقراض لا يتصور ان من الجنين كذلك لا يتصور ان من الرضيع وح ذلك
لو اقر فان عليه الف درهم لهذا الصبي الرضيع بسبب البيع والاقراض والاجارة فانه صحيح يواخذ به قلت الرضيع وان كان لا يتجر بنفسه لكنه من اهل ان يستحق الدين
بهذا السبب تجارة وليه بذلك لاقراض وان كان لا يتصور منه لكنه يتصور من نائبه وهو القاضي او الاب باذن القاضي وان تصور ذلك من نائبه جاز من المقر
اضافة الاقرار اليه لان فعل النائب قد يضاف الى المنوب عنه كذا في النهاية وغيرها وان لم يبين سببا اصلا وهو المراد بقوله وان لم يبهم الاقرار لم يصح الا الاقرار عند
ابي يوسف وقبل ابو حنيفة رح معه وقبل الشافعي في قول وقال محمد رح يصح به قال الشافعي رح وهو الاصح ومالك واحمد رح لان الاقرار من الحجج الشرعية فيجب اعماله فيما امكن من ذلك اذ اسند من
اهله مضافا الى محله وقد امكن اعماله ههنا فلا نزاع في صدوره عن اهله لانه هو المفروض وامكن اضافته الى محله بالحمل على السبب الصالح وهو الميراث او الوصية
تحريا للجواز وتصحيحا لكلام العاقل كالعبد الماذون له اذا اقر بدين فان اقراره وان احتمل الفساد بكونه صداقا او دين كفالة والجواز بكونه من التجارة كان تصحيحا لكلام
العاقل ولابي يوسف رح ان الاقرار مطلقه اي مطلق الاقرار ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا احمل اقرار العبد الماذون له واحد المتفاوضين في الشركة عليه
اي على الاقرار بسبب التجارة ولم يحمل على الاقرار بغير سبب التجارة كدين المهر وارش الجناية حتى لو اخذ به العبد الماذون في حال رقه والشريك الآخر في الحال وفي
الاقرار بدين المهر وارش الجناية لا يواخذ العبد الماذون في حال رقه ولا الشريك الآخر ابدا كذا في المبسوط فيصير اي فيصير المقر فيما اذا ابهم بدلالة العرف كما اذا
صرح به اي بسبب التجارة ولو صرح به كان فاسدا فكذا اذا ابهم قال في النهاية ولابي يوسف رح وجهان احدهما ما ذكر في الكتاب الثاني ما ذكره في الذخيرة فقال
ان هذا اقرار صدر من اهله لاضافه وقد احتمل الجواز والفساد كما قال محمد الا ان حمله على الجواز متعذر لان الجواز له وجهان الوصية والميراث والجمع بينهما متعذر وليس
احدهما بان يعتبر سببا اولى من الآخر فتعذر الحمل على الجواز فيحكم بالفساد ونظير هذا ما قالوا فيمن اشترى عبدا بالف درهم فقبضه المشتري قبل نقد الثمن ثم مات عنده
مع عبد آخر له من البائع بالف وقيمتهما على السواء كان البيع في الذي اشتراه من البائع فاسدا وان احتمل الجواز لان للجواز وجهين
بان يعتبر قيمة الميت مثل الثمن او اكثر والجمع بينهما متعذر وليس احدهما باولى من الآخر فتعذر الحمل على الجواز فحكم بالفساد ولهذا بخلاف
العبد الماذون اذا اقر حيث يجوز لان للجواز جهة واحدة وهي التجارة والفساد جهات وهذا بخلاف ما لو بين سببا يستقيم به وجوب المال

قال من اقر بجارية وحمل جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم اقراره ولزمه لان له وجها صحيحا وهو الوصية به من جهة غيره فيحمل عليه

تعيين وصية اومية اذا كان الاقرار صحيحا لان جهة الجواز متعينة وهي ما صح به فكان محكوما بالجواز انتهى كلامها قول الوجه الذي ذكر في الذخيرة منظور فيه اما اولا فلانا لانسلم ان كون كل واحد من الوصية والميراث وجها صالحا لجواز الاقرار للحمل مع تعذر الجمع بينهما وعدم تعين احدهما في صورة ابهام الاقرار لا تقتضي تعذر الحمل على الجواز فيلزم الحكم بالفساد لم لا يكتفي في صحة الحمل على الجواز بصلاحية وجه من الوجهين المذكورين للجواز وان لم يتعين خصوصية واحد منهما الا يرى ان جهالة نفس المقر به لا يمنع صحة الاقرار بالاتفاق فكيف يمنعها جهالة سبب المقر به غاية الامر ان يلزم المقر بيان خصوصية وجه من ذينك الوجهين كما يلزمه من بيان خصوصية المقر به المجهول فمن اين يلزم الحكم بالفساد وثانيا فلان ذلك لا يسلم منقوضا بما اذا قال الرجل لك على الف درهم ولم يبين سببه فان هذا اقرار بالدين صحيح بلا خلاف مع انه يحتمل الجواز وهو ظاهر والفساد بان يكون بسبب ثمن خمر او خنزير او ميتة او دم ولا شك ان جواز الدين اسبابا كثيرة متعذرة الاجتماع ليس احدها اولى من الآخر وثالثا فلان التنظير المذكور فيه ليس بتمام لان الجهالة في مسئلة بيع العبد المشتري مع عبد آخر من البائع ليست في السبب بل في قدر ثمن العبد الذي اشتراه من البائع فانه لما جاز بيعه بوجهين بان يصرف اليه مثل الثمن الاول وبان يصرف اليه اكثر من الثمن الاول ولم يتعين احد ذينك الوجهين بخصوصيته وقعت الجهالة في ثمنه وجهالة الثمن في البيع مفسدة بلا كلام بخلاف جهالة السبب في الاقرار كما تحققته على ان تعليل فساد البيع في تلك المسئلة بما ذكر ليس بتام ايضا لانه يستقيم بيع عبد آخر له فان لجواز بيعه ايضا وجهين بان يصرف اليه ما بقي من مثل الثمن الاول للعبد المشتري من البائع او ما بقي من اكثر منه فانه اذا صرف الى احدهما شيء من الثمن المسمى فيما يكون الباقي منه مصروفا الى الآخر ضرورة فتعدد وجه الجواز في احدهما يقتضي تعدد وجه الجواز في الآخر ايضا مع ان بيع عبد آخر له في المسئلة المذكورة ليس بفاسد اجماعا وينتقض ايضا بصحة بيع العبدين جميعا فيما اذا باع العبد المشتري بالف بعد نقد الثمن مع عبد آخر له من البائع بالف وخمسمائة فان التعليل المذكور يجري في هذه الصورة ايضا بعينه بل مع زيادة لانه يجوز ان يصرف الى العبد المشتري من البائع في هذه الصورة اقل من الثمن الاول بخلاف الصورة الاولى فازداد في هذه الصورة وجه آخر للجواز مع تخلف الحكم المذكور فيها ويمكن تعليل فساد بيع العبد المشتري من البائع في الصورة الاولى بوجه آخر لا يرد عليه شيء من ما ورد على النقض فتامل وراجع محلها قال اي القدوري في مختصره ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه اي لزم المقر ما اقر به لان اقراره اي لاقراره وجها صحيحا وهو الوصية به اي بالحمل من جهة غيره اي غير المقر بان اوصى بالحمل مالك الجارية او مالك الشاة لرجل مات فاقر وارثه وهو عالم بالوصية مورثه بان هذا الحمل لفلان فاذا صح ذلك لوجه وجب الحمل عليه وهو المراد بقوله فحمل عليه قال الشراح ولا وجه للميراث في هذه الصورة لان من ادعى ميراثا في الحمل له ميراث في الحامل اقول ليس الامر كذلك فان الفقهاء صرحوا بان من اوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء وسيأتي المسئلة بعينها في كتاب الوصايا من هذا الكتاب فحينئذ يجوز ان يوصي مالك الحامل بالحامل لرجل ويستثني حملها ويموت فاذن يصير الحامل للموصى له والحمل لوارث الميت فاذا اقر الموصى له بعد قبض الحامل باستحقاقه اياه بان حمل هذه الحامل لوارث الميت المقر لو صح اقراره وكان له وجه صحيح وهو الميراث فلا وجه لقولهم لا وجه للميراث في هذه الصورة ولا لتعليلهم اياه بان من له ميراث في الحمل له ميراث في الحامل تامل جدا فان ما ذكرته وجه حسن دقيق لم تنبه له الجمهور فتامل اقول الشكيل بهذه المسئلة الوجه الذي ذكر في الكتاب وفي المبسوط من قبل ابي يوسف رحمه الله في المسئلة الاولى في صورة ابهام الاقرار وان مطلق الاقرار لم يصرف ههنا الى الاقرار بسبب التجارة بان يحمل من المقر له ونحو ذلك من سبب لغير الصالحة في حق الحمل بل صرف عندهم جميعا الى الاقرار بسبب صحيح غير سبب التجارة فلم تتم ما ذكر في ذلك لوجه من ان مطلق الاقرار لم يصرف الى الاقرار بسبب التجارة فيصير كما اذا صرح به فتدبر وقد رام جماعة من الشراح بيان الفرق لابي يوسف رح بين هذه المسئلة وبين المسئلة الاولى فقال صاحب النهاية والفرق لابي يوسف رح بين هذه المسئلة حيث جوز الاقرار بالحمل وبين المسئلة الاولى حيث لم يجوز الاقرار بالحمل اذا ابهم الاقرار ان ههنا طريق

قال ومن اقر بشرط الخيار بطل الشرط لان اخبار المفسح والاخبار لا يحتمله ولزمه المال لوجود الصيغة المرتبة ولم ينعدم بهذا الشرط الباطل

باب الاستثناء

وما في معناه قال ومن استثنى متصلا باقراره عن الاستثناء لزمه الباقي

التصحيح متعين وهو الوصية بخلاف الاولى فان طريق التصحيح غير متعين لان زوجها من الميراث الوصية والى ذلك اشار محمد رحمه في الاصل لابي يوسف وقال رايت لو ولدت غلاما وجارية كيف تقسم المال بينهما أثلاثا باعتبار الميراث ام نصفين باعتبار الوصية فنبه بالاشارة الى ان جواز الاقرار متعدد لاحتماله وجهين ارثا ووصية انتهى قال صاحب النهاية قد ذكرنا انفا انه اذا كانت جهة الجواز متعددة لا تحمل على الجواز لترجح جهات الجواز ولم تكن احدها في الحمل عليها باولى من الاخرى واما اذا تعينت جهة الجواز فيحمل عليها فيصح الاقرار به كما في هذه المسئلة فان مزاحمة الميراث الوصية في حق الحمل عليه غير صحيح لان الوارث اذا كان له نصيب في الحمل كان له نصيب ايضا في الام شيوع حقه في جميع التركة واما الوصية يحمل جارية الحمل شاة لا تكون وصية بالام فتعينت الوصية جهة الجواز فيجوز وهذا هو الفرق لابي يوسف رح في صحة اقراره مطلقا يحمل جارية لانسان وعدم صحة اقراره مطلقا للحمل بما ذكرنا ان هناك لصحة اقراره مطلقا جهتين الميراث والوصية وليس احدهما اولى من الاخرى فيتقيد على البطلان انتهى وهكذا ذكر الفرق صاحب الكفاية ايضا اقول مدار ما ذكروه من الفرق على حرفين احدهما ان تعدد جهة الجواز ينافي الحمل على الجواز وثانيهما ان جهة الجواز في هذه المسئلة منحصرة في الوصية وقد عرفت ما في كل واحد فيهما بما ذكرناه في المقامين فيما مر انفا قال اي القدوري في مختصره ومن اقر بشرط الخيار بطل الشرط يعني ومن اقر لرجل بشيء على انه بالخيار في اقراره ثلثة ايام صح الاقرار وبطل الشرط اما بطلان الشرط وهو الاهم بالبيان فلما ذكره المصنف بقوله لان الخيار للفسخ اي لاجل الفسخ والاخبار لا يحتمله اي لا يحتمل الفسخ يعني ان الاقرار اخبار والاخبار لا يحتمل الفسخ لان الخبر ان كان صادقا فهو واجب العمل به اختاره او لم يختره وان كان كاذبا فهو واجب الرد لا يتغير باختياره وعدم اختياره وانما تاثير اشتراط الخيار في العقود ليتغير به صفة العقد ويتخير به من له الخيار بين فسخه وامضائه واما صحة الاقرار التي حكمها لزوم المقر به كما اشار اليه بقوله وازمه المال اي لزم المقر المال الذي اقر به فلما ذكره بقوله لوجود الصيغة المنتجزة وهي قوله علي ونحو ذلك ولم ينعدم اي اللزوم وقيل اي الاخبار بهذا الشرط الباطل يعني شرط الخيار اذ لا تاثير للباطل ولان الخيار في معنى التعليق بالشرط فيما دخل عليه وهو حكم العقد والاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط فكذلك لا يحتمل اشتراط الخيار لان التعليق يدخل على اصل السبب فيمنع كون الكلام اقرارا والخيار يدخل على حكم السبب فاذا انتفى حكم الاقرار وهو اللزوم لم يمنع التعليق بالشرط يمنع وقوع الطلاق واشتراط الخيار لا يمنعه كذا في المبسوط وغيره قال في المحيط البرهاني هذا اذا اقر بالمال مطلقا ولم يبين السبب فاما اذا بين السبب بان قال لفلان علي الف درهم من قرض او غصب بعينه او مستهلك او وديعة بعينها او مستهلكة علي اني بالخيار فالخيار باطل والمال لازم لانه وان بين السبب لا اثر لاشتراط الخيار فيما بين من السبب لانه لا يصح لان سبب الوجوب ان كان مستهلكا فالاستهلاك بحقيقته لا يحتمل الفسخ فلا يصح اشتراط الخيار فيه وان كان قرضا او غصبا بعينه او وديعة بعينها فكذلك لا يصح اشتراط الخيار فيه وان كان قابلا للفسخ بالرد لان حق الفسخ للمقر ثابت من غير خيار بان يرد ما قبض فينفسخ القرض والغصب فلا يكون في اشتراط الخيار فائدة ولو قال لفلان علي الف درهم من ثمن مبيع على ان المقر بالخيار لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في الاصل وفي جانب المقر انما ذكره في جانب المقر له ولا شك ان المقر له اذا لم يصدق المقر في الخيار لا يثبت له الخيار لانه في الحاصل يدعي شراء بشرط الخيار وقد انكر البائع الخيار ولا شك انه لا يثبت متى صدقه المقر له في ذلك لان هذا اشتراط الخيار في سبب الوجوب هو الشري واشتراط الخيار في الشري يستقيم بخلاف ما اذا ذكر المال مطلقا ولم يبين السبب لان هناك الخيار مشروط في الاقرار واشتراط الخيار في الاقرار لا يستقيم فان كذبه المقر له في الخيار فاراد هو ان يقيم بينة على الخيار لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في الاصل قالوا ويجب ان لا تسمع بينته لان البينة انما تسمع اذا ترتب على دعوى صحيحة ودعوى الخيار من المقر هنا لم تصح لمكان المناقضة الى هنا لفظ المحيط

باب الاستثناء وما في معناه لما ذكر موجب الاقرار بلا مغير شرع في بيان مغير مع المغير وهو الاستثناء وما في معناه في كونه مغيرا كالشرط وغيره لان الاصل عدم التغير قال اي القدوري في مختصره ومن استثنى متصلا باقراره اي موصولا باقراره لا مفصولا عنه صح الاستثناء ولزمه الباقي اي لزم المقر الباقي

لان الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي ولكن لابد من الاتصال سواء استثنى الاقل او الاكثر فان استثنى الجميع لزمه الاقرار فيبطل الاستثناء لانه يتكلم بالحاصل بعد الثنيا والحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعده فيكون رجوعا وقد مر الوجه في الطلاق

بعد الثنيا لان الاستثناء مع الجملة اي مع صدر الكلام عبارة عن الباقي فان معنى قوله على عشرة الا واحدا يعني على تسعة كما عرف في الاصول ولكن لابد من الاتصال لان الاستثناء بيان تغيير فيصح بشرط الوصل وهذا قول عامة العلماء ونقل عن ابن عباس رضي الله عنه جواز التاخير وقد عرف ذلك ايضا في الاصول وسواء استثنى الاقل اي الاقل من الباقي كما في قوله لفلان على الف الا اربعمائة او الاكثر منه كما في قوله لفلان على الف الا ستمائة يعني الا فصيل بين كون المستثنى هو الاقل او الاكثر وهو ايضا قول الاكثر وفي العناية وقال الفراء استثناء الاكثر لا يجوز لان العرب لم تتكلم به لك وفي معراج الدراية وقال الفراء لا يجوز استثناء الاكثر من الاقل عن احمد رح مثله انتهى وفي الكافي عن ابي يوسف رح وهو قول مالك والفراء انه لا يصح استثناء الاكثر انتهى ويوافقه ما ذكره شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه حيث قال مما اذا قال لفلان على الف الا ستمائة وخمسين درهما فان الاستثناء يصح ويكون عليه خمسون درهما وهذا عندنا وعند مالك والفراء وهو قول ابي يوسف رح على ما روي عنه في غير رواية الاصول لا يصح الاستثناء ويلزمه الالف لان المستثنى اكثر من المستثنى منه انتهى قال جماعة من الشراح والدليل على جواز ذلك عندنا قوله تعالى قم الليل الا قليلا نصفه او انقص منه قليلا او زد عليه اقول في كون هذه الآية الكريمة دليلا على جواز استثناء الاكثر نظر لان صاحب الكشاف قال في تفسير النصف بدل من الليل والا قليلا استثناء من النصف كانه قال قم اقل من نصف الليل ثم قال ان شئت جعلت نصفه بدلا من قليلا فعلى كلا الوجهين لم يتناول الاستثناء المذكور من قبيل استثناء الاكثر اما على الوجه الاول فلان المستثنى لا يكون حينئذ قدرا معينا مخصوصا حتى يحكم بانه اكثر من الباقي لعدم تعينه حينئذ بانه اقل من النصف لكن يجوز ان يكون في تلك اقل من الباقي ايضا واما على الوجه الثاني فلان المستثنى يكون حينئذ هو النصف لا الاكثر والمدعى جواز استثناء الاكثر فالاولى في الاستدلال عليه ما ذكره في كثير من الشروح وهو ان طريق صحة الاستثناء بان يجعل عبارة عما وراء المستثنى ولا فرق في ذلك بين استثناء الاقل من الاكثر وعدم تكلم العرب به لا يمنع صحته اذا كان موافقا لطريقهم الا يرى ان استثناء الكسور لم تتكلم به العرب وكان صحيحا ويوافقه ما ذكره صاحب البدائع حيث قال واما استثناء الكثير من القليل بان قال لفلان على عشرة دراهم الا تسعة فجائز في ظاهر الرواية ويلزمه درهم الا ما روي عن ابي يوسف رح انه لا يصح وعليه العشرة والصحيح جواب ظاهر الرواية لان المنقول عن ائمة اللغة ان الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا وهذا المعنى كما يوجد في استثناء القليل من الكثير يوجد في استثناء الكثير من القليل الا ان هذا النوع من الاستثناء غير مستحسن عند اهل اللغة لانهم انما وضعوا الاستثناء لحاجتهم الى استدراك الغلط ومثل هذا الغلط يندر وقوعه غاية الندرة فلا حاجة الى استدراكه لكنه يحتمل الوقوع في الجملة فيصح انتهى كلامه ثم ان لجواز استثناء الاكثر دليلا آخر قويا ذكره ابن الحاجب في مختصره من اصول الفقه وهو قوله تعالى ان عبادي ليس لك عليهم سلطان لا من اتبعك من الغاوين فان الغاوين اكثر بدليل قوله تعالى وما اكثر الناس ولو حرصت بمومنين فان استثنى الجميع اي الكل بان قال لفلان على الف درهم الا الف درهم لزمه الاقرار اي لزم المقر جميع ما اقر به وبطل الاستثناء اي بطل ما ذكره في صورة الاستثناء لانه اي لان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا اي بالباقي بعد الثنيا ولا حاصل بعده اي وما لا باقي بعده استثناء بالجميع فلم يتحقق معنى الاستثناء فيكون رجوعا اي فيكون ما ذكره في صورة الاستثناء رجوعا عن الاقرار لا معارضة لان الاستثناء حقيقيا والرجوع عن الاقرار في حقوق العباد باطل مع ان كان موصولا لانه انما يصح موصولا فما يكون فيه معنى البيان لا وكلامه الابطال ليس من البيان في شئ كذا في المبسوط وغيره قال في غاية البيان وكذلك اذا استثنى اكثر من الالف لانه لما لم يجز استثناء الالف من الالف فلان لا يجوز استثناء الالف وزيادة اولى قال المصنف رح وقد مر الوجه في الطلاق اي في فصل الاستثناء في كتاب الطلاق اعلم ان هذا الذي ذكره فيما اذا كان المستثنى من جنس لفظ المستثنى منه واما اذا كان المستثنى من خلاف جنس لفظ المستثنى منه صح الاستثناء وان اتى على جميع المستثنى منه نحو ان يقول نسائي طوالق الا هولاء وليس له نساء الا هولاء صح الاستثناء ولم تطلق واحدة منهن ولو قال نسائي طوالق الا نسائي لم يصح الاستثناء وطلقن كلهن وكذا لو قال عبيدي احرار الا عبيدي لم يصح الاستثناء وعتقوا

ولو قال لفلان علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار او القفيز وهذا عند ابي حنيفة رح
وابي يوسف رح ولو قال له علي مائة درهم الا ثوبا لم يصح الاستثناء وقال محمد رح يصح فيهما وقال الشافعي رح
يصح فيهما لان الاستثناء والولاء لدخل تحت اللفظ وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس والشافعي رح انهما اتحدا جنسا من حيث المالية

كلهم ولو قال عبيدي احرار الا هؤلاء وليس له عبيد غيرهم ولا دين لم يعتق واحد منهم وكذلك لو قال اوصيت بثلث مالي الا الف درهم وماله ثلث ماله الف درهم صح الاستثناء
وبطلت الوصية ولو قال اوصيت بثلث مالي الا ثلث مالي كان للموصى له ثلث ماله ولا يصح الاستثناء وكذا في شرح الطحاوي ولقد افصح المصنف رح عن هذا
في الباب الاول من ايمان الزيادات حيث قال استثناء الكل من الكل عندنا لا يصح الا اذا كان الاستثناء بعين فيكون لكل للفظ اما اذا كان لغير ذلك اللفظ فيصح كما قال نسائي طوالق
الا نسائي لا يصح الاستثناء ولو قال عمرة وزينب وسعادي اتى على الكل صح انتهى وقال صاحب النهاية بعد نقل ذلك ههنا وهذا الفقه وهو الاستثناء تصرف لغوي فيقتضي
على صحة اللفظ لا على صحة الحكم الا ترى انه اذا قال لامرأته انت طالق ست طلقات الا اربعا يصح الاستثناء حتى يقع تطليقتان وان كانت الست لا تصح لما من حيث الحكم
لان الطلاق لا تحتمله على الثلث ومع هذا لا يجعل كانه قال انت طالق ثلثا الا اربعا لما ذكرنا ان صحة الاستثناء تتبع صحة اللفظ دون الحكم وتحقيقه هو ان الاستثناء متى وقع
بغير اللفظ الاول فهو يصلح لاخراج بعض ما تناوله صدر الكلام او لتكلم بالباقي بعد الثنيا لانه انحصار كلا ضرورة عدم ملكه فيما سواه لا لامر يرجع الى ذات اللفظ او مقصود
ان يدخل في ملكه غير بنده بجواري او العبيد واذا كان كذلك صح الاستثناء بخلاف ما اذا وقع الاستثناء بعين لكل للفظ لانه لا يصلح لاخراج بعض ما تناوله ولا لتكلم
بالباقي بعد الثنيا فلم يصح الاستثناء انتهى كلامه فقفى اثره صاحب الكفاية في بيان الفقه والتحقيق بعين تحريره وصاحب العناية ايضا ولكن بتغير اسلوب تحريره
اقول التحقيق الذي ذكره مما لا يساعده لفظ المصنف في الزيادات لان قولهم ان الاستثناء متى وقع بغير اللفظ الاول فهو يصلح لاخراج بعض ما تناوله صدر الكلام
او لتكلم بالباقي بعد الثنيا انما يتمشى حينما يكون غير اللفظ الاول اخص من اللفظ الاول بحسب المفهوم واما عند كونه مساويا له بحسب المفهوم كما لو قال نسائي الا
كذا الا طالبي والا ازواجي او كونه اعم منه بحسبهما كما لو قال هؤلاء طوالق الا نسائي فلا يتمشى ذلك قطعا وقول المصنف رح في الزيادات اما اذا كان بغير ذلك اللفظ فيصح
يتناول ما كان مساويا له وما كان اعم منه ايضا لان كل واحد منهما غير ذلك اللفظ لا عينه فيقتضي ان يصح الاستثناء فيهما ايضا وليس الامر كذلك كما صرحوا به
قال في التوضيح بعد ان قال الاستثناء المستغرق باطل واصحابنا قيدوه بلفظة او بما يساويه نحو عبيدي احرار الا عبيدي او الا مماليكي لكن ان استثنى بلفظ يكون
اخص منه في المفهوم لكن في الوجود يساويه يصح نحو عبيدي احرار الا هؤلاء لا عبيد له سواهم انتهى وقال بعض الافاضل في اصوله بعد ان قال الاستثناء المستغرق
باطل بالاتفاق وقال مشائخنا هذا اذا كان بلفظة نحو نسائي طوالق الا نسائي او بما يساويه نحو نسائي طوالق الا طالبي او باعم منه وان استثنى بلفظ يكون اخص منه
في المفهوم يصح وان كان يساويه في الوجود نحو نسائي طوالق الا زينب وهند وبكره وعمرو او الا هؤلاء لا نساء له سواهن حتى لا يطلق واحدة منهن انتهى كلامه فقد ذكرنا فيما مر نقلا عن غاية البيان
عدم صحة الاستثناء فيما اذا كان المستثنى اكثر من المستثنى منه اي اعم منه ولو قال له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار او القفيز هذا لفظ القدوري
في مختصره يعني يصح الاستثناء ويطرح من المائة قيمة الدينار او قيمة قفيز الحنطة قال المصنف وهذا اي الحكم المذكور عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح يصح استحسانا ولو قال
له على مائة اي مائة درهم الا ثوبا لم يصح الاستثناء قياسا واستحسانا باتفاق اصحابنا وقال محمد رح لا يصح فيهما اي في الوجهين وهو القياس وبه قال زفر رح واحمد رح
وقال الشافعي رح يصح فيهما اي في الوجهين وبه قال مالك رح لمحمد رح ان الاستثناء والولاء لدخل تحت اللفظ يعني ان الاستثناء تصرف في اللفظ وهو اخراج بعض ما تناوله
صدر الكلام على معنى انه لولا الاستثناء لكان المستثنى داخلا تحت صدر الكلام وهذا المعنى لا تحقق في خلاف الجنس اي في استثناء خلاف الجنس واطلاق الاستثناء
على المنقطع بطريق المجاز والشافعي رح انهما اي المستثنى والمستثنى منه اتحدا جنسا من حيث المالية يعني ان الشرط اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المالية فانتفى المانع
بتحقق المقتضي وهو التصرف للفظ قال في الكافي والكلام مع الشافعي رح مبنا على الاختلاف في كيفية عمل الاستثناء فعنده الاستثناء يمنع الحكم بطريق المعارضة
اي انما امتنع ثبوت الحكم في المستثنى لدليل معارض كدليل الخصوص في العام فتقديره قوله لفلان علي عشرة الا درهما فانه ليس على عشرة الا درهما فانه ليس على فلان الا تسعة لزوم الدرهم للدليل المعارض

وهما ان المجانسة في الاول ثابتة من حيث الثمنية وهذا في الدينار ظاهر والمكيل والموزون اوصافهما اثمان

الاول كلامه لانه يصير بالاستثناء كانه لم يتكلم به لان اهل اللغة اطبقوا ان الاستثناء من النفي اثبات ومن الاثبات نفي وهذا اجماع منهم ان للاستثناء حكما تعارضت حكم الصدر ولان كلمة الشهادة كلمة توحيد بالاتفاق فلو لم يكن للاستثناء حكم لبقيا حكم الصدر كان مثبتا الشركة لا توحيدا فاذا ثبت هذا الاصل فقال العمل بالدليل المعارض واجب بحسب الامكان وقد امكن ههنا للمجانسة من حيث المالية وعندنا الاستثناء يمنع التكلم بحكمه بقدر المستثنى فيصير كالمتكلم بما وراء المستثنى ويخرج كلامه في المقدر المستثنى من ان يكون ايجابا بالقوة تعالى فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاما وامتناع ثبوت الحكم لقيام الدليل المعارض يكون في الايجاب لا في الاخبار وقد قال اهل اللغة قاطبة ان الاستثناء استخراج وتكلم بالباقي بعد الثنيا فيجمع بين القولين ونقول انه استخراج وتكلم بالباقي بوضعه واثبات ونفي باشارته واختير الاثبات في كلمة التوحيد والنفي قصدا لانه المقصود اذ الكفار يقرون به الا انهم يشركون معه غيره قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلق السموات والارض ليقولن الله فاذا ثبت هذا الاصل فيقول الخ وسلك صاحب النهاية هذا المسلك في حل هذا المقام الا انه قال في اثناء تقرير كلام الشافعي رح بعد قوله يجب العمل بالدليل المعارض بحسب الامكان فان كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض في العين فيمتنع العمل بقدره وان لم يكن من جنسه كان الدليل المعارض باعتبار القيمة فيمتنع ثبوت الحكم بقدر قيمة المستثنى وقد افتى اثره بعض من الشراح وقال صاحب العناية وكلام المصنف كما ترى يشير الى ان المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه شرط عند الشافعي رح ايضا وهو الحق وقرر الشارحون كلامه على انها ليست بشرط بناء على ان الاستثناء عنده يعارض الصدر وليس من شرطه المجانسة وليس بصحيح لانه يقول بالاخراج بعد الدخول بطريق المعارضة ونحن نقول بان الاستثناء لبيان ان الصدر لم يتناول المستثنى فهو احوج الى اثبات المجانسة لاجل الدخول هذا انتهى كلامه اقول لم يقل احد من الشارحين بان المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه ليست بشرط عند الشافعي رح سوى صاحب العناية فانه قال خلافا للشافعي رح لان الاستثناء كلام آخر تعارض الصدر بحكمه وليس من شرطه المجانسة الا ترى الى قوله ﷺ وبلدة ليس بها انيس الا اليعافير والاعيس فقد استغنى من خلاف الجنس انتهى واما ما قاله صاحب النهاية ومن تبعه من انه ان كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض في العين وان لم يكن من جنسه كان الدليل المعارض باعتبار القيمة فليس بدال على ذلك لان المراد بالجنس في قولهم ان كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض في العين ما هو جنس صورة ومعنى لا مطلق الجنس الشامل لما هو جنس معنى فقط والا لم يتم قولهم كان الدليل المعارض في العين كما لا يخفى على المتامل فكان المراد بالجنس في قولهم وان لم يكن من جنسه ما هو جنس صورة ومعنى ايضا فالمفهوم منه انتفاء المجانسة بهذا المعنى في بعض مواد الاستثناء وهذا لا ينافي كون المجانسة في الجملة شرطا عند الشافعي رح ايضا في جميع مواد الاستثناء كما بين الدرهم والثوب من حيث المالية فقول الشارح الاكمل قرر الشارحون كلامه على انها ليست بشرط ليس بتام ولهما اي لابي حنيفة رح وابي يوسف رح ان المجانسة في الاول اي في الوجه الاول وهو قوله له على مائة درهم الا دينارا والا قفيز حنطة ثابتة من حيث الثمنية يعني ان شرط الاستثناء المتصل المجانسة وهي في الوجه الاول ثابتة من حيث الثمنية دون الوجه الثاني وهو قوله على مائة درهم الا ثوبا قال في العناية وتحقيقه ان عدم تناول الدراهم غير بالفظ لا يتاب فيه احد وانما الكلام في تناولها اياه حكما فقلنا يتناول ما كان على اخص وصافها الذي هو الثمنية وهو الدنانير والمقدرات والعدد المتفاوت اما الدينار فظاهر يعني اما ثبوت المجانسة من حيث الثمنية في صورة استثناء الدينار في الوجه الاول فظاهر لان كلا من الدينار والدرهم من جنس الاثمان من حيث الذات بلا اشتباه والمكيل والموزون اوصافهما اثمان يعني واما ثبوت المجانسة من حيث الثمنية في صورة استثناء قفيز حنطة في الوجه الاول فلان المكيل والموزون اوصافهما اثمان توضيحه ان المكيلات والموزونات اثمان باوصافها وان لم تكن اثمانا من حيث الذات حتى لو غصبت في الاقدية تعلق العقد بعينها الا انها اذا وصفت ثبتت في الذمة حالا وموجلا ويجوز الاستقراض مما كانت في حكم الثبوت في الذمة كجنس احد معنى او ان كانت اجناسا صورة والاستثناء المتصل

الثوب فليس بثمن اصلا ولهذا لا يجب بمطلق العقد المعاوضة ويكون ثمنا صلح مقدرا بهم فصار بمنزلة مستثنى من الدراهم
ولا يكون ثمنا لا يصلح مقدرا فبقي المستثنى من الدراهم مجهولا فلا يصح قال ومن اقر لرجل وقال ان شاء الله
متصلا بالاقرار لم يلزمه شيء لان الاستثناء مشيئة الله تعالى اما البطل او التعليق فان كان الاول فقد
ابطل الركن الثاني فكذلك اما كان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط او لانه شرط لا يوقف عليه

ولتكلم بالباقي معنى لا صورة لانه تكلم بالباقي صورة كذا في الكافي والشروح اما الثوب في الوجه الثاني فليس بثمن اصلا اي لا ذاتا ولا وصفا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة
بل ثبت سلما او بوصف الكمال كالبيع بثياب موصوفة وحالا فلم يكن استثناؤه من الدراهم استخراجا صورة ولا معنى فكان باطلا وما يكون ثمنا صلح مقدرا بالكسر الدال على هيئة اسم الفاعل للدراهم اما داخل
تحت المستثنى من الدراهم بحصول المجانسة بينهما باشتراكهما في اخص الاوصاف فصار بقدره مستثنى من الدراهم تقديرا فصار تقدير الكلام له علي مائة الا قدر قيمة المستثنى وفي الذخيرة اذا صح الاستثناء بطريق
قدر قيمة المستثنى من المقر به اذا كانت قيمة المستثنى يستغرق ما اقر به لا يلزمه شيء وما لا يكون ثمنا لا يصلح مقدرا للدراهم لعدم المجانسة فبقي الاستثناء من الدراهم مجهولا وفي بعض النسخ فبقي المستثنى
من الدراهم مجهولا فلا يصح اي الاستثناء فعيه على البيان في لا يمنع به صحة الاقرار لما تقرران جهالة المقر به لا يمنع صحة الاقرار ولكن جهالة المستثنى يمنع صحة الاستثناء لان جهالة
المستثنى تورث جهالة في المستثنى منه فبقي المقر به مجهولا كذا في النهاية ومعراج الدراية قال في العناية ولقائل ان يقول لم لا يصلح ثمنا لا يصلح ان يكون مقدرا من
حيث اللفظ ومن حيث القيمة والاول مسلم ولم لا يكلم فيه والثاني ممنوع فان المقدرات تقدر الدراهم من حيث القيمة والجواب ان التقدير الاستثنائي يقتضي
حقيقة المجانسة ومعناه بما ذكرناه من حيث اخص الاوصاف استحسانا فلا بد من تقدير المجانس تحكم صيرورة الى القيمة وليس ذلك في غير المقدرات انتهى اقول بقي هنا
كلام آخر وهو انهم صرحوا بان ما يكون ثمنا بوصفه كالمكيل والموزون انما يكون ثمنا واجبا في الذمة بسبب الوصف كالحنطة الرديئة والحنطة الجيدة لا بسبب الذات
والعين حتى لو عين يتعلق العقد بعينه فيكون مبيعا مقابلته ولا يجب في الذمة ولو وصف ولم يعين صار حكمه حكم الدينار والدرهم فيجب في الذمة فالظاهر ان مثل
هذا انما يصلح ان يكون مقدرا للدراهم اذا كان موصوفا لا مطلقا وفي سلمنا هذه لم يوصف فغير خطة تبقى فلا يصلح ان يكون مقدرا للدراهم فيبقى المستثنى من
الدراهم مجهولا في هذا الوجه ايضا فينبغي ان لا يصح الاستثناء في قوله الا قفيز حنطة فليتامل في الجواب قال اي القدوري في مختصره ومن اقر بحق وقال ان شاء الله
متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار قال في الباب الاول من اقرار المبسوط لو قال غصبتك هذا العبد امس ان شاء الله تعالى او الدهم به شيء استحسانا وفي القياس الاستثناء
باطل لان ذكر الاستثناء بمنزلة ذكر الشرط وذلك انما يصح في الانشاءات دون الاخبارات ولكن استحسن لان الاستثناء يخرج الكلام من ان يكون عزيمة لا ان
يكون في معنى الشرط فان الله تعالى اخبر عن موسى عليه السلام حيث قال ستجدني ان شاء الله صابرا ولم يصر ولم يعاتب على ذلك والوعد من الانبياء كالعهد من
غيرهم فدل على ان الاستثناء يخرج الكلام من ان يكون عزيمة وقال صلى الله عليه وسلم من استثنى فله ثنياه والاقرار لا يكون ملزما الا بكلام هو عزيمة لكن بما ذكرنا يحصل
هذا الاستثناء اذا كان موصولا بالكلام لا اذا كان مفصولا عنه خان المفصول بمنزلة النسخ والتبديل والمقر لا يملك ذلك في اقراره فكذا لا يملك الاستثناء المفصول
وهذا بخلاف الرجوع عن الاقرار فانه لا يصح وان كان موصولا لان جوعه نفي لما اثبته فكان تناقضا منه والتناقض لا يصح مفصولا كان او موصولا اما هذا فبيان
في تغيير وبيان التغيير يصح موصولا لا مفصولا بمنزلة التعليق بالشرط انتهى ما في المبسوط قال المصنف رح في تعليل مسئلة الكتاب لان الاستثناء بمشيئة الله تعالى
كما هو مذهب ابي يوسف رح او تعليق كما هو مذهب محمد رح كذا ذكره الامام قاضيخان رح في طلاق الجامع الكبير واختاره بعض شراح هذا الكتاب وقبل الاختلاف على
العكس كما ذكر في طلاق الفتاوى الصغرى واختاره بعض آخر من شراح هذا الكتاب وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا قدم المشيئة فقال ان شاء الله انت طالق عند من
قال انه ابطال لمنع الطلاق وعند من قال انه تعليق يقع فانه اذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط فيقع وكيف ما كان لم يلزمه الاقرار
كما بينه المصنف رح بقوله فان كان الاول وهو الابطال فقد بطل وان كان الثاني وهو التعليق وكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط لان الاقرار اخبار
عما سبق والتعليق انما يكون بالنسبة الى المستقبل وبينهما منافاة ولانه اخبار متردد بين الصدق والكذب فان كان صدقا فالمعلق كذبا بفوات الشرط وان كان كذبا
لا يعتبر بوقوعه الشرط فلغا التعليق الشرط اولانه شرط لا يوقف عليه لان الاطلاع عليه فان وقوع مشيئة الله تعالى عما لا يكاد ان يطلع عليه احد والتعليق بما لا يوقف عليه

والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لانه لا يدخل فيه تبعا لفظا بخلاف ما اذا قال الا ثلثيها والا بيتا منها لانه داخل فيه لفظا ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء وكذا لو قال بناء من هذه الدار لي والعرصة لفلان دون البناء بخلاف ما اذا قال مكان العرصة لان هناك حيث يكون البناء للمقر له لان الاقرار بالارض اقرار بما في البناء وكذا الاقرار

مع البناء فان البناء وصف للدار فلا يدخل في حكمها الا بجامع فرق بين ما يتناوله اللفظ حكما وبين ما يتبع متناوله في الحكم فان الاول مدلول حكمي للفظ مقصود فيه اصالة فيكون استثناؤه تصرفا في الملفوظ اي في مدلول اللفظ حكما فيصح والثاني خارج عن مدلول اللفظ وضعا وحكما غير مقصود منه اصلا لكنه تابع لمدلوله في الحكم فاشتبه لهذا لا يكون استثناؤه تصرفا في الملفوظ فلا يصح قال المصنف رح والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار يعني لا يصح استثناء الفص في الاقرار بالخاتم ولا استثناء النخلة في الاقرار بالبستان كما لا يصح استثناء البناء في الاقرار بالدار لانه اي لان كل واحد من الفص النخلة يدخل فيه اي يدخل في المقصود تبعا لا لفظا والاستثناء تصرف في الملفوظ كما مر قال بعض العلماء قول المصنف رح ههنا ان الفص يدخل تبعا لا لفظا ثانيا في قوله فيما مر ان اسم الخاتم لشمول الكل اقول يمكن ان يقال ان مراده بقوله اسم الخاتم الكل في قوله السابق اعم من الشمول القصدي والتبعي ومراده بنفي دخول الفص في الخاتم لفظا في قوله الاتي نفي الدخول القصدي فلا منافاة بينهما قال في البدائع ولو اقر الانسان بدار واستثنى بناءها نفسه فالاستثناء باطل لان اسم الدار لا يتناول البناء لغة بل وضع دلالة على العرصة في اللغة وانما البناء فيها بمنزلة الصفة فلا يكون المستثنى من جنس المستثنى منه فلم يصح الاستثناء ويكون الدار مع البناء للمقر له لانه ان لم يكن له اسما فحكما لكنه يتناول هذه الاجزاء بطريق التضمن كما في قوله بخاتم لكن فيه فص بخاتم لكن فيه حلقة والفص لا لانه اسم عام بل هو اسم مسمى واحد وهو المركب من الحلقة والفص ولكنه يتناوله بطريق التضمن انتهى كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلان قوله لان اسم الدار لا يتناول البناء لغة بل وضع دلالة على العرصة مما لا يساعده كتب اللغة الا يرى الى ما قال في المغرب الدار اسم جامع للبناء والعرصة والى ما قال في القاموس الدار المحل بجميع البناء والعرصة واما ثانيا فلان قوله لان يتناول هذه الاجزاء بطريق التضمن يدل على ان البناء جزء من معنى اسم الدار وهذا مع كونه مخالفا لما قاله ولا من ان اسم الدار لا يتناول البناء لغة يقتضي صحة استثناء البناء نفسه للقطع بصحة استثناء الجزء من الكل كما لو قال له على عشرة الا واحدا يقال يجوز ان يكون مراده بالتضمن معنى التبعية الاخر فيؤول الى ما قاله المصنف رح وغيره ولا نا نقول مع ابا قوله هذه الاجزاء عن لكل التوجيه جدا يمنعه قوله في نظيره بمسئلة الاقرار بالخاتم بل هو اسم لمسمى واحد وهو المركب من الحلقة والفص ولكنه يتناوله بطريق التضمن فانه نص في دخول الفص كالحلقة بطريق الاصالة دون التبعية وهو خلاف ما صرح به الخصم وسائر الثقات بخلاف ما اذا قال الا ثلثيها اي اذا قال هذه الدار لفلان الا ثلثيها والا بيتا منها حيث يصح الاستثناء ويكون للمقر له ما عدا ثلث الدار وما عدا البيت لانه اي لان كل واحد من الثلث والبيت داخل فيها اي في الصدر الذي هو الدار لفظا ومقصودا حتى لو استحق البيت في بيع الدار سقط حصته من الثمن كذا قالوا اقول كون البيت داخلا في الدار لفظا ومقصودا مشكل على القول بان الدار اسم للعرصة كما ذكروه في كتاب الايمان واستدلوا به على ان من حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حيث لا يحنث اذ على القول بان يكون البيت داخلا في الدار لفظا ومقصودا يكون جزءا من مدلول لفظ الدار فلا يكون الدار حينئذ اسما للعرصة فقط بل لمجموع العرصة والبيوت فاذا انهدمت وصارت صحراء لم تعد دارا بعد ام بعض اجزائها فلم يوجد الحنث في المسئلة المذكورة والعجب من صاحب البدائع انه قال ههنا بخلاف ما اذا استثنى ربع الدار او ثلثها او بيتا منها انه يصح الاستثناء ولما بينا ان الدار اسم للعرصة فكان المستثنى من جنس المستثنى منه فصار انتهى فان كون الدار اسما للعرصة يقتضي عدم صحة الاستثناء في صورة استثناء البيت من الدار لان البيت ليس من جنس العرصة اذ البيت اسم لبناء مستف احوائطه اربعة على قول اثنين وثلثة على قول آخر كما عرف في الايمان في مسئلة ما لو حلف لا يدخل بيتا فدخل صفة والعرصة هي البقعة كما سيأتي فان هذه من ذكر فاذكره يكون حجة عليه لا لي فيما ذكره يكون حجة عليه لا لي في الصور ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال هذا لفظ المدور ايضا يعني يكون البناء للمقر والعرصة لفلان قال الامام في تعليله لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء يعني ان العرصة في اللغة عبارة عن بقعة ليس فيها بناء فلما اعتبر في مسمى العرصة عدم البناء لم يتبعها البناء في الحكم فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان قال المصنف رح بخلاف ما اذا قال مكان العرصة او ارضها اي بخلاف ما اذا قال بناء هذه الدار لي والارض لفلان حيث يكون البناء للمقر له مع الارض لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء بناء على ان الارض اصل والبناء تبع والاقرار بالاصل اقرار بالتبع كالاقرار

بالدار حيث يكون البناء ايضا للمقر له هناك وان استثناه لنفسه كما مر فان قلت كيف يتأتى على هذا ما قال البناء لفلان والارض لآخر فانه كما قال حتى يكون البناء للاول والارض للثاني ولم يقل هناك لاقراره بالارض اقرار بالبناء فما وجه الفرق بينهما قلت الفرق بينهما من حيث ان الاول كلامه فيما اورث اقرارا معتبرا بالبناء للاول فيجب ان آخر كلامه اقرار بالارض والبناء لكن اقراره فيما صار مستحقا للغير لا يصح فكان الثاني الارض خاصة واما فيما نحن فيه فآخر كلامه اقرار بالارض والبناء وهما جميعا ملكه فيصح اقراره بهما للمقر وذلك لان اول كلامه وهو قوله بناء هذا الدار لي غير معتبر لانه قد كان له قبل ان يذكره فبقي قوله وارضها لفلان من الاقرار بالاصل فيجب ثبوت حق المقر له في البيع توضيح الفرق ان البناء في تلك المسئلة لما صار للمقر للاول خرج من ان يكون تبعا للارض حكما فاقراره بالارض الثاني لا يعدى الى البناء وفي مسألتنا البناء باق على ملك المقر فكان تبعا للارض فاقراره بالارض يثبت الحق للمقر له في البناء تبعا كذا في المبسوط اعلم ان هذا الجنس خمس مسائل ونحن نحيط بها على اصلين احدهما ان الاقرار بعد الدعوى صحيح دون العكس والثاني ان اقرار الانسان حجة على نفسه وليس بحجة على غيره اذا عرفت هذا فنقول اذا قال بناء هذه الدار لي وارضها لفلان كانت الارض والبناء لفلان لان بقوله البناء لي ادعى البناء وبقوله الارض لفلان اقر لفلان بالبناء تبعا لاقراره بالارض والاقرار بعد الدعوى صحيح اذا قال ارضها لي وبناؤها لفلان فهو على ما اقر لان بقوله ارضها لي ادعى البناء لنفسه تبعا وبقوله والبناء لفلان اقر بالبناء لفلان والاقرار بعد الدعوى صحيح وليس للمقر ان ينقل البناء من ارضه واذا قال ارض هذه الدار لفلان وبناؤها لي فالارض مع البناء للمقر له لان بقوله ارضها لفلان اقر لفلان بالبناء تبعا وبقوله وبناؤها لي ادعى البناء لنفسه والدعوى بعد الاقرار لا تصح واذا قال ارض هذه الدار لفلان وبناؤه لفلان آخر فالارض والبناء للمقر له الاول لان بقوله ارض هذه الدار لفلان صار مقرا لفلان بالبناء تبعا للارض وبقوله وبناؤها لفلان آخر كان مقرا على الاول والاقرار على الغير لا يصح واذا قال بناء هذه الدار لفلان وارضها لفلان آخر فهو كما قال لان بقوله اولا بناء هذه الدار لفلان صار مقرا بالبناء له وبقوله وارضها لفلان آخر صار مقرا على الاول بالبناء للثاني والاقرار على الغير باطل كذا في الذخيرة ولو قال له علي الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شئ لك الى هنا لفظ القدوري في مختصره قال اي قال المصنف رحمه الله هذا اي ما ذكر من المسألة على وجوه احدها هذا الذي هو ان يصدقه اي ان يصدق المقر له المقر ويسلم العبد وجوابه اي جواب هذا الوجه ما ذكر من قوله قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شئ لك قال بعض الفضلاء فيه انه اذا سلم العبد وكيف يقال له ان شئت فسلم العبد الى آخره قول ما ذكره انما يتجه ان لو كان لفظ يسلم في قول المصنف رح وليسلم العبد من سلمه اليه اما اذا كان من سلمه اي جعله سالما له فلا لان سلامة العبد للمقر انما يحصل باعتراف المقر له بانه عبدك لا عبدي وقد تحقق هذا قبل تسليم العبد الى المقر فلا يأتي ان يقال له ان شئت فسلم العبد الخ وقد استعمل المصنف رح سلمه بمعنى اداه في المعنى المذكور في مواضع من كتابه هذا منها ما سيأتي في فصل الدين المشترك من باب الصلح في الدين حيث قال فان سلم له ما قبض تم توى ما على الغريم له ان يشارك القابض لانه بنى بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم انتهى ويحتمل ان يكون لفظ يسلم هنا تلائما من السلامة اي ليكون العبد فاعلا لا مفعولا فحينئذ لا يتوهم المنافاة اصلا قال المصنف رح في تعليل جواب الوجه المذكور لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة يعني انهما اذا تصادقا في هذا الوجه والثابت بتصادقهما كالثابت معاينة ولو عاينا انه اشترى منه هذا العبد بالف والعبد في يده كان عليه الف درهم كذا هنا قال صاحب النهاية وفيه نظر لانهما اذا تصادقا وثبت البيع بينهما بغير شرط فالحكم الامر بتسليم الثمن على المقر ثم بتسليم العبد على المقر له وجوابه ان ذلك حكم ما اذا ادعى المقر له تسليم الثمن وليس الكلام فيه كذلك فان حكمنا بذلك كان حكما بما لا يدعيه احد وذلك باطل الى هنا كلامه وطعن بعض الفضلاء في جوابه بان قال وليت شعري ان ما ذكر في الكتاب حكم اية مسئلة انتهى اقول ما ذكر في الكتاب حكم مسئلة الاقرار فان نفس الاقرار والتصادق لا يقتضي الحكم بتسليم الثمن على المقر ولا الحكم بتسليم العبد على المقر له فان كل واحد من الحكمين المذكورين مقتض الدعوى ولا دعوى فيما نحن فيه بل فيه اقرار محض وحكمه لزوم الالف على المقر ان سلم المقر له العبد اليه واذا ابى تسليمه اليه بان يمسك في يده فلا يلزمه شئ كما هو الحكم في

والثاني ان يقول المقر له العبد عبدك عاد بعتكه وانما بعت عبدا غير هذا وفيه المال لازم على المقر لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم ولا يبالى باختلاف السبب بعد حصول المقصود والثالث ان يقول العبد عبدي بعتك عينه وعليك ان لا يلزم المقر شئ لانه اقر بالمال لا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه ولو قال مع ذلك وانما بعتك غيره يتحالفان لان المقر يدعي تسليم من عينه والآخر ينكر والمقر له يدعي عليه الالف بدعوى الاعواض عن العبد والآخر ينكر فاذا تحالفا بطل المال وعند اذا ذكر عبدا بعينه ثم قال من ثمن عبد ولم يعينه لزمه الالف ولا يصدق في قوله ما قبضت عنه لانه حينئذ يكون رجوعا وهو باطل ام فصل لانه رجوع فاسد او اقرار بوجوب المال رجوع عما لي كلمة على وان كان القبض في غير المعين نافيا في الوجوب اصلا لان الجهالة مقارنة كما في وطارئة بان اشترى عبدا ثم نسياه عند الاختلاط بامثاله توجب هلاك المبيع فيمتنع وجوب نقد الثمن واذا كان كذلك كان وجوبا بعد تعذر احضار المبيع

ثبوت البيع معاينة وهذا معنى ما ذكر في الكتاب قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شئ لك وليس المراد من ان شئت فسلم العبد تخيير المقر له بين تسليم العبد وعدم تسليما اذ لا يقدر البائع على عدم تسليم المبيع الى المشتري بعد ان صح البيع وتم بل المراد منه ان لزوم الالف على المقر مشروط بتسليمك العبد اليه فان اردت الوصول الى حقك فسلم العبد والا فلا بينة ولا يمين وليس المراد بقوله وخذ الالف بعد تسليم العبد اذ لا دلالة على التعقيب في الواو بل هي للجمع مطلقا فلا يخالف ما تقرر في البيوع من ان اللازم في بيع سلعة بثمن تسليم الثمن اولا فخلاصة ما ذكر في الكتاب هينا ما قال في الوقاية وغيرها فان سلم المقر له لزمه الالف والا لا والثاني اي الوجه الثاني ان يقول المقر له العبد عبدك اي العبد الذي عينه عبدك بالعتكه وانما بعتك عبدا غير هذا وسلمته اليك وفيه اي في هذا الوجه المال لازم على المقر لاقراره به اي بالمال عند سلامة العبد له وقد سلم اي قد سلم العبد له حين اعترف المقر له بانه ملكه ولا يبالى باختلاف السبب بعد حصول المقصود كما لو قال لك علي الف غصبته منك وقال لا بل استقرضت مني لان الاسباب مطلوب لاحكامها لا لاعيانها فلا يعتبر التكاذب في السبب بعد اتفاقهما على وجوب اصل المال ولا تفاوت في هذا الوجه بين ان يكون العبد في يد المقر او في يد المقر له كذا قالوا والوجه الثالث اي الوجه الثالث ان يقول اي المقر له العبد عبدي اي العبد الذي عينه عبدي بالعتكه وحكمه اي حكم هذا الوجه ان لا يلزم المقر شئ لانه ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزم دونه اي فلا يلزم المال دون العبد لانه اذا لم يسلم له العبد لا يسلم للمقر له بدله ولا تفاوت في هذا الوجه بين ان يكون العبد في يد المقر او في يد المقر له لانه اذا كان في يد المقر له فللمقر ان يأخذ العبد منه فلا يلزم المقر شئ من ثمن العبد كذا قالوا ولو قال مع ذلك وانما بعتك غيره اي غير ذلك العبد يتحالفان لان المقر يدعي تسليم من عينه اي وجوب تسليمه والآخر ينكر والمقر له يدعي عليه اي على المقر الالف اي لزوم الالف ببيع غيره اي غير من عينه والآخر ينكر فصار كل واحد منهما مدعيا ومنكرا وحكم ذلك التحالف واذا تحالفا بطل المال اي بطل المال من المقر والعبد سالم لمن هو في يده هذا اي ما ذكر من الوجوه اذا ذكر اي المقر عبدا بعينه وان قال من ثمن عبد يعني ان قال له علي الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه ولم يعينه ان لم يعين المقر العبد المشتري لزمه الالف ولم يصدق في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة رحمه الله وصل ام فصل اي سواء وصل قوله ما قبضت العبد المشتري بكلامه السابق او فصل عنه لانه اي لان قوله ما قبضت رجوع عما اقر به فانه اقر بوجوب المال رجوعا الى كلمة على اي نظرا الى هذه الكلمة التي ذكرها اولا في قوله له علي الف درهم اذ هي للايجاب والايجاب واذكاره القبض في غير المعين نافي الوجوب اصلا اي بالكلية لان الجهالة اي جهالة المبيع مقارنة كانت كالجهالة حالة العقد او طارئة بان اشترى عبدا ثم نسياه اي نسي المتعاقدان ذلك عند الاختلاط بامثاله توجب هلاك المبيع غير ان في قوله لان الجهالة يعني ان الجهالة توجب هلاك المبيع اي تجعل المبيع في حكم الهالك لعدم القدرة على تسليم المجهول فيمتنع وجوب نقد الثمن لان نقد الثمن لا يجب الا باحضار المبيع وقد امتنع احضاره بالجهالة فامتنع وجوب نقد الثمن ايضا واذا كان كذلك كان رجوعا فان اول كلامه اقرار بوجوب الثمن وآخره يوجب سقوطه وذلك رجوع فلا يصح وان كان موصولا لان الرجوع عن الاقرار باطل منفصلا كان او موصولا اقول لقائل ان يقول اشكل التعليل المذكور ههنا من قبل ابي حنيفة رحمه الله مسئلة الاستثناء بمشيئة الله تعالى فانه لم يلزم المقر ههنا شئ بالاتفاق مع جريان خلاصة هذا التعليل ههنا ايضا بان يقال ان اول الكلام اقرار بوجوب المال رجوعا الى كلمة على وآخره ينافي الوجوب اصلا فيجب ان يكون رجوعا فيلزم ان لا يصح ويمكن ان يجاب عنه بما اشار اليه المصنف فيما سياتي في مسئلة ما لو قال من ثمن خمر او خنزير بقوله قلنا ذاك تعليق وهذا ابطال وسند كرة تمة الكلام ههنا ان شاء الله تعالى ثم ان بعض الفضلاء اورد على التعليل المزبور كلاما آخر واجاب عنه حيث قال في تمام التقريب كلام فان ارتفاع الجهالة لا يلزم ان يكون بالقبض بل باعتراف المشتري بذا او احضار البائع فليتامل فانه يجوز ان يقال الظاهر هو عدم الاعتراف فيبقى على الجهالة انتهى اقول لا الايراد بشئ ولا الجواب اما الاول فلان المقر فيما نحن فيه لما لم يعين العبد فصار مجهولا لم يكن المقر له باحضار ذلك اصلا بل لم يكن له احضاره لتعذر احضار المجهول فاني يتصور البائع ههنا حتى يعين المشتري

وقال ابو يوسف رحمه الله ان وصل صدق ولم يلزمه شيء وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر له ان يكون ذلك من ثمن عبد وان اقر انه باعه متاعا فالقول قول المقر وجه ظاهر انه اقر بوجوب المال بحالة وبين سببا وهو البيع فان واقفه الطالب في السبب وبه يتأكد الوجوب وان نفاه بالقبض والمقر ينكره فيكون القول قوله وان كذبه في السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا لان صدر كلامه للوجوب مطلقا فاذا فسره بما يحتمل التفاوت على اعتبار عدم القبض والمتغير يصير موصولا لا مفصولا ولو قال ابتعت منه عينا الا اني لم اقبضه فالقول قوله بالاجماع لانه ليس من ضرورة البيع القبض بخلاف الاقرار بوجوب الثمن **قال** وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير ومعنى المسألة اذا قال لفلان علي

بانه هذا وان احضر المقر له عبد العينه من غير تكليف واعترف المقر بان ما اشتراه منه هذا العبد فقد صارت المسألة من قبيل ما اذا ذكر المقر عبد العينه وانا نحن فيه يعلم منه واما الثاني فلانه كيف يجوز ان يقال الظاهر هو عدم الاعتراف وقد لزمه الالف بلا عوض عند ابي حنيفة رح في هذه المسألة وان لم يحضر البائع شيئا فهل يؤثر العاقل اعطاء الالف بلا عوض على اعطائه بمقابلة ما حضره البائع فالظاهر هو الاعتراف عند احضاره بلا ريب وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان وصله صدق ولم يلزمه شيء وبه قال مالك والشافعي واحمد رح وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر له ان يكون ذلك من ثمن عبد اي اذا كذب المقر له المقر في الجهة وهي ان يكون ذلك الالف من ثمن عبد وان اقر اي ان اقر المقر له انه اي المقر باعه اي باع المقر متاعا يعني ان يصدق المقر له المقر في الجهة بان قال انه باعه متاعا وهو العبد كما اقر به المقر ولكن كذبه في انكاره قبض المبيع فالقول قول المقر سواء وصل ام فصل وانما عبر المصنف رح ههنا عن المبيع بالمتاع حيث قال وان اقر انه باعه متاعا وقد كان وضع مسألة الكتاب في العبد ليعلم ان الحكم في المتاع مطلقا هو الحكم في العبد ووجه ذلك اي وجه ما قاله الامامان انه اي المقر اقر بوجوب المال عليه على نفسه حيث قال له علي الف درهم وبين سببا له وهو البيع حيث قال من ثمن عبد اشتريته منه فان واقفه الطالب يعني المقر له في السبب وهو البيع وبه لا يتأكد الوجوب لانه بقبض اي وبحجر وجود السبب وهو البيع لا يتأكد وجوب الثمن على المشتري لان الوجوب عليه قبل قبض المبيع في حيز التزلزل لانه ربما يهلك المبيع في يد البائع فيسقط الثمن عن المشتري وانما يتأكد الثمن عن المشتري وانما يتأكد بالقبض والمقر له يدعي القبض والمقر ينكره فيكون القول له اي للمنكر قال صاحب العناية وفي عبارة المصنف رح نظر لان قوله فان واقفه الطالب في السبب بشرط فلا بد من جواب وقوله وبه لا يتأكد الوجوب لا يصلح لذلك وكذلك قوله فيكون لوجود الفاء ولعدم الربط فانك لو قدرت كلا منهما فان الفقه الطالب في السبب فيكون القول له ليس بصحيح لانه في بيان التعليل وليس فيه اشعار بذلك قال ويمكن ان يقال جزاؤه محذوف وتقديره فان واقفه الطالب في السبب والحال انه بحجر وجود السبب لا يتأكد وجوب الثمن بالقبض كان الطالب مدعيا للقبض والمقر منكره فيكون القول له انتهى كلامه اقول النظر المزبور ساقط جدا فان قول المصنف فيكون القول له صالح لان يكون جوابا للشرط المذكور قطعا ووجود الفاء فيه ليس بمانع عنه اصلا اذ قد تقرر في علم النحو ان الجزاء اذا كان مضارعا مثبتا او منفيا بلا فانه يجوز دخول الفاء عليه وعدم دخولها قال الله تعالى ومن عاد فينتقم الله منه وعدم الربط فيه ممنوع فان قوله وبه لا يتأكد الوجوب الا بالقبض والمقر ينكره وقع قيدا للشرط المزبور فصار معنى الكلام فان واقفه الطالب في السبب والحال انه بحجر وجود السبب لا يتأكد وجوب الثمن على المشتري وانما يتأكد بالقبض والمقر ينكر القبض فيكون القول له ولا يخفى على ذوي فطرة سليمة ان قوله فيكون القول له مربوط بالشرط المزبور بقيديه المذكورين وان لم يكن مربوطا به لكان التقييد بهما لغوا فلا حاجة الى تقدير جزاء محذوف كما ارتكبه ذلك الشارح وان كذبه اي وان كذب الطالب المقر في السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا لان صدر كلامه وهو قوله له علي الف درهم للوجوب مطلقا حوجه الى كلمة على وآخره اي آخر كلامه يحتمل استثناء اي استثناء الوجوب على اعتبار عدم القبض فصار مغيرا لمقتضى اول كلامه فيصير موصولا لا يصح مفصولا كالاستثناء ولو قال ابتعت منه عينا اي عبدا وفي بعض النسخ عينا الا اني لم اقبضه فالقول قوله اي قول المقر بالاجماع ذكر المصنف رح هذه المسألة تفريعا على مسألة القدوري وقال في تعليلها لانه ليس من ضرورة البيع القبض يعني ان المقر ههنا انما اقر بحجر العقد والاقرار بالعقد لا يكون اقرارا بالقبض اذ ليس من ضرورة البيع القبض حتى يجب الثمن على المشتري بخلاف الاقرار بوجوب الثمن فان من ضرورته القبض قال صاحب العناية هذا مفهوم كلام المصنف وفيه نظر فانه انما كان كذلك لو وجب تسليم المبيع اولا وليس كذلك كما تقدم في البيوع انتهى اقول وفي هذا النظر ايضا ساقط اذ الظاهر ان مراد المصنف رح ههنا هو الاقرار بوجوب الثمن في المبيع الغير المعين وهو مختلف فيه المحتاج الى الفرق وقد تقرر ان انكار القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا فلا بد في نفاذ الاقرار بوجوب الثمن في المبيع الغير المعين من قبضه فكان من ضرورته القبض قال اي القدوري في مختصره وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير يعني ان المصنف رح قال في معنى المسألة التي ذكرها القدوري اذا قال فلان علي

الف درهم من ثمن الخمر او الخنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة رح وصل او فصل لانه رجوع عن الاقرار بالخمر والخنزير لا يكون واجبا على المسلم واول كلامه اقرار بالوجوب وقالا اذا وصل لا يلزمه شيء لانه بين بآخر كلامه انه ما اراد به الايجاب وصار كما اذا قال في آخره ان شاء الله تعالى قبل ذلك الطالب تعليق وهذا باطل ولو قال له على الف درهم من ثمن متاع او قال اقرضني الف درهم ثم قال هي زيوف او نبهرجة او ستوقة وقال الفقيه جياد لزمه الجياد وفي قول ابي حنيفة رح وقالا ان قال موصولا لا يصدق وان قال مفصولا لا يصدق

الف من ثمن خمر او خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره يعني قوله من ثمن خمر او خنزير عند ابي حنيفة رحمه الله وصل او فصل انه اي لان تفسيره رجوع عن اقراره لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا على المسلم واول كلامه وهو قوله على الف للوجوب والرجوع عن الاقرار باطل وقالا اي قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا وصل لا يلزمه شيء لانه اي آخر كلامه انه ما اراد به اي باول كلامه الايجاب لانه يحتمل انه بنى اقراره على عادة الفسقة فان الخمر مال يجري فيه الشح والضنة وقد اعتاد الفسقة شرائها واداء ثمنها فكان آخر كلامه بيانا مغيرا فيصير موصولا كذا في الشروح اقول هذا لا يمشي فيما اذا قال من ثمن خنزير لانه لا يحتمل فيه هذه الصورة ان يبني اقراره على عادة الفسقة من المسلمين كما في صورة ان قال من ثمن خمر اذ لا يقع منهم شراء الخنزير ولا اداء ثمنه اصلا فضلا عن اعتيادهم بذلك واما عادة الكفار فلا تصلح لان تجعل مبنى لكلام المسلم كما لا يخفى والدليل الذي ذكره هو بعينه يجيء فيما سوق بين قبلها وسوق بين بعدها فلا يتم التقريب وصار اي صار آخر كلامه فيما نحن فيه كما اذا قال في آخره انشاء الله تعالى يصدق هناك اذا وصل فكذا ههنا اجاب المصنف عن هذا القياس بقوله قلنا ذاك تعليق وهذا البطال يعني قوله ان شاء الله تعليق الشرط لا يوقف عليه والتعليق بالشرط من باب بيان التغيير فيصح موصولا وما نحن فيه البطال والابطال لا يكون بيانا فلم يصح وان كان موصولا اقول فيه كلام من وجهين احدهما ان المصنف رح قال في مسئلة الاستثناء بمشية الله ان الاستثناء بمشية الله اما ابطال او تعليق وقد بينا هناك ان المذكور في بعض الكتب المعتبرة ان الاول مذهب ابي يوسف والثاني مذهب محمد رح وفي بعضها الامر بالعكس فايا ما كان لا يكون هذا الجواب حجة على من قال بهما يكون ذاك ايضا ابطالا وثانيهما ان المصنف رح قال هناك فان كان على الاول يعني الابطال فقد بطل وان كان الثاني يعني التعليق فكذلك اما الان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط اولا لانه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق فيحصل منه ان الاستثناء بمشية الله وان كان تعليقا في اصله الا انه ليس بتعليق في باب الاقرار بل هو البطال على كل حال فكيف تم قوله هناك ذاك تعليق وهذا ابطال ويمكن ان يجاب عن الاقرار بان الجواب المذكور هناك مبني على قول ابي حنيفة رح لبعد الزاما بالنسبة الى من قال من صاحبه يكون الاستثناء بمشية الله تعليقا وتحقيقا بالنسبة الى من قال منهما يكون ذلك البطالا ولا يجب ان يكون الجواب الزاميا بالنسبة الى كل واحد منهما وعن الثاني في باب الاستثناء بمشية الله وان لم يكن في باب الاقرار تعليقا حقيقة الا انه في صورة التعليق وهذا القدر يكفي في قدح قياس هذه المسئلة على مسئلة ما اذا قال في آخره ان شاء الله فان هذه المسئلة ليست بتعليق لا صورة ولا معنى وانما هي البطال محض واما تلك المسئلة فتعليق صورة وان كانت البطالا معنى فافترقا تامل واعلم ان القدوري لم يذكر في مختصره خلافا في هذه المسئلة وانما ذكره الحاكم الشهيد في الكافي في هذا الموضع منه ثم اعلم ان الخلاف المذكور فيما اذا كذبه الطالب واما اذا صدقه في ذلك فلا يأثم شيء في قولهم جميعا لان الاثبات تبعا قد يكون اثباتا معاينة وكذلك الحكم فيما اذا قال من ثمن خمر او ميتة او دم صرح بشيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وذكر في بعض الشروح ولو قال له على الف اي الف درهم من ثمن متاع او قال اقرضني الف درهم ثم قال هي زيوف جمع زيف وهو ما يقبله التجار ويرده بيت المال او بنهرجة وهي دون الزيوف فانها يردها التجار ايضا وقال المقدم جياد لزمه الجياد في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا اي قال ابو يوسف رح ومحمد رح ان قال موصولا اي ان ذكر قوله هي زيوف او بنهرجة موصولا بكلامه السابق صدق وان قال مفصولا اي ان فرق ذلك مفصولا عنه لا يصدق هذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير اقول تحريرها على النمط المذكور لا يخلو عن النوع التصور فان قول ابي حنيفة رح في هذه المسئلة ان لزمه الجياد سواء وصل قوله هي زيوف او بنهرجة ام فصل كما صرح به وتقتضيه بيان الخلاف الا ان كلمة ثم في قوله ثم قال هي زيوف او بنهرجة يدل على الفصل كما لا يخفى فتوفيقهم اختصاص قول ابي حنيفة رح بصورة الفصل والا خلاف فيها بين صاحبيه فالظاهر ان يذكر الواو بدل ثم كما في كلام الحاكم الشهيد في الكافي حيث قال في باب الاقرار بالزيوف واذا اقر الرجل بالف درهم ودين من قرض او ثمن مبيع واداء ثمن انها زيوف او بنهرجة لم يصدق في قول ابي حنيفة رح وصل او فصل وقال ابو يوسف رح ومحمد رح ان وصل لا يصدق وبهذا ذكر شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام علاء الدين السمرقندي

وعلى هذا الخلاف اذا قال له ستوقة او رصاص وعلى هذا اذا قال الا انها زيوف وعلى هذا اذا قال له الف درهم زيوف من ثمن متاع لي الا انه بيان مغير فيصح بشرط الوصل بالاستثناء وهذا لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقة الشرط مجازه لان مطلقه ينصرف الى الجياد فكان بيانا مغيرا من هذا الوجه صار كما اذا قال الا انها وزن خمسة الا ثلثة دراهم هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة عن العيب والزيافة عيب ودعوى العيب رجوع عن بعض موجب وصار كما اذا باعه بعبد فقال المشتري بعته سليما فانه قبول للمشتري سليما بيانا والستوقة ليست من الاثمان بالبيع وعلى الثمن فكان رجوعا وقوله الا انها وزن خمسة يصح استثناء كله مقدارا بخلاف الجودة لان استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار

في شرح الكافي وعلى هذا نص محمد رح في الاصل قال المصنف رح وعلى هذا الخلاف واذا قال هي اي الالف ستوقة هي ايرادا من البهرجة او رصاص اي او قال هي رصاص هذا يصدق عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل ويصدق عندهما ان وصل لكن ذكر اعلى احدى الروايتين عن ابي يوسف رح وفي رواية اخرى عنه لا يصدق بهذا وان وصل وهذا اي قول ابي حنيفة رح كذا في شرح الجامع الصغير للامام قاضيخان رح والامام الترتاشي وعلى هذا اي على هذا الخلاف اذا قال الا انها زيوف بكلمة الاستثناء وعلى هذا الخلاف قال القاضي على الفاء في هم زيوف بالجر وتجري الجملة على الجار والمجرور دون المبتدا كقوله تعالى سبع بقرات سمان كذا في معراج الدراية اقول فالاولى ان يقال هي مبتدا وستوقة خبره والجملة خبر الاول فاعلم ان ثمن متاع هذا تتمة كلام المقر لها اي لابي يوسف رح ومحمد رح في هذه الصورة الخلافية انه اي ما قاله المقر اخرا بيان مغير لما قاله اولا فيصح موصولا اي بشرط الوصل كالشرط والاستثناء فان كل واحد منهما يصح موصولا لا مفصولا لانه بيان تغيير وبدا اي كون آخر كلام المقر فيما يخص فيه بيانا مغيرا لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته فان الزيوف من جنس الدراهم حتى يحصل به الاستيفاء في الصرف والسلم ولا يصير مستبدلا اذا وستوقة بمجازه اي ويحتمل الستوقة بمجازه لانها تسمى دراهم مجازا فاعلم ان ينبغي ان يتوقف صدر الكلام على عجزه الا ان مطلقا اي مطلق اسم الدراهم منصرف الى الجياد لان بياعات الناس تكون بالجياد عادة فكان اي فكان ذكر الزيوف او الستوقة في آخر الكلام بيانا مغيرا لما اقتضاه اول الكلام من بدا الوجه اي من الوجه المذكور فانه كان بيانا من جهة الاحتمال ومغيرا من جهة العادة فصح موصولا وصار اي صار حكمه هذا كما اذا قال الا انها وزن خمسة او ستة ولقد بلد سهم وزن سبعة صدق ان كان موصولا ولم يصدق ان كان مفصولا اقول لو تعرض المصنف رح في اثناء التعليل لذكر البهرجة ايضا كان اوجه لانها مذكورة ايضا في اصل المسئلة فان قلت البهرجة كالزيوف في كونها من جنس الاثمان كما صرح به في مسائل شتى من كتاب القضاء فيجوز ان يكتفي في التعليل بذكر حال الزيوف قلت رداءة البهرجة دون رداءة الزيوف كما نبه عليه هناك ايضا فكان الاولى الاكتفاء بذكر حال الادنى ليعلم به حال ما فوقه بالاولوية ثم اقول ان قوله لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة بمجازه لا يساعده ما ذكر في معتبرات كتب اللغة كالصحاح والقاموس وغيرهما فان المذكور فيها دراهم ستوق وستوق اي زيف بهرج فكيف يكون اسم الدراهم حقيقة في المفسر مجازا في المفسر قال ابو حنيفة رحمه الله ان هذا اي ما قاله الآخر رجوع عما اقر به اولا ودعوى امر عارض فلا يقبل وان وصل ذلك لان مطلق العقد يقتضي وصفه السلامة عن العيب المستحق به عن العيب والزيافة عيب في الدراهم ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه اي عن بعض موجب العقد فاذا ادعى انها زيوف فقد رد ابطاله ما هو المستحق بالعقد فلا يصدق وان وصل وصار حكمه هذا كما اذا قال البائع بعتك مغنيا وقال المشتري بعته سليما فالقول هناك للمشتري لما بينا ان مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب فكذا ههنا فحاصل اختلافهم راجع الى ان الدراهم الزيوف هل هي داخلة في مطلق اسم الدراهم ام لا فابو حنيفة رح رجح جانب العيب فيها فلم يدخلها تحت مطلق اسم الدراهم حتى كان دعوى الزيافة رجوعا اقرارا ولا يطلق الدراهم وهما ادخلاها تحت مطلق اسم الدراهم على سبيل التوقف حتى كان دعوى الزيافة بعد ذكر اسم الدراهم بيان تغيير كما في الشرط والاستثناء كذا في الاسرار وغيره والستوقة ليست من الاثمان اي ليست من جنس الاثمان بالبيع يرد على الثمن فلم تكن الستوقة من مختلفات العقد فكان اي فكان قول الآخر رجوعا اما اقر به اولا فكان يحتوي الستوقة بتاويل ادعاء رجوعا عن ذلك فلم يصح مفصولا اولا موصولا او قوله الا انها وزن خمسة يصح استثناء كله جواب عما استشهد به تقريره ان ذلك ليس مما نحن فيه لانه يصح ان يكون استثناء لانه مقدار او استثناء لبعض المقدار صحيح لان اول الكلام تناول الكل قدرا وكان استثناء الملفوظ وهو صحيح بخلاف الجودة اي بخلاف ما اذا قال الا انها زيوف فان في قوله الا انها زيوف استثناء للدراهم الجيدة عن الوجوب في الذمة والجودة وصف فلا يصح استثناء لان الاستثناء الوصف لا يجوز لعدم تناول صدر الكلام اياه وقصد اهل جعلها كاستثناء البناء في الدار على ما مر بيانه قال في النهاية ومعراج الدراية فان قيل استثناء الوصف للصحيح بالاجماع فكيف صحح ابو يوسف رح ومحمد رح استثناء الزيافة من الدراهم قلنا صححا ذلك من حيث المعنى والزيافة من حيث المعنى ليس لها وصف فان قيل

بخلاف ما اذا قال على ان حنطة من ثمن عبدا الا انها ردية لان الرداة نوع عيب فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها وعن ابي حنيفة رح في غير رواية الاصول

لفلان على الف من ثمن متاع الا انها زيوف صار بمنزلة قوله الا انها نقد بلد كذا ولقد ذلك البلد زيوف وهناك صح هذا البيان موصولا بالاجماع وهذا في معناه فينبغي ان يصح فصار ذلك نوعا للدراهم لا وصفا بمنزلة قوله في الحنطة الا انها ردية الى هنا اشار في الاسرار والفوائد الظهيرية انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك عن النهاية ومعراج الدراية وههنا بحث او حينئذ ينبغي ان يفصل فتامل اقول ليس بحثا شيئا لان هذا البيان وان كان عندهما بيان نوع للدراهم الا انه بيان تغيير بناء على ان مطلق العقد يقتضي السلامة والجودة عرفا فكان استثناء نوع الزيوف من الدراهم تغييرا لمقتضى العقد فكان بيان تغيير من هذا الوجه كما مر وبيان التغيير لا يصح الا موصولا وانما وقع ذلك الفاضل في الغلط من قول صاحبي النهاية ومعراج الدراية فصار ذلك نوعا للدراهم لا وصفا بمنزلة قوله في الحنطة الا انها ردية فان قوله في الحنطة الا انها ردية يقبل وان فصل كما صرحوا به الا ان مرادهما ان ذلك بمنزلة قوله في الحنطة الا انها ردية في مجرد كونه نوعا لا وصفا لا في الاتحاد في جهة البيان كيف وقد صرحوا بان هذا بيان تغيير وذاك بيان تفسير قال المصنف رح بخلاف ما اذا قال على ان حنطة من ثمن عبد الا انها ردية لان الرداة نوع اي ممنوعة لا عيب لان العيب ما يخلو عنه اصل الفطرة والحنطة قد يكون ردية في اصل الخلقة فكانت الردية نوعا منها ولهذا قالوا لو اشترى حنطة منتاراليها فوجدها ردية لم يكن له خيار الرد بالعيب فمقتضى العقد لا يقتضي السلامة عنها اي عن الرداة اذ ليس بمطلق العقد مقتضى في نوع دون نوع ولهذا لا يصح الشراء بالحنطة المالحين انما جيدة او وسطا او ردية فليس في بيانه تغيير موجب اول كلامه فصح موصولا ومفصولا كذا في المبسوط وغيره وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام فان قيل قد استثنى الوصف كما اذا قال له على كر حنطة من ثمن عبد الا انها ردية والجودة فيهما صفتان تتعاقبان على موضوع واحد اجاب بقوله لان الرداة نوع لا عيب فان قيل فالجودة كذلك لما سيأتي فجوابه ان رد قيل فالجودة كذلك لما سيأتي فجوابه ان رد قيل فالجودة كذلك لما سيأتي فجوابه ان رد

انه يصدق في الزيوف اذا وصل لان القرض يوجب رد مثل المقبوض وقد يكون زيفا كما في الغصب وجه الظاهر ان التعامل بالجياد فانصرف مطلقه اليها وقال لفلان علي الف درهم زيوف ولم يذكر الدين والقرض قال يصدق بالاجماع لان اسم الدراهم يتناولها وقيل لا يصدق لان معناه قرار فينصرف الى العقود تعيينا مشروعة لا لاستهلاك المحرم ولو قال اغتصبت منه الفا وقال او وعني شيئا هي زيوف او بهرجة صدق في الكل ام فصل لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل فيكون بيان النوع غصبا وان فصل

ظاهر الرواية انه يصدق في الزيوف اذا وصل يعني في القرض كذا وقع في النهاية وقد وقع التصريح بهذا القيد في بعض النسخ بان يقال وعن ابي حنيفة في غير رواية الاصول في القرض انه يصدق في الزيوف اذا وصل يعني اذا قال فلان علي الف درهم قرض هي زيوف يصدق عنده في غير رواية الاصول اذا وصل قوله هي زيوف بقوله الف درهم قرض اما اذا قطع كلامه ثم قال بعد زمان هي زيوف لا يصدق باتفاق الروايات لان القرض يوجب مثل المقبوض يعني ان المستقرض انما يصير مضمونا على المقرض بالقبض فالقرض يوجب مثل المقبوض وقد يكون المقبوض في القرض زيفا كما في الغصب فالواجب حينئذ الزيف لان القرض يقضي بالمثل كالغصب فيصدق فيه كما يصدق في الغصب اقول للقائل ان يقول هذا التعليل يقتضي ان يصدق في الزيوف في القرض وصل ام فصل كما في الغصب على ما ياتي مع انه لا يصدق في صورة القرض اذا فصل باتفاق الروايات كما صرحوا به وجه الظاهر اي وجه ظاهر الرواية ان التعامل بالجياد يعني ان المتعارف في التعامل هو الجياد والمطلق ينصرف الى المتعارف فانصرف مطلقه اي مطلق القرض اليها اي الى الجياد فيجب عليه الجياد وبعد ذلك لا تقبل دعوى الزيافة لانها رجوع عما اقر به ولو قال لفلان علي الف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض اي لو ارسل ولم يبين الجهة وادعى انها زيوف قيل انها يصدق بالاجماع يعني اذا وصل لان اسم الدراهم يتناولها اي يتناول الزيوف ولم يتعرضوا لما اذا فصل قال بعضهم يصدق قائل هذا هو الكرخي كما صرح به الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير اي لا يصدق عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل واما عندهما فيصدق اذا وصل ولا يصدق اذا فصل فحاصل المعنى وقيل هو على الاطلاق السابق ايضا كما صرحوا به لان مطلق الاقرار بالدين منصرف الى العقود اي الى الالزام بسبب العقود لتعينها مشروعة اي لكونها هي المشروعة لا الى الاستهلاك المحرم اي لا ينصرف الى الالزام بسبب الاستهلاك المحرم اذ لا يجوز حمل امر المسلم على الحرام ما امكن فصار هذا وما بين بسبب التجارة سواء قال في الفتاوى الصغرى ولو ارسل ولم يبين الجهة ثم قال هي زيوف قال الفقيه ابو جعفر لم يذكر هذا في الاصول فمن المشايخ من قال هو على هذا الاختلاف ومنهم من قال هنا يصدق اجماعا لان هذا يجوز ويحمل

على بعض الوجوه دون البعض فلا تجب مع الاحتمال انتهى ولو قال اغتصبت منه الفا او قال او وعني اي او وعني الفا ثم قال هي زيوف او بهرجة صدق وصل ام فصل هذه من مسائل الجامع الصغير قال المصنف في تعليلها لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له اي لوا خذ من الغصب والايداع في الجياد بخلاف البيع فان عقد المعاوضة يقتضيها والتعامل اي والتعامل في غصب الجياد والايداع بخلاف القرض فان التعامل فيه بالجياد فلا يكون قوله هي زيوف بعد الاقرار بغصب الالف او ايداعها تغييرا لاول كلامه فيكون بيان النوع صحيحا وان فصل قال صاحب العناية وفيه نظر لانه قد تقدم في قول ابي حنيفة رح ان الزيافة في الدراهم عيب فيكون ذكر الزيف رجوعا فلا يقبل اصلا فلا اقل من ان يكون بيانا مغيرا فلا يقبل مفصولا انتهى اقول هذا النظر في غاية السقوط لانه انما يلزم من كون الزيافة عيبا في الدراهم كون ذكر الزيوف رجوعا او بيانا مغيرا لو لم يتناول اول كلامه المقر العيوب وغير المعيوب على السواء بل كان مخصوصا بغير المعيوب وهو الجياد واما من جهة تحقق المقتضي كذا في البيع والتعامل كما في القرض فقد تبين في التعليل المذكور عدم تحقق مقتضي الجياد ولا التعامل بها في الغصب والابداع تعين تناول اول كلام المقر الجياد والزيوف على السواء فلم يكن ذكر الزيوف في آخر كلامه رجوعا عما اقر به اصلا ولا بيانا مغيرا في شيء بل كان بيان النوع قطعا وقال صاحب العناية ويمكن ان يجاب عنه بانا قد ذكرنا انها صفة والموصوف بها قد يكون متصفا بها من حيث الخلقة فيكون منوعا كالسيل الا كما في الخطة وقد لا يكون وحينئذ يجوز ان يكون نوعا وعيبا والمعتبر في ذلك ان ينظر في الجهة الموجبة لها فان اقتضت السلامة كانت الزيافة عيبا والا كانت نوعا وذلك لانها لما اقتضتها تقيدت بها فلا يمكن ان تكون الزيافة نوعا منها للتباينها لكنها تنافيها تناقضا في التضاد فكانت عيبا لان ضد السلامة عيب واذا لم تقتضها كانت نوعا من مطلق الدراهم لاحتمالها اياها احتمال الجنس للانواع واذا كان كلامه اقول هذا كلام خال عن التحصيل اما اولا فلان الزيافة في الدراهم محال لا يكون الموصوف بها متصفا بها من حيث الخلقة السلامة اذ هي امر عارض للدراهم يمكن ان

وهذا لو جاء راد المغصوب والوديعة بالعيب كان القول قوله وعن ابي يوسف رحمه الله لا يصدق فيه ينصرف اعتبارا بالقرض والقبض فيهما
جوابه لو قال هي مستوقة او رصاص بعدها اقر بالغصب والوديعة ووصل صدق وان فصل لم يصدق لان استيداعه ليست
من جنس الدراهم لكن اسم بتناولها مجازا لكن بيانا مغيرا فلا بد من الوصل وان قال في حلي كاد القائم قال لانه ينقض كذا لم يصدق ان وصل
جهة وان على استثناء القدار والاستثناء يصح موصولا بخلاف الزيافة لانها وصف واستثناء الاوصاف لا يصح واللفظ يتناول المقدار
دون الوصف وهو تصرف لفظي كما بينا ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام بانقطاع نفسه فهو واصل لعدم امكان الاحتراز عنه

الدراهم في اصل خلقتها وانما التي تكون الموصوف بها متصفا بها من حيث الخلقة هي الرداءة في الخلقة كما مر وهي بمعزل عما نحن فيه فالاولى ان يقال ذلك هنا وايضا
تاما فان ما ذكره في الشاهد اصل ان الحجة الموجبة للدراهم ان اقتضت السلامة كانت الزيافة عيبا والا كانت نوعا ليس بمقبول المعنى لان كون الزيادة في الدراهم
عيبا امر متوهم غير بائع لاقتضاء الحجة الموجبة لها السلامة وانما تاتي اقتضاؤها السلامة عند ابي حنيفة رحمه في اخراج الدراهم الموصوفة بذلك العيب عن مطلق اسم الدراهم
المذكور في تلك الحجة لانها جعلها معيبة وكذلك كون الزيادة نوعا هي ممنوعة ليس بمانع لعدم اقتضاء الحجة السلامة بل الزيافة كالجودة ممنوعة بذلك كل مال فان الجياد والزيوف
نوعان من مطلق الدراهم قطعا سواء اقتضت الحجة السلامة امر لا وانما الفائدة ان اراد ان يقول واذا لم تقبضها كما تانوعين من مطلق الدراهم انهما ليسا كذلك
الدراهم ولم تكن الزيافة عيبا فهو ممنوع بل الزيافة تعيب على كل حال وكونها نوعا لا ينافي كونها عيبا فان كون بعض الانواع معيبا بالنسبة الى البعض الآخر ليس بغريب وانما لا يكون عيبا لو كانت
في اصل خلقة الدراهم وليست كذلك وان اراد بذلك انها ليست كذلك بين المطلق الدراهم وان كانت الزيافة عيبا ايضا فلا يحصل الجواب عن النظر المذكور مما ذكره
اصلا كما لا يخفى على المتامل قال المصنف رحمه لهذا اي ولاجل ان لا مقتضى لها في الجياد ولا التعامل لو جاء راد المغصوب هو الغاصب او الوديعة اي وراد الوديعة وهو المودع
بالعيب متعلق بمجاء اي لو جاء راده بالعيب كان القول له اي للراد فان الاختلاف متى وقع في صفة المقبوض كان القول للقابض فيها كان ادا مينا عن ابي يوسف رحمه
انه لا يصدق فيه اي في الغصب لا في الوديعة كما هو جوابه منصوصا اي اذا ادعى الزيافة منفصلا اعتبارا بالقرض اي قياسا عليه اذ القبض فيهما اي في الغصب والقرض
وهو الموجب للضمان يعني ان الجامع بينهما كون الموجب للضمان هو القبض وجوابه يفهم مما تقدم بيانا لو قال هي مستوقة او رصاص بعدها او قر بالغصب والوديعة ووصل
صدق وان فصل لم يصدق بهذه المسئلة ما ذكر في شرح الجامع الصغير تفريعا على مسئلة المبارة قال الامام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد
وان قال هي مستوقة او رصاص صدق ان وصل ولم يصدق اذا فصل يعني في الغصب والوديعة وذلك لانها ليست من جنس الدراهم حقيقة وان كانت من
جنسها صورة فصار اراد تسميتها باسم الدراهم كاراده المجاز باسم الحقيقة واذا بين انه اراد باللفظ المجاز موصولا قبل والا فلا انتهى وعلل المصنف رحمه هذه المسئلة بما علل
به الامام الاسبيجابي فقال لان المستوقة ليست من جنس الدراهم اي ليست من جنسها حقيقة واهذا لا يجوز التجوز بها في باب الصرف والسلم لكن الاسم اي اسم الدراهم
يتناولها اي يتناول المستوقة مجازا لامتزاجها بين المستوقة والدراهم من حيث الصورة فكان بيانا مغيرا لما اقتضاه اول كلامه لان اول كلامه يتناول الدراهم
صورة وحقيقة وباخر كلامه بين ان مراده الدراهم صورة لا حقيقة فلا بد من الوصل لان بيان التغيير يصح موصولا لا مفصولا
بخلاف ما سبق لان الزيوف والنبهرجة دراهم صورة وحقيقة فلم يبين في بداية تغيير لاول كلامه فصح موصولا ومفصولا وان قال في هذا حلي اي فيما ذكر من البيع والقرض
والغصب والايداع انما تم قال لانه ينقض كذا لم يصدق وان وصل صدق هذه من مسائل الجامع الصغير قال المصنف رحمه في تعليلها لان هذا استثناء المقدار
اي استثناء البعض بما قرينه من المقدار والاستثناء يصح موصولا لا مفصولا لكلام عبارة عما ورا المستثنى بخلاف الزيافة لانه وصف اي لان الزيافة وصف
ذكر الضمير باعتبار الوصف واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو اي الاستثناء تصرف لفظي كما بينا فيما مر يصح في تناول اللفظ دون غيره ولو كان الفصل ضرورة
انقطاع الكلام اي لضرورة انقطاع الكلام بسبب انقطاع النفس اذ اخذ السعال او ما اشبه ذلك معدود واصل اي هو في حكم الواصل حتى يصح استثناؤه لعدم امكان
الاحتراز عنه لان الانسان قد يحتاج الى ان يتكلم بكلام كثير يذكر الاستثناء في آخره ولا يمكنه ان يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفوا قال فخر الدين قاضيخان
في شرح الجامع الصغير ولو فصل بينهما بفصل بطريق الضرورة بان انقطع عنه الكلام ثم وصل فعن ابي يوسف رحمه انه يصح استثناؤه وعليه الفتوى لان الانسان يحتاج
الى ان يتكلم بكلام كثير مع الاستثناء ولا يقدر ان يتكلم به بنفس واحد فيجعل ذلك عفوا انتهى كلامه وقال الكاكي في معراج الدراية وبه قال الائمة الثلاثة يعني

بيان المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكر فافترقا فان قال هذه الالف وديعة لي عندك فاخذتها منه فقال فان حقي ودفعه
باخذها لانه اقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر فالقول للمنكر ولو قال آجرت داري هذه فلانا فنكرتها ورفعها وقال الآخر
تولى هذا فلان فلبسه وردّه وقال فلان كذبت وهو لي فالقول قوله وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح القول قول الذي اخذ
منه الدابة او الثوب وهو القياس على هذا الخلاف الاجارة والاسكان ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب
ثوبي فهو على هذا الخلاف في الصحيح وجه القياس ما بيناه في الوديعة وجه الاستحسان وهو الفرق ان اليد في الاجارة والاعارة ضرورية تثبت ضرورة
استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فيكون عدما فيما وراء الضرورة ولا يكون اقرارا له باليد مطلقا بخلاف الوديعة لان اليد فيها مقصودة
ولانه لما ثبت اليد قصدا لم يكن الاقرار به اقرارا باليد المودع ووجه آخر ان في الاجارة والاعارة والاسكان اقرار

لا يكون الا بالاذن كالاخذ بالوديعة الا ان المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكر ذلك فكان القول للمنكر فافترقا اي فافترقا ما اذا قال المقر له اخذتها
غصبا وما اذا قال اخذتها قرضا اقول ههنا نظر لان الذي يدعيه المقر انما هو ما يبرئ عن الضمان كما صرح به في المسئلة الاولى وليس ذلك هو الاذن المطلق فان
كثيرا ما يحصل بالاذن كالبيع والقرض ونظائرهما اسباب موجبة للضمان فلا يتصور ان يكون مبرئا عن الضمان بل انما ذلك هو الاذن المخصوص الحاصل في
ضمن الوديعة ولا شك ان المقر له لا يوافقه على الاخذ بهذا الاذن المخصوص والا لما ادعى عليه سبب الضمان وهو القرض وانما توافقهما على مطلق الاذن فلا يجدي
نفعا في الفرق لان ادعاء المقر ما يبرئ عن الضمان وهو الاذن المخصوص الحاصل في ضمن الوديعة وان كان المقر له اباه بقوله لا باقبان بعلمهما فيما اذا قال المقر له
بل اخذتها قرضا غاية الامر ان المقر له ايضا يدعي سبب الضمان وهو القرض والمقر ينكره واذا تعارضا وتساقطا بقي اقرار المقر والسبب الضمان وهو
الاخذ سالما عن الدافع كما في ما اذا قال المقر له بل اخذتها غصبا فلم يفترقا فافترقا يوجب اختلاف الحكم تامل جدا فان قال هذه الالف كانت لي وديعة عند فلان فاخذتها
فقال فلان هي لي فانه ليس لفلان ان ياخذها منه من مسائل الجامع الصغير قال المصنف رح في تعليله لانه اي لان المقر اقر باليد له اي لفلان وفي الكافي واقر بالاخذ منه
والسبيل في الاخذ الرد على المأخوذ وادعى استحقاقها عليه اي ادعى استحقاقه الالف على فلان بقوله كانت لي وديعة عند فلان وهو ينكر والقول للمنكر مع يمينه وان
قال اجرت داري هذه فلانا فنكرها وردها علي او قال اجرت ثوبي هذا فلانا فلبسه وردّه علي فقال فلان كذبت بل الدابة والثوب لي فالقول له اي للمقر وهذا على
القول قول المقر عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله القول قول الذي اخذ منه الدابة والثوب وقول ابي حنيفة رح ههنا استحسان وقولهما قياس
كذا قالوا وفي شروح الجامع الصغير واليه اشار المصنف ره بقوله وهذا القياس اي قول ابي يوسف رح ومحمد رح هو القياس فيفهم منه ان قول ابي حنيفة رح هو الاستحسان
ولهذا قال فيما بعد وجه القياس وجه الاستحسان ثم ان بذكره اذا لم يكن الدابة والثوب معروفا للمقر اما اذا كان معروفا له كان القول للمقر في قولهم جميعا لان الملك فيه
اذا كان معروفا للمقر لا يكون مجرد اليد فيه غير سبب للاستحقاق عليه كذا في المبسوط والايضاح وذكر في الشروح وعلى هذا الخلاف اي على الخلاف المذكور آنفا
الاعارة والاسكان بان قال اعرت داري هذه فلانا فنكرها ثم رددها علي او اعرت ثوبي هذا فلانا فلبسه ثم رده علي وبان قال اسكنت داري هذه فلانا ثم خرج منها
فقال فلان كذبت بل الدابة والثوب والدار لي ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته فقال فلان الثوب ثوبي على هذا الخلاف في الصحيح احترز عن قول
بعضهم ان القول في هذا قول المقر بالاجماع فيكون ذلك دليلا لابي حنيفة رح ولكن ذلك ليس بثابت في الاصول بل قال عامة المشايخ هو على هذا الخلاف ايضا
قال المصنف رح وجه القياس ما بيناه في الوديعة اراد به قوله لانه اقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر ووجه الاستحسان وهو الفرق بين مسئلة
الوديعة وبين هذه المسائل ان اليد في الاجارة والاجارة ضرورية يعني ان اليد فيها ليست بمقصودة بل هي ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع
فيكون عدما اي فيكون اليد معدومة فيما وراء الضرورة فلا تظهر في حق الاستحقاق على المقر لان ما يثبت بالضرورة يتقدر على قدر الضرورة فلا يكون اي فلا يكون الاقرار بالاجارة
والاعارة اقرارا له اي للمقر له باليد مطلقا اي من كل وجه بل يكون اقرارا به باليد لاجل استيفاء المعقود عليه فقط فلا يكون مقرا بالملك لغيره ثم ادعى النفسه بخلاف الوديعة
لان اليد فيها مقصودة فان المقصود منها هو الحفظ والحفظ لا يكون بدون اليد والايداع اثبات اليد قصدا فيكون الاقرار به اي بالايداع اقرارا باليد للمودع
اقول لقائل ان يقول ان اريد ان الاقرار بالايداع يكون اقرارا باليد للمودع مطلقا اي من كل وجه كما صرح به في الكافي حيث قال فكان الاقرار بالوديعة
باليد له مطلقا فهو ممنوع اذ الايداع اثبات يد المحافظة دون اثبات يد الملك فكيف يكون الاقرار بالايداع اقرارا باليد مطلقا للمودع وان اريد ان الاقرار
به يكون اقرارا باليد المحافظة للمودع فهو مسلم ولكن لا يجدي نفعا كما لا يخفى ووجه آخر الاستحسان وهو الفرق وهو ان في الاجارة والاعارة والاسكان اقرار

بيده ثابتة من جهته فيكون القول قوله في كيفية ذلك الا ترى مسألة تودعوه في وكانت وديعة وقد تكون من غير صنعه حتى لو قال اودعتها من فلان وانكر فلان وليس هذا الفرق على ذكر الاخذ في طرف الوديعة وعدمه فان الطرف الآخر وهو الاجارة واختاها كذلك ذكر الاخذ في وضع الطرف الآخر وهو الاجارة كذا في كتاب العارية وجاز ذكر الاخذ في طرف الوديعة وعدمه فاذا قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت عليه او قرضته الف درهم حيث يكون القول قوله والبيان لان ذكر الاخذ في احد الطرفين يقوم مقام ذكره في الطرف الآخر وذلك لان بقبض مضمون

بيده ثابتة من جهته اي من جهة المقر فيكون القول قوله في كيفية اي في كيفية ثبوت اليد له باي طريق كان كما لو كان في يده عبد وقال هذا عبدي لعبته من فلان او اسلم اليه بعد فقال المقر له بل كان عبدي لم اشتره منك كان القول قول المقر دون المقر له هذا المعنى كذا في النهاية ومعراج الدراية وكما لو قال ملكت عبدك هذا لك بالف درهم الا اني لم اقبض الثمن فالحق الحبس كان القول وان زعم الآخر خلافه كذا في العناية وشرح تاج الشريعة اخذا من الاسرار ولا كذلك في مسألة الوديعة اي لان المقر قال فيما كانت وديعة وقد تكون الوديعة من غير صنعه كالالقطة فانها وديعة في يد الملتقط وان لم يدفعها اليه صاحبها وكذا الثوب اذا هبت الريح فالقته في دار انسان فانه يكون وديعة عند صاحب الدار وان لم يدفع اليه صاحبه كذا في عامة الشروح اقول هنا كلام اما اولا فلان ظاهر قول المصنف وقد يكون من غير صنعه ينافي ذكره في وجه الاول من ان الايداع اثبات اليد قصدا الى اثبات اليد قصدا يقتضي الصنع فان قلت مراده انها قد تكون من غير صنع المقر امن غير صنع الموجع وكون الايداع اثبات اليد قصدا انما يقتضي صنع الموجع فلا منافاة قلت فحينئذ يلزم ان لا يصح المثالان المزبوران اللذان ذكرهما جمهور الشراح وذكر الثاني صاحب الكافي ايضا اذ لا صنع لاحد في ثبوت يد الملتقط في اللقطة وفي ثبوت يد صاحب الدار في الثوب الذي القته الريح في داره واما ثانيا فلان تمثيل جمهور الشراح الوديعة ههنا بالمثالين المزبورين ينافي ما صرحوا به في اول كتاب الوديعة من ان الوديعة هي التسلط على الحفظ وذلك انما يكون بالعقد والقصد والامانة اعم من ذلك فانها قد يكون بغير عقد وقصد كما اذا هبت الريح في ثوب انسان فالقته في بيت غيره ووجه المنافاة ظاهر حتى لو قال اي المقر اودعتها كان جواب هذه المسألة ايضا على هذا الخلاف المذكور في مسائل الاجارة والاعارة والاسكان اقول بقي ههنا شيء وهو ان الفرق المذكور انما يتضح لو كانت صورة مسألة الوديعة ما لو قال هذه الالف كانت وديعة عند فلان بدون ذكر لفظة لي واما على ما ذكرت في الكتاب من قوله فان قال هذه الالف كانت له وديعة عند فلان فيشكل ذلك اذ الظاهر ان لفظة لي تفيد ثبوت اليد من جهته فيؤول معنى قوله المذكور الى معنى قوله اودعتها عند فلان وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ في طرف الوديعة وعدمه اي عدم ذكر الاخذ في الطرف الآخر وهو الاجارة واخواتها اي الاعارة والاسكان قال في غاية البيان انما ذكر الضمير الراجع الى الاجارة على تاويل العقد قلت وانما قال واخواتها ولم يقل واخواتهما ان احدهما وهو الاسكان مذكر اذ في مثل ذلك يغلب المذكر على المونث ولا يعكس اما على تاويلهما بالصورتين او بالمسلتين ومراد المصنف ههنا الرد على الامام التمرتاشي فيما ذكره من الفرق فانه قال انما وجب الرد في مسألة الوديعة لانه قال فيها اخذتها منه فيجب جزاؤه وجزاء الاخذ الرد وقال في الاجارة واختها قررها على فكان الافتراق في الحكم للافتراق في الوضع وقالوا في شروح الجامع الصغير هذا الفرق ليس بشيء لان محمدا ذكر في كتاب الاقرار لفظ الاخذ في الاجارة واختها ايضا واليه اشار بقوله لانه ذكر الاخذ في وضع الطرف الآخر وهو الاجارة في كتاب الاقرار الفقيه ابو جعفر وكذا ذكره الامام قاضيخان في شروح الجامع الصغير ونقل عنه في النهاية ومعراج الدراية وهو ان في الاجارة والاعارة لو اخذنا الموجر والمعير باقرارهما امتنع الناس عن الاجارة والاعارة فلا يواخذ باقرارهما استحسانا كيلا تنقطع الاجارة والاعارة واما في الوديعة فمنفعة الايداع تعود الى المالك فلو اخذنا المالك باقراره لا ينقطع الايداع انتهى اقول يرد عليه ان يقال تعود المنفعة في الاجارة ايضا الى المالك وهو الموجر لانها عقد معاوضة لا عقد تبرع فتعود فيها منفعة الاجرة الى الموجر قطعا كما يعود في الايداع منفعة الحفظ الى المودع فلم يتم تقريب الفرق المذكور بالنظر الى مسألة الاجارة وان تم بالنظر الى مسألة الاعارة اللهم الا ان يقال منفعة الاجرة وان عادت في الاجارة الى الموجر لكن منفعة الدار ونحوها تعود الى المستاجر ولا يقدر الموجر على الانتفاع بها مدة الاجارة فيتضرر بها من هذه الجهة بخلاف الايداع فانه نفع محض للمودع فافترقا في الجملة وهذا اي الذي ذكر في الاجارة واختيها بخلاف ما اذا قال اقتضيت اي قبضت من فلان الف درهم كانت لي عليه او اقرضته الفا ثم اخذتها منه وانكر المقر حيث يكون القول قوله اي قول المقر لان الديون تقتضي امثالها لا اعيانها وذلك اي اقتضاء الديون بامثالها انما يكون لقبض مضمون اي لقبض مال مضمون

فاخذ الثوب كان متعديا فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يبرئه عليه من الدين مقاصة والآخر ينكره اما ههنا المقبوض عين ما ادعى فيه كالاجارة وما شبهها فافترقا ولو اقر ان فلانا زرع هذه الارض او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر فادعاها فلان وقال المقر كان ذلك كله لي استعنت بك ففعلت او فعلته باجر فالقول للمقر لانه ما اقر له باليد وانما اقر بحجر فعل منه وقد يكون ذلك في ملكه في يد المقر وصار كما اذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لانه اقر بفعل منه وقد يخيط ثوبا في يد المقر كذا هذا

باب اقرار المريض

واذا اقر الرجل في مرض موته بدين وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه باسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف في الاسباب مقدم وقال الشافعي رح دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين

يصير دينا على الدائن ثم يصير قصاصا بدينه على المديون فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يبرئه عليه من الدين مقاصة والآخر ينكره اما ههنا يعني في صورة الاجارة واختيها المقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما شبهها فافترقا قال صاحب النهاية في تقرير هذا المقام لان المديون تقضى باشتغالها وذلك معلوم فاذا اقر باقتضاء الدين فقد اقر بقبض مثل الدين لان الاقتضاء انما يكون بقبض مال مضمون والاقرار بقبض مال مضمون اقرار بسبب الضمان ثم ادعى تملك ما اقر بقبضه بما يبرئه عن الدين مقاصة والآخر ينكره اما ههنا يعني في صورة الاجارة واختيها فالمقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما شبهها فافترقا وقال وعليك بتطبيق ما ذكرنا بما في المتن لنظير التقديم والتاخير الواقع في كلام المصنف بحسن التدبير ان شاء الله تعالى اقول لا نظير لذي فطرة سليمة تطبيق ما ذكره بما في المتن ويتدبر فيه بحسن التدبير لتقديم وتاخير في كلام المصنف رح بل لنظيره لنوع اختلال في كلام الشارح اما الاول فلان قوله فاذا اقر باقتضاء الدين فقد اقر بقبض مثل الدين ليس عين قول المصنف رح فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان لاختلاف تاليهما فلا يقتضي تقديم ذاك تقديم هذا كيف ولو قدم هذا او وضع موضع ذاك فقيل لان المديون تقضى باشتغالها فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان لم يتم التفريع المستفاد من الفاء فاذا اقر مثل ما تم في تقديم ذاك الشهد بذلك كله الذوق الصحيح واما الثاني فلانه علل قوله فاذا اقر باقتضاء الدين فقد اقر بقبض مثل الدين بقوله لان الاقتضاء انما يكون بقبض مال مضمون والاقرار بقبض مال مضمون اقرار بسبب الضمان ولا يخفى ان مفاد هذا التعليل ان الاقرار بالاقتضاء اقرار بسبب الضمان لا ان الاقرار باقتضاء الدين اقرار بقبض مثل الدين كما هو المدعى ولو اقر ان فلانا زرع هذه الارض او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر اي والحال ان ذلك كله في يد المقر فادعاها اي فادعى الارض والدار والكرم فلان لنفسه وقال المقر بل ذلك كله لي استعنت بك على الزراعة والبناء او الغرس ففعلت او فعلته باجر فالقول للمقر هذه من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعا وقال في تعليلها لانه اي لان المقر ما اقر له اي لفلان باليد انما اقر بحجر فعل منه اي من فلان وقد يكون ذلك اي الفعل من الغير في ملكه في يد المقر يعني ان الاقرار بحجر فعل من الغير لا يدل على اليد لان العمل قد يكون من المعين والاجير والمعين في يد صاحبها وصار اي صار حكم هذا كما اذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لانه اقر بفعل منه اي من الخياط وقد يخيط ثوبا في يد المقر كذا هذا اي كذا حكم المسائل المذكورة قال في النهاية فحصل من هذا كله ان جنس هذه المسائل على ثلثة انواع ففي نوع منها كان القول قول المقر له بالاجماع وهو مسئلة الوديعة والاقراض والاقتضاء وفي نوع منها كان القول قول المقر بالاجماع وهو مسئلة بيع العبد ومسئلة زرع هذه الارض او بناء هذه الدار ومسئلة خياطة الثوب بدون ذكر القبض منه وفي نوع منها اختلفوا فيه فعند ابي حنيفة رح عند القول قول المقر كما في النوع الثاني وعندهما القول قول المقر كما في النوع الاول وهو مسئلة الاجارة والاعارة والاسكان في خياطة الثوب مع ذكر القبض انتهى

باب اقرار المريض لما فرغ من بيان احكام اقرار الصحيح شرع في بيان اقرار المريض لان المرض يلحق بالصحة فافرده بباب على حدة لاختصاصه باحكام ليست للصحيح واذا اقر الرجل في مرض موته بدين اي بدين غير معلومة الاسباب وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه اي في مرض موته باسباب معلومة متعلق بلزمته اي لزمته باسباب معلومة مثل بدل مال ملكه واستهلكه او مهر مثل امرأة تزوجها وعلم معاينة فدين الصحة والدين المعروف الاسباب مقدم على ما اقر به في مرضه الى هنا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف وقال الشافعي رح دين المرض سواء كان بسبب معلوم او باقرار ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين وانما تعرض لوصفي العقل والدين لانهما المانعان عن الكذب في الاخبار والاقرار اخبار عن الواجب في الذمة والانشاء في ذلك بين صحة المقر ومرضه بل بالمرض يزداد جهة رجحان الصدق لان المرض سبب التورع عن المعاصي والاناية عما جرى فالاقرار عن الكذب في هذه الحالة

يتعلق به وجوب الدين ... اذا اقر في صحته في مباركة شارك ... مبايعة ومناكحة ولنا ان الاقرار لا يصح ليطال ... حق الغير في ... ان حق ... تعلق بهذا المال ... من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث

اشرنا كان حجة قبول الاقرار فيه او ذكرنا في الشروح واعترض بعض العلماء على تقرير دليل الشافعي رح بالوجه الذي ذكره المصنف رح حيث قال فيه كلام وهو ان بناء الدليل انما يفيد مساواة المدين الثابت بالاقرار في الصحة فلا يطابق المدعى كما لا يخفى والاولى ان يقال عند الشافعي رح الدين في المرض يساوي الدين في الصحة لاستواء السبب المعلوم والاقرار انتهى كلامه اقول يمكن ان يجاب عنه بان هذا الدليل اذا افاد مساواة دين المرض للدين الثابت بالاقرار في الصحة فقد افاد مساواته للدين الثابت بالمعاينة ايضا بناء على عدم القائل بالفصل بين ذينك الدينين ويطلق على مثل ذلك لاجتماع المركب كما تقرر في علم الاصول واراد بعض الفضلاء ان بجعله بوجه آخر حيث قال المدعى عام لما ثبت بالاقرار والمعاينة والدليل الخاص ثم قال ويجوز ان يكون من التنبيه بحال الادنى على حال الاعلى اقول لا حاصل له بهنا لانه ان اراد انه يجوز ان يكون من التنبيه بمساواة دين المرض الادنى دين الصحة وهو الدين الثابت بالاقرار في الصحة على مساواته لاعلى دين الصحة وهو الدين اللازم في الصحة باسباب معلومة فليس بصحيح اذ لا يلزم من وصول الشيء الى رتبة الادنى وصوله الى رتبة الاعلى فكيف يجوز التنبيه بالاول على الثاني وان اراد انه يجوز ان يكون من التنبيه بمساواة ادنى دين المرض وهو الدين الثابت بالاقرار في المرض للدين الثابت بالاقرار في الصحة على مساواة اعلى دين المرض وهو الدين اللازم في المرض باسباب معلومة الدين الثابت بالاقرار في الصحة فمسلم اذ يلزم من وصول الادنى الى رتبة شيء وصول الاعلى الى رتبته ذلك الشيء بالاولوية لكنه لا يجدي شيئا بهنا اذ الكلام في قصور الدليل المذكور عن افادة مساواة دين المرض للدين اللازم في الصحة باسباب معلومة مع عموم المدعى وهذا لا يندفع بذلك على ان مساواة الدين اللازم في المرض باسباب معلومة لدين الصحة مما لا نزاع فيه فلا فائدة في التنبيه عليه اصلا ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق وهي ذمة الحر البالغ العاقل وهي في حالتي الصحة والمرض سواء فالتفاوت بين المرض وبين الصحة في سبب الوجوب وفي محله فيستويان في الوجوب واذا استويا وجوبا استويا استيفاء وصار كانشاء التصرف مبايعة ومناكحة اي صار اقراره في المرض كانشائه التصرف بالبيع والنكاح في حالة المرض وذلك سواء لتصرفه في حالة الصحة فكذا هنا ولنا ان الاقرار لا يقبل ليبطل اذا كان فيه ابطال حق الغير اي اذا تضمن ابطال حق الغير كما لو رهن او آجر شيئا ثم اقر انه لغيره فانه لا ينفذ اقراره في حق المرتهن والمستاجر لتعلق حقهما به وفي اقرار المريض ذلك اي ابطال حق الغير لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال يعني قال المريض استيفاء اي من حيث الاستيفاء ولهذا امنع اي المريض من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث قال صاحب النهاية اي فيما اذا لم يكن عليه دين واما اذا كانت الديون محيطة بماله فلا يجوز تبرعه اصلا في الثلث وما دونه انتهى واقتفى اثره صاحب العناية في حل هذا المحل بهذا المعنى ولكن غير السارة حيث قال ولهذا امنع من التبرع والمحاباة اصلا اذا احاطت الديون بماله وبالزيادة على الثلث اذا لم يكن عليه ديون انتهى اقول ليس في شرح صحيح اذ الظاهر من قولهما اذا لم يكن عليه دين انه لو كان عليه شيء من الديون اصلا بقضية وقوع النكرة في سياق النفي فحينئذ يصير معنى كلام المصنف رح تعلق حق غرماء الصحة بمال المريض منع من التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث فيما اذا لم يكن على المريض دين اصلا والخفي انه معنى لغوي ناقض آخره اوله لانه اذا لم يكن على المريض دين اصلا لم يتصور تعلق في حق الغرماء بماله فالوجه في حل هذا المحل ان يقال ما ذكره المصنف رح فيما اذا كان عليه ديون ولكن لم تحط بماله واما اذا احاطت الديون بماله فيمنع من التبرع مطلقا اي بالثلث وبما دونه لتعلق حق المريض من التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث دان لم يكن عليه دين اصلا لكن ذلك ليس لتعلق حق الغرماء بماله بل لتعلق حق الورثة به فالمنع لاجل تعلق حق الغرماء بماله كما هو مقتضى قول المصنف رح ولهذا امنع انما يتصور في صورة تحقق الدين عليه كما لا يخفى على ذي مسكة ثم ان جمهور الشراح قالوا في قول المصنف رح ولهذا امنع من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث جواب عما اذا ادعاه الشافعي رح من استواء حال الصحة وحال المرض فانه لو كانا متساويين لما منع من التبرع والمحاباة في حال المرض كما لا يمنع عنهما في حال الصحة اقول يرد عليه ان يقال لم لا يجوز ان يكون منعه من التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث في حالة المرض لتعلق حق الورثة بماله في تلك الحالة لا لتعلق حق الغرماء به الا يرى انه يمنع من ذلك في تلك الحالة وان لم يكن عليه دين اصلا فالاتم الجواب عما ادعاه الشافعي رح لان ما ادعاه استواء

بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل بخلاف المبايعة بمثل القيمة لان حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة
وحال الصحة لم يتعلق حقهم بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التمييز وهذه حالة العجز فافترقا
واحدة لانه حالة العجز بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة عجز فافترقا

حالتي الصحة والمرض في حق غرماء الصحة والمرض لا في حق الورثة ثم اقول كان الحق على المرض ان يقول بدل قوله المذكور ولهذا منع من التبرع والمحاباة اصلا اذا احاطت
الديون بماله اذ تمام الجواب حينئذ بما ادعاه الشافعي رح قطعا والصحيح التفريع على ما قبله بلا غبار كما لا يخفى على الفطن وكان الامام الزيلعي تنبه لتصور ما ذكره المرض وههنا في
التفريع حيث قال في شرح الكنز بدل ذلك ولهذا منع من التبرع والمحاباة مطلقا في غيرهم غير مقدر بالثلث لكن فيما قاله افراط كما كان فيما قاله المصنف رح تفريط لان
منعه من التبرع والمحاباة مطلقا في حقهم غير مقدر بالثلث ليس بمطلق بل فيما اذا احاطت الديون بماله ومن اما اذا لم تحط به فمقدر بالثلث والظاهر من كلامه الاطلاق
فكان فيه افراط فالحق الذي لا محيد عنه في تنقيح الكلام ههنا لافادة تمام المقصود بانا عليه انفاقا قبل الاقرار بالوارث في المرض صحيح مع انه يبطل به حق سائر
الورثة فلم لم يصح الاقرار بالدين في المرض اذا كان فيه ابطال حق عرماء الصحة مع استوائهما في ابطال حق الغير قلنا استحقاق الوارث بالمال بالنسب والموت
جميعا فالاستحقاق يضاف الى آخرهما وجودا وهو الموت الا ترى ان شاهدي النسب قبل الموت اذا رجعا بعد الموت والمشهود له اذا اخذ المال لم يضمنا شيئا فاما
الدين فلا يجب بالموت بل يجب بالاقرار كذا في المبسوط والاسرار بخلاف النكاح جواب عما استشهد به الشافعي رح من انشاء النكاح يعني لا يلزمنا ذلك لانه من
الحوائج الاصلية فان بقاء النفس بالتناسل وللطريق للتناسل الا بالنكاح والمرء غير ممنوع عن صرف ماله الى الحوائج الاصلية وان كان ثمة دين الصحة كالصرف
الى ثمن الادوية والاغذية وهو اي النكاح بمهر المثل هذه جملة حالية يعني ان النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه بمهر المثل واما الزيادة على ذلك فباطلة والنكاح
جائز كذا في النهاية قال بعض الفضلاء فيه بحث فان النكاح من الحوائج الاصلية مطلقا اقول كون النكاح من الحوائج الاصلية مطلقا ممنوع فان الحوائج الاصلية
ما يكون من ضروريات الانسان والنكاح بالكثر من مهر المثل ليس من ضروريته لامكان حصوله بمهر المثل فان قيل لو تزوج وهو لا يحتاج اليه يبطل لان نساء الجوار
وهو شيخ كبير لا يولد له عادة جاز وهي لا يشارك عرماء الصحة مع ان هذا النكاح لم يكن من الحوائج الاصلية لانه ليس له رجاء بقاء النسل ولا احتياج قضاء الشهوة قلنا
النكاح في اصل الوضع من مصالح المعيشة وانتقل لاصل الوضع للالحاق فان الحال مما لا يوقف عليها لا يبتنى الامر عليها اليه اشار في الاسرار وذكر في الشروح
وبخلاف المبايعة بمثل القيمة جواب عما استشهد به الشافعي رح من انشاء المبايعة يعني ولا يلزمنا المبايعة بمثل القيمة لان حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة والمالية
باقية في المبايعة بمثل القيمة وان فاتت الصورة فلم يكن في انشاء ذلك ابطال شيء من حقهم بل فيه تحويل حقهم من محل الى محل يعدله وللبدل حكم المبدل فكما استشعر
ان يقال لو تعلق حق الغرماء بمال المديون لبطل اقراره بالدين حالة الصحة ايضا لان الاقرار المتضمن للابطال حق الغير غير معتبر كما مر مع ان ذلك ليس بباطل
بالاجماع اجاب بقوله وفي حالة الصحة لم يتعلق حق الغرماء بالمال اي بمال المديون لقدرته على الاكتساب اي لقدرة المديون على الاكتساب في تلك الحالة
فيتحقق التمييز اي تتميز المال وهو يكثره يقال ثمر الله ماله اي كثره فلم يقع الحاجة الى تعلق حق الغرماء بماله وهذه اي حالة المرض حالة العجز عن الاكتساب
فيتعلق حقهم بماله في هذه الحالة عذرا عن التوى ولما استشعر ان يقال سلمنا ذلك لكن اذا اقر في المرض ثانيا ينبغي ان لا يصح لتعلق حق المقر له الاول بماله
كما لا يصح اقراره في المرض في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم بذلك اجاب بقوله وحالة المرض حالة واحدة اي حالة اول المرض وحالة آخر بعد ان تتصل به الموت
حالة واحدة لانه اي لان المرض حالة العجز ولهذا يمنع عن التبرع فكان الاقرار ان في المرض بمنزلة اقرار واحد كما ان حالتي الصحة حالة واحدة فيعتبر الاقراران جميعا
بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى اي حالة الصحة حالة اطلاق للتصرف وهذه اي حالة المرض حالة عجز عن التصرف قال في غاية البيان لو قال حالة العجز
كان اولى لكونه اشد مناسبة بالاطلاق فافهم قاله اي افترق الوجهان او الحكمان فمنع تعلق حق غرماء الصحة بماله عن اقراره في حالة المرض ولم تمنع الاقرار في حالة
ولم يمنع الاقرار في اول المرض عن الاقرار في آخره ثم ان الدليل المذكور افاد تقديم دين الصحة على الدين الذي ثبت بالاقرار في حالة المرض وبقي الكلام في

وانما تقدم المعروفة الاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها اذ للمعاين لامرله ذلك مثل بدل مال ملكه او استهلكه وعلم وجوبه بغير اقراره او تزوج امرأة بمهر مثلها وذلك الدين مثل دين الصحة لا يتقدم احدهما على الآخر لما بينا ولو اقر بعين في يده لآخر يصح في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون البعض لان في ايثار البعض ابطال حق الباقين وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء الا اذا قضى ما استقرض في مرضه

تقديم الديون المعروفة الاسباب عليه فقال وانما تقدم المعروفة الاسباب يعني انما تقدم المديون اللازمة في حالة المرض باسباب معلومة على الدين الثابت بالاقرار في حالة المرض لانه لا تهمة في ثبوتها اي في ثبوت تلك الديون اذ المعاين لامرله يعني ان ثبوتها بالمعاينة والاقرار المعاين لامرله فتقدم على المقر به في المرض وذلك اي ما ذكر من الديون المعروفة الاسباب مثل بدل مال ملكه لثمن المبيع وبدل القرض او استهلكه اي او بدل مال استهلكه وعلم وجوبه اي وجوب البدل بغير اقراره اي بغير اقرار المريض بان وجوبه من وجوب البدل بغير اقراره اي بغير اقرار المريض بمعاينة القاضي او بالبينة او تزوج امرأة بمهر مثلها عطف على بدل مال الكلام تهملكه بحسب المعنى كما مثال ومهر مثل امرأة تزوجها فانها ايضا من الديون المعروفة الاسباب اعلم ان ظاهر كون العلم بوجوبه بغير اقرار المريض شرطا في هذا المثال ايضا والا كان مما ثبت باقرار المريض فلا يصلح مثالا لما تقدم عليه من الديون المعروفة الاسباب اذا كان ذلك شرطا ايضا في هذا ايضا لا يرى في تأخير المصنف رح عن قوله وعلم وجوبه بغير اقراره وجه وجيه وهذا الدين يعني الدين اللازم في المرض باسباب معلومة مثل دين الصحة لا يقدم احدهما على الآخر لما بينا اشار به الى قوله لانه لا تهمة في ثبوتها فان تلك العلة اعني عدم التهمة في الثبوت كما تمشي في الدين اللازم في المرض باسباب معلومة بناء على ان المعاين لامرله كذلك تمشي في دين الصحة مطلقا اما فيما لا مساغ للتهمة باسباب معلومة فبناه على ان المعاين لامرله واما فيما ثبت في الصحة بالاقرار فبناء على ان لا يكون فيه ابطال حق الغير كما في اقرار المريض هذا وقال صاحب غاية البيان قوله لما بينا اشارة الى قوله اذ المعاين لامرله اقول ليس هذا بتام لان تلك العلة اعني قوله اذ المعاين لامرله لا تمشي فيما اذا ثبت دين الصحة بالاقرار اذا الثابت بالاقرار ليس من المعاين فلا نظهر بها ان لا يقدم هذا الدين على دين الصحة مطلقا بخلاف ما ذكرناه وقال صاحب الغاية لما بينا انه من الحوائج الاصلية يعني في النكاح ولا تهمة في ثبوته في غيره انتهى اقول هذا تكلف مستغنى عنه فان قول المصنف رح لانه لا تهمة في ثبوتها مع قربه في الذكر وشموله في الدين اللازم بسبب النكاح والدين اللازم بسبب غيره جميعا كيف لا يكتفى به في شرح قوله ههنا لما بيناه فيصار الى توزيع قوله لما بينا الى قوله لانه لا تهمة في ثبوتها والى قوله في بعيد بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل كما يقتضيه تقرير صاحب النهاية ومعراج الدراية لما بينا اشارة الى قوله لانه من الحوائج الاصلية وقوله لانه لا تهمة في ثبوتها اقول ان اراد ان قوله لما بينا اشارة الى قوليه المذكورين في الموضعين بالطريق التوزيع كما قرره صاحب الغاية فيرد عليهما ما يرد وعليه من انه تكلف مستغنى عنه كما بيناه وان اراد انه اشارة الى قوليه المذكورين بالطريق الاستقلال بمعنى ان كل واحد منهما يصلح ان يكون علة مستقلة لكون الديون المعروفة الاسباب مطلقا مثل دين الصحة لا يقدم احدهما على الآخر فليس بصحيح لان قوله لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل مخصوص بالنكاح وليس كثير من اسباب تلك الديون من الحوائج الاصلية قط فلا يتم المقصود ولو اقر اي المريض لعبد في يده لآخر سواء كانت العين امانة او مضمونة لم يصح اقراره في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به اي بما اقر به ذكر المصنف رح هذه المسألة تفريعا على مسألة القدوري ومفادها ان الاقرار بالعين في المرض كالاقرار بالدين فيه ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون البعض خلافا للشافعي رح ذكره المصنف رح هذه المسألة ايضا تفريعا على مسألة القدوري وقال في تعليلها لان في ايثار البعض ابطال حق الباقين وهو لا يصح فان فعل ذلك لم يسلم المقبوض للقابض بل يكون ذلك بين الغرماء بالحصص عندنا نص عليه في المبسوط وغيره وقال الشافعي رح المقبوض سالم للقابض لان المريض ناظر لنفسه فيما يصنع فربما يقضي دين من يخاف ان لا يساعده بالابراء بعد موته بل يخاصمه في الآخرة والتصرف على وجه النظر غير مردود والجواب ان النظر لنفسه انما يصح اذا لم يعلل حق غيره وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء اي وغرماء الصحة وغرماء المرض الذين كانوا غرماء في الديون المعروفة الاسباب سواء في عدم جواز ايثار البعض على البعض بقضاء الدين في الحالة اشتراك الكل فتساويهم في تعلق حقهم بمال المريض الا اذا قضى ما استقرض في مرضه هذا استثناء من قوله ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون بعض

او نقد ثمن ما اشتروه في مرضه وقد علم بالبينة قال واذا قضيت يعني الديون المتقدمة وفضل شئ يقر فلان ما اقر به في حالة المرض لان الاقرار في ذاته صحيح والمانع حق غرماء الصحة فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته قال فاذا لم يكن عليه دين في صحته جاز اقراره لانه لم يتضمن ابطال حق الغير وكان المقر له اولى من الورثة يعني لقول عمر رضي الله عنه اذا اقر المريض بدين بين جاز ذلك عليه في جميع تركته لان قضاء الدين من الحوائج الاصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا يقدم على التكفين

وقوله في مرضه متعلق بالفعلين جميعا اعني قضي واستقرض فالمعنى الا اذا قضى في مرضه ما استقرض في مرضه وكذا قوله او نقد ثمن ما اشتراه في مرضه اي نقد في مرضه ثمن ما اشتراه في مرضه وقد علم وجوبه اي والحال انه قد علم وجوب كل واحد من القضاء والنقد بالبينة او بمعاينة القاضي فحينئذ يجوز ان يخص المريض المقرض والبائع بقضاء دينهما وليسلم المقبوض لهما او لا يشاركهما في ذلك غيرهما لانه لم يبطل حق الغرماء بل انما حوله من محل الى محل بعد له وكان تعلق حقهم بالمالية لا بالصورة والمالية لم تفت بالتحويل وفي المبسوط اذا رأيت لورد ما استقرضت بعينه او فسخ البيع ورد المبيع لكان تمنع سلامته للمورود عليه حق غرماء الصحة لا يمنع ذلك فكذلك اذا رد بدله لان حكم البدل حكم المبدل قال في النهاية وذكر في الذخيرة باوضح من هذا فقال فان قضى المريض ديون هؤلاء بعض غرماء الصحة ان يشاركوهم فيما قبضوا قالوا لا يشاركون المقرض والبائع ويشاركون المرأة والآجر لان المريض لقضاء دين المقرض والبائع لم يبطل حق غرماء الصحة لما ذكرنا ان حق غرماء الصحة في معنى مال المريض لانه في اعيانها وهذا لا يكون ابطالا لحقهم بل كان نقلا لحقهم وله ولاية النقل الا يرى انه لو باع ماله ليوفي حقوقهم كان له ذلك فاما في النكاح والاجارة فقضاء المهر والاجر ابطال حق غرماء الصحة عن عين المال وعن ما يقيمه لان ما وصل اليه من المنفعة لا يصلح لقضاء حقوقهم فصار وجود هذا العوض في حقهم وعدمه بمنزلة فكان ابطالا لحقهم وليست له ولاية الابطال انتهى قال اي القدوري في مختصره فاذا قضيت على صيغة المجهول وفسر المصنف رح القائم مقام الفاعل بقوله يعني الديون المتقدمة واراد بالديون المتقدمة ديون الصحة والديون اللازمة في المرض باسباب معلومة وفضل شئ هذا من كلام القدوري يعني وفضل شئ من التركة بعد قضاء الديون المذكورة يصرف الى ما اقر به في حال المرض قال المصنف رح في تعليله لان الاقرار في ذاته صحيح اي محمول على الصدق في حق المقر لصدوره عن اهله في محله اذ الكلام فيه فيكون حجة عليه انما رد في حق غرماء الصحة لكونه منهما في حق الغير فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته اي صحة اقراره في المرض لزوال المانع قال اي القدوري في مختصره وان لم يكن عليه اي على المريض ديون في صحته جاز اقراره وان كان لكل ماله قال المصنف رح في تعليله لانه لم يتضمن ابطال حق الغير يعني انما رد لتضمنه ابطال حق الغير فاذا لم يتضمن ذلك هذا اقراره لعدم المانع اقول لكان الظاهر في وضع المسئلة ان يقال وان لم يكن عليه ديون في صحته ولا ديون لازمة في مرضه باسباب معلومة جاز اقراره لان الديون اللازمة في المرض باسباب معلومة متقدمة ايضا على الدين الثابت باقرار المريض كما مر فاذا كان عليه تلك الديون فالظاهر ان لا يجوز اقراره وان لم يكن عليه ديون في صحته لتضمنه ابطال حق غرماء الديون اللازمة في مرضه باسباب معلومة وكان المقر له اولى من الورثة هذا من كلام القدوري ايضا قال المصنف رح في تعليله لقول عمر رضي الله عنه اذا اقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته والا في ثلثه كالخبر لانه من المقدرات فلا يدرك بالقياس فيحمل على انه سمعه من النبي صلى الله عليه وسلم كذا في التبيين قال صاحب غاية البيان فيه نظر لانه روى في مبسوط خواهر زاده وغيره عن ابن عمر لا عن عمر وكذا روى في الاصل حدث محمد بن الحسن فيه عن يعقوب عن محمد بن عبد الله عن نافع عن ابن عمر رض انه قال اذا اقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان احاط ذلك بماله اقول هذا النظر غير وارد لان كونه مرويا عن ابن عمر لا ينافي كونه مرويا عن عمر ايضا فيجوز ان يسنده بعض الفقهاء في النقل الى احدهما كما وقع في الكتب التي ذكرها وبعضهم الى الآخر كما وقع في الهداية والكافي وغيرهما سيما اذا اختلفت عبارة الفريقين في النقل ويؤيد ذلك ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولنا ما روى عن عمر وابنه عبد الله رضي الله تعالى عنهما انهما قالا اذا اقر المريض لوارثه لم يجز واذا اقر لاجنبي جاز انتهى فندبر لان قضاء الدين من الحوائج الاصلية اذ فيه رفع الحائل بينه وبين الجنة قال النبي صلى الله عليه وسلم الدين حائل بينه وبين الجنة كذا في الشرح وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ عن الحاجة ولهذا قدم حاجة الميت في التكفين والتجهيز اقول لقائل ان يقول ان كان قضاء الدين الثابت باقرار المريض من الحوائج الاصلية لا يتم ما ذكره المصنف رح فيما مر الفرق بين الدين الثابت باقرار المريض بين الدين اللازم بسبب معلوم بقوله بخلاف النكاح لانه من الحوائج

قال ولو اقر المريض لوارثه لم يجز الا ان يصدقه الورثة لقوله عليه السلام لا وصية لوارث ولقوله عليه السلام لا تهمة لوارث ثابت
لترجح جانب الصدق فيه صار كالاقرار الصحيح ولو ارث آخر وديعة مستهلكة لوارث لانا قوال عليه بسكانه وصية لوارث الا ان يجيز الورثة

الاصلية هو مجرد المثل ثم اقول يمكن ان يقال قضاء الدين الثابت باقرار المريض يكون من الحوائج الاصلية اذا لم تحقق هناك دين الصحة والدين اللازم في المرض باسباب معلومة او تحققا ولكن فضل شيء من التركة بعد قضائهما واما اذا تحققا ولم يفضل شيء من التركة بعد قضائهما فلا يكون الدين الثابت باقرار المريض من الحوائج الاصلية لان علة كونه من الحوائج الاصلية ان يرفع به الحاصل بين المديون وبين الجنة كما مر وتلك العلة منتفية عند تحقق دين الصحة ودين المرض باسباب معلومة مع عدم وفاء التركة بهما سواء جاء انهما يحولان حينئذ بينه وبين الجنة ما لم يرفعا لتقضائهما بخلاف النكاح فان علة كونه من الحوائج الاصلية كونه من مصالح المعيشة وهذه العلة متحققة في كل حال واجاب بعض الفضلاء عن الايراد المذكور بانه لم يظهر ثبوت الدين فيما اذا اقر بدين في مرضه وعليه يدل الصحة لامكان التهمة حتى يكون قضاؤه من الحوائج الاصلية اقول يرد عليه انه يصير حينئذ مدار الفرق بين ما اقر به في مرضه وبين ما لزم بنكاحه عدم ظهور ثبوت الاول لامكان التهمة فظهور ثبوت الثاني اذا لمغائر لامر دله لاعدم كون الاول من الحوائج الاصلية وكون الثاني منها كما يقتضيه قول المصنف بخلاف النكاح فانه من الحوائج الاصلية ومورد الايراد انما هو قول المصنف هذا ويمكن التوجيه فتامل قال اي القدوري في مختصره ولو اقر المريض لوارثه لا يصح سواء اقر بعين او بدين كما سرحوا به وعن هذا قال صاحب النهاية وهو باطلاقه يتناول العين والدين الا ان يصدقه فيه اي في اقراره هذا بقية الورثة وبه قال الشافعي رح في قول واحمد رح وهو قول شريح وابراهيم النخعي ويحيى الانصاري والقاسم وسالم وابو هاشم وقال الشافعي رح في احد قوليه يصح وهو قول ابي ثور والعطاء والحسن البصري وقال مالك يصح اذا اتهم ويبطل اذا اتهم كمن اثبت وابن عم فاقر لابنته لم تقبل ولو اقر لابن عمه قبل اذ لم يتهم ان يريد في نصيبه ويتهم ان يريد في نصيبها وليس ما قاله الشافعي رح في احد قوليه ما ذكره المصنف رح بقوله لانه اي لان هذا الاقرار اظهار حق ثابت اي اخبار عن حق لازم عليه لترجيح جانب الصدق فيه اي في هذا الاقرار بدلالة الحال فان حال المرض اول على الصدق لانه حال تدارك الحقوق فلا يجوز ان يثبت الحجر عن الاقرار به وصار هذا الاقرار كالاقرار لاجنبي ولو ارث آخر بخلاف اقراره لبعض الورثة بالمهر لان المهر ليس من التركة اليه ولو اقر لابن عمه قبل اذ لم يتهم ان يزيد في نصيبه وتهم ان يزي

لانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه وهذا يسلم من التبرع على الورثة اصلا ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين ولان حالة المرض حالة الاستغناء القرابة سبب التعلق كان هذا تعلق بهم في حق يجب صاحبه تقوا حاجته في الصحة فالمرض يمنع الناس عن المعاملة معه

وانما المشهور قول ابن عمر رضي الله عنهما اذا اقر الرجل في مرضه بدين لاجنبي غير وارث فانه جائز وان احاطه ذلك ماله وان اقر لوارث فهو باطل الا ان يصدقه الورثة وبه اخذ علمائنا وقول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس انتهى وقال صاحب البدائع بعد ذكر قول ابن عمر ولم يعرف له فيه مخالف من الصحابة فيكون اجماعا انتهى اقول كل واحد من الحديث الذي رواه الدارقطني عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والاثر الذي روي عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما انما يدل على بطلان اقرار المريض لوارث بالدين بدون تصديق الورثة وسكوتهم بطلان اقراره له بالدين بالعين كما صرحوا به فكان الدليل قاصرا عن افادة تمام المدعى اللهم الا ان يلتزم ذلك بناء على افادة الدليل العقلي الاتي كلية المدعى فتامل ولانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه ولهذا يمنع اي المريض من التبرع على الوارث كالوصية وله اصلا اي بالكلية ففي تخصيص البعض به اي نفي تخصيص بعض الورثة بماله ابطال حق الباقين اي ابطال حق باقي الورثة وهو جور عليهم فيرد وتذكر ههنا ما ورد عليه من الاشكال بالاقرار في المرض لوارث آخر وجوابه فانا قد ذكرناهما فيما مر نقلا عن المبسوط والاسرار فان قيل حق الورثة انما يظهر بعد الفراغ عن حاجته فاذا اقر بالدين لبعض الورثة فقد ظهر حاجته لان العاقل لا يكذب على نفسه خلافا وبالمرض تزداد جهة الصدق لان الباعث الشرعي ينضم الى العقل فيبعثه على الصدق قلنا الاقرار للوارث ايصال نفع اليه من حيث الظاهر وفيه ابطال حق الباقين ووجوب الدين لم يعرف الا بقوله وهو متهم فيه بجواز انه اراد الايثار بهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية فوجب ان يتوقف صحته على رضى الباقين دفعا للوحشة والعداوة بخلاف الاجنبي لانه غير متهم فيه لانه يملك ايصال النفع اليه بطريق الوصية وكل تصرف يتمكن المريض من تحصيل المقصود به انشاء لا يتمكن التهمة في اقراره كذا في الكفاية ومعراج الدراية ولان حالة المرض حالة الاستغناء عن المال لظهور امارات الموت الموجب لانتهاء الامال وكل ما هو كذلك فالاقرار لبعض الورثة فيها لغير تهمة تخصيصه والقرابة تمنع عن ذلك لانها سبب التعلق اي سبب تعلق حق الاقارب بالمال وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشيء منه بلا مخصص وعلى هذا التقرير الذي هو مختار صاحب العناية يكون قول المصنف ولان حالة المرض حالة الاستغناء الى آخره دليلا مستقلا على اصل المسئلة وهو الظاهر من اسلوب تحريره وقال بعض الفضلاء قوله ولان حالة المرض حالة الاستغناء عطف على قوله ولهذا يمنع الى آخره فانه كان دليلا انيا وهذا دليل لمي انتهى اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان تقديم قوله ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين باعتبار ذلك جاء الان قوله لانه يتعلق حق الورثة بماله في مرضه مقدمة لدليل اصل المسئلة وقوله ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين مقدمة اخرى مربوطة بالاولى ولو كان قوله ولان حالة المرض حالة الاستغناء معطوفا على قوله ولهذا يمنع من التبرع لكان دليلا على المقدمة الاولى كالمعطوف عليه فيلزم توسيط المقدمة الثانية بين دليلي المقدمة الاولى ولا يخفى ما فيه لعدم تسليم قوله ولان حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق لان يكون دليلا على قوله ولانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه لولا التوسط قوله ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين وعن هذا قال في الكافي ولانه اثر بعض ورثته شيئا من ماله بعد تعلق حق الكل بماله فيرد كما لو اوصى له بشيء من ماله وهذا الان حالة المرض حالة الاستغناء عن ماله لظهور آثار الموت فيها والظاهر ان الانسان لا يحتاج الى ماله لانتهاء آماله اقباله على الآخرة فيظهر عند استغنائه حق اقربائه ولهذا منع من التبرع على ورثته اصلا فلم يصح اقراره للوارث لانه يوجب ابطال حق الباقين انتهى قال في التبيين لان فيه ايثار لبعض الورثة بماله بعد تعلق حق جميعهم فلا يجوز لما فيه من حق البقية كالوصية وانما تعلق حقهم به لاستغنائه عنه بعد الموت فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار لورثته كما لا يتمكن منه بالوصية لهم انتهى تعلق اي تعلق حق الورثة بماله المرض لم يظهر في حق الاجنبي حيث لم يمنع اقرار المريض للاجنبي لحاجته اي لحاجة الانسان الى المعاملة مع الناس في الصحة اي في حال الصحة فلو لم يصح اقراره بالكلية في حال المرض لم تقض حاجته في حالة الصحة لانه لو انجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه في الصحة بناء على جواز ان يعرضه المرض فيحتمل مصالحة فيقع في الحرج وهو مرفوع شرعا ولما استشعر ان يقال الحاجة موجودة في حق الوارث ايضا لان الناس كما يعاملون

وقلما يقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته ايضا ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا اصدقوه فقد ابطلوه فيصح اقراره وان اقر لاجنبي جاز وان احاط بماله عندنا والقياس ان لا يجوز الا في الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه الا انا نقول لما صح اقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي لانه الثلث بعد الدين ثم وثم حتى يأتي على الكل **قال** ومن اقر لاجنبي ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل اقراره له فان اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها وجه الفرق ان دعوة النسب تستند الى وقت العلوق فتبين انه اقر لابنه فلا يصح وكذلك الزوجية لا تضاف تقتصر على زمان التزوج فبقي اقراره لاجنبية

مع الاجنبي يعاملون مع الوارث اجاب بقوله وقلما يقع المعاملة مع الوارث لان المعاملة للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لانه يستحيي من المماكسة معه فلا يحصل الربح ولم ليظهر اي وكذا لم يظهر هذا التعلق في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته ايضا اي لحاجة الانسان الى الاقرار بالوارث ايضا لان الاقرار بالنسب من حوائجه الاصلية لانه يحتاج الى ابقاء نسله فلا يحجر عنه بحق الورثة ثم هذا التعلق اي تعلق الورثة بمال المريض في مرضه حق بقية الورثة فاذا صدقوه اي اذا صدق بقية الورثة المقر الوارث فقد ابطلوه اي ابطلوا احقهم فصح اقراره وهذا الكلام من المصنف بيان لوجه الاستثناء الذي ذكره القدوري في مختصره بقوله الا ان تصدقه فيه بقية الورثة واذا اقر لاجنبي جاز وان احاط بماله لما بينا اشارة الى قوله ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية كما ذهب اليه صاحب معراج الدراية وصاحب العناية اوالى قوله لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه كما ذهب اليه صاحب غاية البيان وتبعه الشارح العيني وفي العناية وان كانت المسألة معلومة مما تقدم الا انه ذكرها تمهيدا لذكر القياس والاستحسان والقياس ان لا يجوز الا في الثلث وهو مذهب بعض الناس كما ذكر شيخ الاسلام في مبسوطه لان الشرع قصر تصرفه اي تصرف المريض عليه اي على الثلث وتعلق بالثلثين حق الورثة ولهذا لو تبرع بجميع ماله لم ينفذ الا في الثلث فكذا الاقرار وجب ان لا ينفذ الا في الثلث كذا قالوا اقول لقائل ان يقول الشرع انما قصر على الثلث تصرفه الذي لم يكن من الحوائج الاصلية دون مطلق التصرف والا لزم ان لا ينفذ تصرفه في نحو ثمن الاغذية والادوية الا في مقدار الثلث ولم يقل به احد وقد تقرر فيما مر ان قضاء الدين من الحوائج الاصلية فلم يجر القياس المذكور في الاقرار بالدين اللهم الا ان يدعى ان كون قضاء الدين من الحوائج الاصلية على موجب الاستحسان ايضا دون القياس الا انا نقول في وجه الاستحسان لما صح اقراره في الثلث لانتفاء التهمة عن اقراره في ذلك القدر لتعلق الورثة به كان له التصرف في ثلث الباقي لانه الثلث بعد الدين والثلث بعد الدين محل التصرف قطعا فينفذ الاقرار في الثلث الباقي ثم وثم حتى يأتي على الكل كذا في الايضاح وحاصله المعتبرات اقول فيه شيء وهو ان الايتان على الكل غير متصور على الوجه المزبور انه على القول بالجزء الذي لا يتجزى كما هو مذهب المتكلمين فظاهر لان التثليث اذا انتهى الى ثلثة اجزاء فاذا خرج منها احد هما وبقي جزءان امتنع بعد ذلك اخراج الثلث من ذينك الجزءين الباقيين لعدم امكان التجزي في شيء منهما واما على القول بامكان القسمة الى غير النهاية كما هو مذهب الحكماء فكذلك فان الثلث في كل مرتبة لا يحتمل ان يكون عين الكل للقطع بمغايرة الجزء للكل لا يقال مراده الايتان على قريب من الكل لا عين الكل حقيقة لانا نقول فحينئذ لا يتم التقريب لان المدعى جواز الاقرار لاجنبي وان احاط بكل ماله حقيقة تدبر وتفصل لوجه المذكور بالوصية بجميع ماله اذا لم يكن عليه دين فانها لا يجوز عند تحقق الورثة مع جريان الطريق المزبور فيها لان المريض له حق التصرف في ثلث ماله بدون اجازة الورثة فلما صح تصرفه في ثلث الباقي لما ان جميع ماله بعد الثلث اخراج حيلة كانه هو من الابتداء فيجب ان ينفذ وصيته في ثلثه ايضا ثم وثم الى ان يأتي على الكل اجيب بان الثلث بعد الدين محل تصرف المريض فلما اقر به دين انتقل الى محل التصرف الى ثلث ماله بعده وليس الثلث بعد الوصية بشيء محل تصرف المريض وصيته وانما محل الوصية ثلث المجموع لا غير فافترقا قال اي القدوري في مختصره ومن اقر لاجنبي في مرضه بمال ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه اي ثبت نسب المقر له من المقر وبطل اقراره بالمال فان اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها بخلاف الهبة والوصية حيث بطلتا بها ايضا وقال زفر رح يبطل الاقرار لها ايضا لانها وارثة لها عند الموت فحصلت التهمة وهي المعتبرة في الباب ولنا ما ذكره المصنف بقوله ووجه الفرق اي بين المسألتين ان دعوة النسب تستند الى وقت العلوق فتبين انه اقر لابنه فلا يصح يعني ان النسب اذا ثبت يستند الى وقت العلوق فتبين بذلك ان اقرار المريض وقع لوارثه وذلك باطل ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان التزوج يعني ان الزوجية اذا ثبتت ثبتت مقتصرة على زمان العقد فبقي اقراره لاجنبية فيصح بخلاف الهبة والوصية لان الموصى له يملك بعد الموت وهي وارثة حينئذ والهبة في المرض حكم الوصية

قال من طلق زوجته في مرضه ثلثا ثم أقر لها بدين بعد موته فلها الأقل من ميراث ومن هذا القدر ويتعين فيه إقراره بسبب معروف فصل في بيان ما يتعين فيه سبب معروف وما لا يتعين فيه وما يشترط فيه التصديق وما لا يشترط فيه وما يتعين فيه سبب معروف ولا يشترط فيه التصديق ولا يكون فيه سبب معروف ولا يشترط فيه التصديق وما يتعين فيه سبب معروف ولا يشترط فيه التصديق ولا يكون فيه سبب معروف ولا يشترط فيه التصديق

على ما بيناه في بابه وفي وصايا الجامع الصغير ولو أن المريض أقر بدين لابنه وهو ابن لأبي أو عبد ثم استلد الابن أو اعتق العبد ثم مات الرب فالاقرار باطل لأنه بين أقر وكان سبب التهمة بينهما قائما وهو القرابة التي بينهما وإن كان في الحال ليس بينهما قرابة ثم قرابة جهالان سبب التهمة لم يكن هناك قائما وقت الاقرار انتهى قال أي القدوري في مختصره ومن طلق زوجته في مرضه ثلثا ثم أقر لها بدين فلها الأقل من الدين ومن ميراثها منه أي من الزوج قال الامام الزيلعي في شرح الكنز إذا طلقها بسؤالها أو خلعها بسؤالها أو طلقها الأب بالغا بسؤالها أو الصبي الأقر لها لأنها وارثة إذ هو فار وقد بينا في طلاق المريض انتهى وقال نجم الدين الزاهدي في شرح مختصر القدوري في بعض النسخ والشروح ومن طلق زوجته في مرضه ثلثا بسؤالها ثم أقر لها بدين والوضعان صحيحان والحكم فيهما واحد على ما ذكره في الجامع والمحيط غير أنه لولا الاقرار فلها في الوضع الأول ترثه إذا ماتت في العدة وفي الوضع الثاني لا يرثه ومع هذا إذا أقر لها بدين فلها الأقل من الدين ومن الميراث انتهى كلامه أقول قد اختلفت آراؤهم في استخراج هذا المقام والذي يطابق ما مر في كتاب الطلاق في هذا الكتاب ما ذكره الزيلعي فانه قال هناك وإن طلقها ثلثا في مرضه بأمرها ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الأقل من ذلك ومن الميراث فكانت المسألة مفيدة هناك بما قيده الزيلعي هنا ولا يرى للتقييد فائدة سوى الاحتراز عما إذا طلقها بغير أمرها ثم إني تتبعت عامة المعتبرات حتى الجامع والمحيط ولم أظفر في شيء منها بكون الحكم واحدا في الموضعين المذكورين بل إنما وجدت المسألة المزورة مذكورة في حكم المصور وجدتها مقيدة بكون الطلاق بسؤال المرأة أو بأمرها فالظاهر ما ذكره الزيلعي وأما عدم تعرض المصنف رحمه صاحب الكافي وكثير من الشراح هنا للتقييد المذكور فيجوز أن يكون بناء على ظهوره مما مر في كتاب الطلاق ثم إن صاحب العناية من الشراح وإن قيد المسألة هنا أيضا بالقيد المذكور إلا أنه فسر باء حيث جعلها مثالا لما كان المقر به وارثا حالة الاقرار دون الميت فيما عن وضعها المذكور في الكتاب فقال كما إذا طلق زوجته في مرضه ثلثا بأمرها وقد أقر لها بدين فلها الأقل من الدين والميراث والمذكور في الكتاب ثم أقر لها وهما بينونا لا يخفى قال المصنف رحمه في تعليل مسألة الكتاب لانتهاء الزوجين منهما فيه أي في هذا الاقرار لقيام العدة أشار بهذا إلى أن وضع المسألة فيما إذا كان موت المقر قبل انقضاء العدة وأما إذا كان موته بعد انقضائها فاقراره لها جائز وباب الاقرار مسدود للوارث فلعله بنى على أن الطلاق الرجعي يقطع الزوجية أقوى من الفرار ولعله بنى على أن الطلاق الرجعي يقطع الزوجية أقوى من الفرار ولعله بنى على أن الطلاق الرجعي يقطع الزوجية أقوى من الفرار

فصل في بيان الاقرار بالنسب قدم الاقرار بالمال على الاقرار بالنسب للكثرة وقوع الأول وقلة وقوع الثاني ولا ريب في أن هو غير الدوران أن هم بالبيان الثاني بفصل على حدة لانفراده ببعض الشروط والاحكام كما سيظهر ومن أقر بغلام يولد مثله أي مثل ذلك الغلام لمثاله أي لمثل المقر يعني هما في السن بحيث يجوز أن يولد للمقر لا للمقر وليس له أي للغلام نسب معروف بل كان مجهول النسب أنه ابنه أي أقر أنه ابنه وصدقه الغلام أي فيما إذا كان يعبر عن نفسه أما إذا كان لا يعبر عن نفسه فلا يشترط تصديقه كما صرح به قاطبة ثبت نسبه منه جواب المسألة أي ثبت نسب الغلام من المقر وإن كان المقر مريضا إلى هنا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف رحمه في تعليل المسألة لأن النسب مما يلزمه خاصة يعني أن النسب في الصورة المذكورة مما يلزم المقر خاصة ليس فيه حمل النسب على الغير فيصح إقراره به وإن كان مريضا لأن إقرار المريض إنما لا يصح فيما فيه التهمة بحق الغير والتهمة ههنا وشرط أن يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا في الظاهر فلا يصح إقراره وشرط أن لا يكون نسبه معروفا أي لأن كون نسبه معروفا يمنع ثبوته من غير دليل النسب لا يقبل النسخ بعد ثبوته وإنما شرط تصديقه أي تصديق الغلام لأنه في يد نفسه إذا كان المسألة في غلام يعبر عن نفسه فإذا كان لا يعبر عن نفسه فهو في يد نفسه يعبر عن تصديقه لأن الحق له فلا يثبت بدون تصديقه كذا ذكر في التبيين أقول يقتضي هذا بالتعليل بالاقرار بغير النسب كالمال ونحوه إذ لا يشترط

بخلاف الصغير على ما مر من قبل ولا يمتنع بالمرض لان النسب من الحوائج الاصلية ويشارك الورثة في الميراث لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته قال ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى لانه اقرار بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير

في لزوم ما اقر به هناك تصديق المقر له ولكن يرد الاقرار برده على ما تقرر في صدر كتاب الاقرار مع جريان ان يقال في ذلك ايضا ان الحق له فينبغي ان لا يثبت بدون تصديقه وقال في البدائع لان اقراره يتضمن ابطال يده فلا يبطل الا برضاه انتهى اقول تضمن الاقرار بالنسب لبطال يد المقر له محل المنع فتامل ثم قال في التحميل لما فيه من الزام حقوق النسب فلا يلزمه الا بالتزامه انتهى اقول هذا اظهر الوجوه وهو الحق عندي اذ لا شك انه يترتب على ثبوت النسب حقوق كثبوت الارث ولزوم النفقة وما شابهما وفي بعضها مشقة على المقر له فبقي الاقرار بالنسب لازما تلك الحقوق فلا بد من التزام المقر له اياها حتى لا يتضرر بخلاف الاقرار بالمال ونحوه اذ هو نفع محض للمقر له فيه بد من التزامه بخلاف الصغير الذي لا يعبر عن نفسه لانه في يد غيره فلا يشترط تصديقه على ما مر من قبل اي في باب دعوى النسب من كتاب الدعوى ولا يمتنع بالمرض اي لا يمتنع الاقرار بالنسب بسبب المرض لان النسب من الحوائج الاصلية فصار كالنكاح بمهر المثل ويشارك الورثة في الميراث هذا من تتمة كلام القدوري في مختصره اي ويشارك الغلام المقر له بالنبوة سائر الورثة في ميراث المقر قال المصنف في تعليله لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته اي ورثة المقر بالنسب قال اي القدوري في مختصره ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد اي بالشرائط التي مر بيانها كما صرح به في الكافي ومعراج الدراية وسائر المعتبرات اقول لا يذهب عليك ان المسئلة المتقدمة متدرجة في هذه المسئلة اذ لا دليل عليها صراحة قوله ههنا والولد فاذا كانت الشرائط المعتبرة هناك معتبرة ههنا ايضا لم يكن لذكر تلك المسئلة فيما قبل على الاستقلال كما وقع في مختصره القدوري وعامة المتون فائدة يعتد بها كما لا يخفى ولهذا لم يقع كذلك في الاصل والمحيط وعامة معتبرات الفتاوى والزوجة اي ويجوز اقرار الرجل بالزوجة ولكن يشترط هنا ان يكون المرأة خالية عن زوج آخر وعدته وان لا يكون تحت المقر اختها والاربع سواها نص عليه في الكافي والشروح والمولى اي ويجوز اقراره بالمولى يعني مولى العتاقة سواء كان اعلى او سفل هذا اذا لم يكن في ولاء ثابتا من الغير لان الولاء بمنزلة النسب وثبوت النسب من الغير يمنع صحة الاقرار بالنسب فكذلك في الولاء كذا في الذخيرة وغيرها قال صاحب النهاية اعلم ان هذا الذي ذكره ههنا من صحة اقرار المقر باللام حيث قال بالوالدين موافق لرواية تحفة الفقهاء واورده شرح الفرائض للامام سراج الدين المصنف رح ومخالف لعامة النسخ من المبسوط والايضاح والجامع الصغير للامام المحبوبي وغيرها والله تعالى اعلم بصحته انتهى كلامه قال المصنف رح في تعليل مسئلة الكتاب لانه اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير تحقق المقتضى وانتفى المانع فوجب القول بجوازه وقال صاحب النهاية وهذا الدليل كما ترى يدل على صحة اقراره باللام كصحة اقراره بالاب ثم قال قال صاحب النهاية والله تعالى اعلم بصحته وقد عرفت صحته بدلالة الدليل المذكور انتهى يعني ان صحته مقررة بدلالة الدليل المذكور عليها فلا وجه لتردد صاحب النهاية فيها كما يشعر به قوله والله تعالى اعلم بصحته اقول فيه بحث اما اولا فلان دلالة الدليل المذكور على صحة اقراره باللام ممنوعة فان من شرائط صحة اقراره باللام تصديق اللام اياه وفيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج وذلك لا يجوز ولهذا لا يقبل اقرار الام بالولد باتفاق الروايات كما سياتي فاذا لم يجز تصديقها اياه لم يجز اقراره بها بالاستلزام لانتفاء الشرط لانتفاء المشروط واما ثانيا فلان تردد صاحب النهاية في صحة اقراره باللام انما نشأ مما صرح به في عامة الروايات بان اقرار الرجل يصح باربعة نفر بالاب والابن والمرأة ومولى العتاقة وذكر العدد يمنع الزيادة والنقصان على ما عرف في الاصول فلما لم يجز اقراره باللام على مقتضى ما ذكر في تلك الروايات جاز ان يكون دليل ذلك اقوى من الدليل المذكور في الكتاب للجواز فان الدليل المذكور فيه هو القياس الجلي وجاز ان يكون دليل عدم الجواز هو النص او الاجماع او القياس الخفي الذي هو الاستحسان وكل واحد منها يترك القياس الجلي وان كان دليل ذلك هو القياس الجلي ايضا والاقل من المساواة وعدم الاطلاع على ذلك لا يقتضي عدم ثبوته عند المجتهدين فالمدار في صحة احدى الجانبين صحة النقل عنهم لا غير فتامل واعترض بعض الفضلاء على مسئلة الكتاب والدليل المذكور فيه بان الاقرار بامومة المرأة فيه تحميل النسب على الغير اذا كانت تزوجه فينبغي ان لا يقبل فان قيد بعدم الزوج لم يتفق بينه وبين اقرارها بالولد فان اقرارها بالولد

ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا ولا يقبل بالمولود لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج بخلاف النسب منه لان يصدقها الزوج بان اعتقها او تشهد بولادته ذاته لان قول القابلة في هذا مقبول اذ تقدم في الطلاق وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى

يصح ايضا اذا اخذ بهذا التسديد فلا يظهر وجه لاثبات هذا وفق ذلك انتهى اقول الانسلم ان الاقرار بامومة المرأة فيه تحميل النسب على الغير وان كانت تترتب عليه تحميل البوة الزوج ايضا بناء على كونه الاصل في النسب فكانه اقر على نفسه بالانتساب اليه ايضا وعن هذا قالوا في الاقرار بالاب صراحة ان المقر بالاب الزم نفسه الانتساب اليه ولم يقبل احد ان فيه تحميل نسب نفسه على الغير بخلاف اقرار المرأة بالولد فان فيه تحميل نسب الغير على الغير اقرار على غيره لا على نفسه فكان دعوى وشهادة والدعوى المفردة ليست بحجة وشهادة المفرد فيما يطلع عليه الرجال وهو من باب حقوق العباد غير مقبولة كذا في البدائع وغيره ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا انه اقرار بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير والابوية لا يمنع صحة اقرارها على النسب ويستوي في صحة الاقرار بالاشياء المذكورة حالة الصحة وحالة المرض لان حالة المرض انما تخالف حالة الصحة باعتبار تعلق حق الغرماء والورثة بالتركة فلا يتعلق بحق الغرماء والورثة كان الاقرار به في الصحة والمرض سواء والنسب والنكاح والولاء لا يتعلق به حق الغرماء والورثة كذا في المبسوط ولا يقبل اي لا يقبل اقرار المرأة بالولد وان صدقها لان فيه اي في اقرارها بالولد تحميل النسب اي تحميل نسب الولد على الغير وهو الزوج لان النسب منه اي من الزوج قال الله تعالى ادعوهم لابائهم الا ان يصدقها الزوج استثناء من قوله ولا يقبل بالولد يعني اذا صدقها الزوج يقبل اقرارها بالولد لان الحق له اي للزوج فيثبت بتصديقه او تشهد بولادته قابلة اه والا ان تشهد قابلة بولادته اي بتولد ذلك الولد من تلك المرأة وفي بعض النسخ بولادتها اي بولادتها اياه ففي هذه النسخة اضيف المصدر الى الفاعل وترك المفعول وفي الاولى عكس الامر لان قول القابلة في هذا اي في هذا الخصوص مقبول فالغرض ان الفراش قائم فيحتاج الى تعيين الولد وتشهد بها في ذلك مقبولة وقد مر في الطلاق اي في باب ثبوت النسب عند قوله فان جحد الولادة يثبت النسب بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج لاعن لان النسب يثبت بالفراش القائم وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى من هذا الكتاب ودليل التفصيل هو ان اقرارها بالولد انما لا يصح بدون شهادة قابلة بالولادة اذا كانت المرأة ذات زوج وان كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند ابي حنيفة رحمه الله واما اذا لم تكن منكوحة ولا معتدة فالولد يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها والاصل في جنس هذه المسائل ان من اقر بنسب يلزمه في نفسه ولا يحمله على غيره فاقراره مقبول كما يقبل اقراره على نفسه بسائر الحقوق ومن اقر بنسب يحمله على غيره فانه لا يقبل اقراره كما لا يقبل اقراره على غيره وبسائر الحقوق كذا في شرح الاقطع فان قلت لاي معنى يثبت نسب الولد من الاب دون الام مع ان الولد ولد منهما وما فائدة ثبوت نسبه من الاب دون الام وما فائدة ثبوت النسب من الرجل في الاربعة والخمسة المذكورة دون من سواهم مع ان للرجل اذا اقر بالاخ بعد موت ابيه يشاركه في تركة ابيه على ما سيأتي في الكتاب وكذلك يجب عليه نفقة الاخ المقر له حال حيوته كما ذكر في المحيط والذخيرة قلت اما الاول فلان الولد منسوب الى الاب دون الام لقوله تعالى ادعوهم لابائهم وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن حيث اضاف الاب الى الولد بلام التمليك ولذلك اختص الاب بالنسب واما فائدة اختصاص ثبوت النسب من الاب فهي صحة اقرار الاب بالولد ووجوب نفقة الولد على الاب على وجه الاختصاص حتى لا يشاركه فيها احد كما لا يشاركه احد في نسبه واما فائدة ثبوت النسب في حق هذه الاربعة او الخمسة فهي ثبوته على طريق العموم لا على طريق الخصوص اي ان حقوق المقر له كما يلزم على المقر كذلك يلزم على غير المقر بتقرير صحة اقراره حتى انه اذا اقر بالابن مثلا فالابن المقر له يرث من المقر مع سائر ورثته وان جحد سائر الورثة ذلك ويرث من اب المقر وهو جد المقر له وان كان الجد يجحد بنوة لابنه واما فيما سوى الاربعة او الخمسة فلما لم يصح اقرار المقر بظهر انه في موضعين احدهما عدم اعتبار اقراره فيما يلزم غيره من الحقوق حتى ان من اقر باخ وله ورثة سواه يجحدون اخوته فمات المقر لا يرث الاخ مع سائر ورثته ولا يرث من اب المقر وهو اي من صح اقراره في حقه كما ذكرناه والثاني في صحة رجوع المقر

ولا بد من تصديق جميعهم ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر وكان النسب يبقى بعد الموت ولكن لا يصح تصديق الزوجة ولا من يحكم النكاح بان ولكن يصح تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من احكامه عند ابي حنيفة رح لا يصح ان تكلم المقر بالموت ولعدم امكان استعلامها ميتة ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار

عما اقر به في حق من سوى الاربعة او الخمسة وعدم صحته في حق هؤلاء فان من اقر في مرضه باخ وصدقه المقر له ثم رجع عما اقر به يصح حتى انه لو اوصى بماله كله لانسان بعد الاقرار باخ كان ماله كله للموصى له لان النسب لما لم يثبت كان اقراره بالاخ وقع باطلا فيصح رجوعه عما اقر وانما اختلف المقر له ترك المقر عند عدم المزاحم فليس باعتبار صحة الاقرار بالنسب بل باعتبار ان ذلك صار بمنزلة الموصى به بجميع المال وباعتبار ان اقراره حجة في حق نفسه لا في حق غيره ولذلك قلنا باستحقاق النفقة على المقر في حال حيوته الى هذا كله اشارة في الذخيرة وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي قال المصنف ولا بد من تصديق هؤلاء اي لا بد من تصديق المقر لهم المذكورين لانهم في ايدي انفسهم فيتوقف نفاذ الاقرار على تصديقهم كذا في الكافي وغيره الا اذا كان المقر له صغيرا في يد المقر وهو لا يعبر عن نفسه او عبدا فيثبت نسبه بمجرد الاقرار ولو كان عبد الغير ويشترط تصديق مولاه كذا في التبيين ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر يعني ان المقر له بالنسب اذا صدق في حال حيوة المقر يصح فكذا اذا صدق بعد موته لان النسب يبقى بعد الموت فيصح تصديق المقر له بالنسب بعد موت المقر حتى يثبت به احكام النسب باسرها قال تاج الشريعة ولا يشترط هذا بايجاب للبائع اذا مات قبل قبول المشتري لان الاقرار تام في نفسه والتصديق شرط فكان كما اذا باع بشرط خيار للمشتري ثم مات البائع لا يبطل الا بالايجاب ثمة فكيس بتام لان القبول ذكر انتهى وكذا يصح تصديق الزوجة اي وكذا يصح تصديق الزوجة زوجها في الاقرار بالزوجية بعد موت الزوج المقر بالاتفاق حتى يكون لها المهر والميراث لان حكم النكاح وهو العدة باق بعد الموت فان العدة واجبة بعد الموت وهي من آثار النكاح الا ترى انها تغسله بعد الموت لقيام النكاح من وجه وكذا تصديق الزوج بعد موتها اي وكذا يصح تصديق الزوج المرأة بعد موتها في الاقرار بالزوجية فعليه مهرها ولها الميراث منها لان الارث من احكامه اي من احكام النكاح وهو مما يبقى بعد الموت كالعدة وهذا عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وعند ابي حنيفة رحمه الله لا يصح تصديق الزوج بعد موتها لان النكاح انقطع بالموت حتى يجوز له ان يتزوج اختها واربعا سواها ولهذا لا يحل له غسلها بعد موتها عندنا ولا عدة عليها فيصح باعتبار ما كان والا يصح باعتبار ما صار والاصل عندنا ان التصديق يصح على اعتبار الارث هذا جواب سؤال مقدر على قول ابي حنيفة رح تقريره سلمنا ان تصديق الزوج اياها بعد موتها لا يصح نظرا الى انقطاع النكاح بالموت بدليل ان الزوج لا يحل له ان يغسل زوجته بعد موتها باتفاق اصحابنا ولكن لم لا يصح تصديقه اياها بعد موتها نظرا الى الارث الذي هو من حق آثار النكاح ايضا فقال لا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه اي لان الارث معدوم حالة الاقرار اي حالة اقرار الزوجة بالنكاح وانما يثبت اي الارث بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار قال صاحب العناية معناه ان التصديق هو الموجب لثبوت النكاح الموجب للارث فلا يمكن ان يثبت بالارث انتهى اقول لا يخفى على الفطن ان معنى كلام المصنف رح ههنا ان التصديق يستند الى اول الاقرار بالنكاح والارث معدوم في تلك الحالة فلا يمكن اعتبار صحة التصديق باعتبار الارث المعدوم وقلنا واما المعنى الذي ذكره صاحب العناية فمع كونه مما لا يساعده عبارة المصنف رح اصلا ليس بسديد ههنا اما اولا فلانه لم يقل احد بان التصديق يثبت بنفس الارث حتى يتم ان يقال في الجواب عنه لا يمكن ان يثبت التصديق بالارث لثبوت الارث به بل قيل صحة التصديق باعتبار مصادفته وقت الارث الذي هو من آثار النكاح ولا ينافيه ثبوت نفس الارث بالتصديق واما ثانيا فلان ذلك يتقضى بما اذا كان التصديق قبل موتها فانه يصح اتفاقا لمصادفته وقت ثبوت النكاح مع انه يجري ان يقال ان التصديق هو الموجب لثبوت النكاح فلا يمكن ان يثبت بثبوت النكاح واما ثالثا فلانه يلزم حينئذ ان يكون قول المصنف فانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت ضائعا مستدركا بجريان ذلك المعنى وان فرض ان الارث موجود حالة الاقرار ثابت قبل الموت تدبر وقال صاحب النهاية ويقابل ان يعارض فيقول لا يصح التصديق على اعتبار العدة لانها معدومة حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار ولقيد بما ذكرتم ويمكن ان يجاب عنه بان العدة لازمة للموت عن نكاح

قال ومن قرب نسب من غير الوالدين والولد مخرالاخ والعم يقبل اقراره في النسب لان فيه حمل النسب على الغير فان كان له وارث معروف قريب او بعيد فهو اولى بالميراث من المقر له لانه لما لم يثبت نسبه منه يرجح الوارث المعروف وان لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه لان له

بالاجماع فجاز ان يعتبر النكاح المعين قائما باعتبارها فلذا للمقر به وما الارث فليس بلازم له لجواز ان يكون المرأة كتابية فلم يعتبر قائما باعتباره انتهى كلامه اقول وليس بتام لان العدة ايضا غير لازمة للموت عن نكاح عند ابي حنيفة رح يجوز ان تكون المرأة ذمية مات عنها زوجها الذمي او يكون حربية خرجت الينا مسلمة او ذمية او نحو ثم اسلمت او صارت ذمية فانه لا عدة عليها في هذه الصورة عند ابي حنيفة رح مع انه اذا لم تكن حائلا كما تقرر في محله والمعارضة المذكورة انما ترد على قول ابي حنيفة رح فالجواب لمن يريد ان يدفعها على اصله ثم ان بعض العلماء قال بعد نقل ما ذكره صاحب الغاية في هذا المقام الظاهر ان مراد صاحب الهداية ان التصديق يستند الى حالة الاقرار فرفي تلك الحالة لا يجب الارث بل هو حكم يجب ويثبت بعد الموت فمتى صححنا الاقرار صححنا لاثبات الارث ايضا فيكون التصديق واقعا في شئ هو في الحال معدوم من كل وجه وهو النكاح واشير الى هذا في النهاية فلا ترد المعارضة اصلا لان وجوب العدة ثابت قبل الموت فلا يكون التصديق واقعا في نكاح معدوم من كل وجه كما ههنا كلامه اقول نعم اشير الى ذلك المعنى في النهاية وغيرها ولكن قوله فلا يرد المعارضة اصلا ممنوع لان وجوب العدة ثابت قبل الموت ان اراد به ان وجوبها ثابت قبل الموت في المعتدة بالطلاق فمسلم لكن ذلك لا يجدي نفعا اذ الكلام في المعتدة بالموت وان اراد به ان وجوبها ثابت قبل الموت في المعتدة بالموت ايضا فممنوع بل وجوبها في المعتدة بالموت بعد الموت كما لا يخفى وصرح به في النهاية وغيرها وقال بعض الفضلاء هذه المعارضة مدفوعة عن المصنف فانه لم يعين ان المراد من حكم النكاح في قوله حكم النكاح باق هو العدة فلعله اراد به مثل حرمة التزوج بزوج آخر وحل غسلها فانه ثابت في حال النكاح ايضا ولو عينه لامكن ان يقال المراد بالعدة ما يلازمها من اشتغال ما ذكرنا مجازا فلا اشكال انتهى كلامه اقول ما ذكره من مثل حرمة التزوج بزوج آخر وحل غسلها ليس بحكم مستقل للنكاح بعد الموت بل هو من دون متفرعات العدة كما لا يخفى على العارف بالفقه فاذا لم يصح التصديق على اعتبار العدة لم يصح ذلك على اعتبارها هو متفرع عليها لان سقوط الاصل عن غير الاعتبار يقتضي سقوط الفرع عن حيز ذلك ايضا فالاشكال باق وان قيل اذا اقر رجل لرجل بعد تمام العدة وترك كسبا كتسبه بعد الاقرار ثم صدقه المقر له استحق الكسب والارث في مسئلتنا كذلك قلنا الكسب يقع ملكا من الابتداء والملك الرقبة لانه في حكم المنفعة ومن ملك رقبة ملك منافعها حكما لها فيصير الاقرار بالعبد اقرارا بان الكسب للمقر له فيصير قياما بمنزلة قيام العبد فاما الارث فانما يثبت بعد موت المرأة على سبيل الخلافة عنها بالسبب الزوجية لا بحكم الاقرار والمستحق عليها بالنكاح لفوت بموتها فيتقيد تصديقها بعد ذلك دعوى ارث مبتدأ وكذا في الاسرار والايضاح وغيرهما قال ابي القدوري في مختصره ومن اقر بنسب من غير الوالدين في الولد الصلبي نحو الاخ والعم ونحو ابعد وابن الابن كما صرح بها ايضا في الكافي لا يقبل اقراره في النسب وان صدقه المقر له بل لابد فيه من البينة كما ذكر في المختصر وغيرها لان فيه اي في هذا الاقرار حمل النسب على الغير فان في الاقرار بالاخ حمل النسب على الاب اذ المقر له بالاخوة مالم يكن ابن اب المقر لا يكون خاله وفي الاقرار بالعم حمل النسب على الجد اذ المقر له بالعمومة مالم يكن ابن جد المقر لا يكون خاله وفي الاقرار بابن الابن حمل النسب على الابن اذ المقر له لا يكون ابن ابن المقر مالم يثبت بنوته من ابن المقر وفي الاقرار بابن حمل النسب على الاب اذ المقر له لا يكون ابن جد المقر مالم يثبت البوته من ابيه فان كان له اي للمقر ابن اقر او كان معروف النسب كالعصبات والمفروض والعصبات او بعيد كذوي الارحام فهو اي الوارث المعروف اولى بالميراث من المقر له حتى لو اقر باخ وله عم او خال فالارث للعم والخال لانه لما لم يثبت نسبه اي نسب المقر له منه اي من المقر لا يزاحم الوارث المعروف قال في النهاية قوله فان كان له وارث بالنسب بعد قوله لا يقبل اقراره في النسب وقع في محزه لان هذا متعقبه ذلك فصورته ذلك ان الرجل اذا اقر في مرضه باخ له من ابيه وامه او بابن ابن له ثم مات وله عم او خال او مولى عتاقة فالميراث للعم والخال او المولى ولا شئ للمقر له لان النسب لا يثبت باقراره فلا يستحق المقر له مع وارث معروف انتهى وان لم يكن له اي للمقر وارث معروف استحق المقر له ميراثه لان المقر بنسبين بالنسب باستحقاق البعد وهو في الاول مقر على غيره باقراره على غيره بخير مستبد لان الولاية له على غيره وفي الثاني مقر على نفسه واقراره على نفسه معتبر لان له

قال ومن اقر بوارث بنسب على غيره بان اقر بان فلانا ابن ابيه او اخوه لابويه او لاحدهما او عم او ما اشبه ذلك لم يثبت نسبه

وان صدقه الورثة لان النسب حق الله تعالى فلا يثبت بالاقرار كالحدود والقصاص ولان فيه الزاما على الغير وهو ثبوت

النسب على الميت وثبوت الارث للمقر له وهو لا يملك الزام الغير بقوله ولان النسب يثبت بالبينة وهي اقوى من الاقرار

ولا يثبت بها فبالاقرار اولى ولان النسب يثبت بالاستفاضة والاقرار دونها ولان النسب يثبت بالشهادة على الشهادة

والاقرار لا يقبل ذلك ولان النسب يثبت بالشبه والاقرار لا يثبت به ولان النسب يثبت بالقافة والاقرار لا يثبت به

ولان النسب يثبت بالقرعة والاقرار لا يثبت بها ولان النسب يثبت بالقسمة والاقرار لا يثبت بها ولان النسب يثبت

بالقيافة والاقرار لا يثبت بها ولان النسب يثبت بالقرائن والاقرار لا يثبت بها ولان النسب يثبت بالقضاء على الغائب

والاقرار لا يثبت به ولان النسب يثبت بالقضاء على الميت والاقرار لا يثبت به ولان النسب يثبت بالقضاء على الجاحد

والاقرار لا يثبت به ولان النسب يثبت بالقضاء على الناكل والاقرار لا يثبت به ولان النسب يثبت بالقضاء على المقر

والاقرار لا يثبت به ولان النسب يثبت بالقضاء على المقر

قال ومن مات وترك ابنين فقال احدهما ان اباه قبض من هذا الرجل مائة درهم وانا شريكه فيها وانا فيها بالخمسين والآخر يقول لا بل المقر وانا لا اعلم ان هذا اقر بالدين على الميت كان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون فاذا كذب به اخوه استغرق الدين نصيبه كذا هو المذهب عند نا خلافا لابي يوسف رح لانهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع على القابض بشئ لرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقر فيؤدي الى الدور

الاقطع وتوضيحه ما ذكره صاحب البدائع من ان الاقرار بحجة الاخوة اقرار على غيره لما فيه من حمل نسب غيره على غيره فكان شهادة وشهادة الفرد غير مقبولة بخلاف ما اذا كان الشهود اثنين فصاعدا لان شهادة رجلين او رجل وامرأتين في النسب مقبولة قال ابو محمد رحمه الله في الجامع الصغير ومن مات وترك ابنين وله اي للميت على آخر مائة درهم فاقر احدهما الى احد الابنين ان اباه قبض منها اي من المائة خمسين وهما لا شئ للمقر اي لا شئ من المائة للابن المقر وللآخر اي وللابن الآخر خمسون منها يعني كان للابن الآخر ان يأخذ الخمسين من الغريم بعد ان يحلف بالله ما يعلم ان اباه قبض منه المائة لان هذا اي لان اقرار احد الابنين بما ذكر اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء اي استيفاء الدين بقبض مضمون لما مر ان الديون تقضى بامثالها فيجب للمديون على صاحب الدين مثل ما لصاحب الدين عليه فيلتقيان قصاصا واقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصته خاصة فاذا كذبه اي كذب المقر اخوه استغرق الدين نصيبه اي نصيب المقر كما هو المذهب عندنا احترز عن قول ابن ابي ليلى فان مالك الدين على الميت بسبب الاقرار يختص عندنا بنصيب المقر وعند ابن ابي ليلى يشيع في النصيبين كذا في اكثر الشروح وقال في الكفاية خلافا للشافعي فعنده يشيع في النصيبين وقال في معراج الدراية وبما هو المذهب عندنا قال الشافعي رح في قول واحمد رح يلزمه نصف الدين وهو قياس مذهب مالك رح وبه قال النخعي والحكم والحسن واسحق وابو عبيدة وابو ثور انتهى قال صاحب العناية وعورض بان صرف اقراره الى نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين قبل القبض وهي لا تجوز والجواب ان قسمة الدين انما تكون بعد وجود الدين واذا اقر المقر بقبض خمسين قبل الورثة لم ينتقل على زعمه من الدين الا الخمسون فلم تحقق القسمة انتهى اقول الجواب المزبور ليس بثابت لان حاصله عدم لزوم قسمة الدين قبل القبض على زعم المقر وزعم المقر انما يؤثر في حق نفسه لا في حق الغير فيكفي في الحذور لزوم ذلك على زعم الآخر فان قسمة الدين قبل القبض لا تجوز بالنظر الى كل احد قالاظهر عندي في الجواب ان يقال قسمة الدين قبل القبض انما لا تجوز في القسمة الحقيقة واما في القسمة الحكمية كما نحن فيه فممنوع جوازها ممنوع ويؤيده ما صرحوا به في فصل الدين المشترك من كتاب الصلح بان القسمة قبل القبض انما لا تجوز قصدا لا ضمنا فتامل قال المصنف رح غاية الامر انهما اي الابنين تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما اي على كون الخمسين الباقي على الغريم الذي يقبضه الابن المنكر مشتركا بين الابن المقر والابن المنكر هذا جواب سؤال مقدر تقريره ان جميع الدين كان مشتركا بينهما فكذلك كل جزء من اجزائه يكون مشتركا بينهما فما هلك يهلك مشتركا وما بقي يبقى مشتركا فالابن المنكر لما اخذ الهالك لم ينكر الاشتراك في شئ من اجزائه والابن المقر وان زعم ان بعض اجزائه هالك الا انه لم ينكر الاشتراك فيما بقي بعد الهلاك فهما متصادقان في الاشتراك في الباقي المقبوض فينبغي ذلك ان يكون بينهما نصفين ويرجع المقر على القابض بنصف ما قبضه فاجاب بانهما وان تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لا يرجع على القابض بشئ لعدم الفائدة اذ لو رجع على القابض بشئ لرجع القابض على الغريم بقدر ذلك لما زعم ان اباه لم يقبض شيئا من الغريم وله تمام الخمسين بسبب سابق ويرجع الغريم ايضا على المقر بقدر ذلك لانتقاض المقاصة في ذلك القدر وبقائه دينا على الميت بموجب اقراره والدين مقدم على الارث فيؤدي الى الدور ولا فائدة فيه وقد قرر صاحب العناية السؤال والجواب ههنا بوجه آخر حيث قال فان قيل زعم المقر لعارضه زعم المنكر فان في زعم ان المقبوض على الشركة كما في زعم المقر والمنكر يدعي زيادة على المقبوض فتصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما في المرجح لزعم المقر على زعم المنكر حتى انصرف المقر به الى نصيب المقر خاصة ولم يكن المقبوض مشتركا بينهما اجاب بقوله غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع يعني ان المرجح هو ان اعتبار زعم المنكر يؤدي الى عدم الفائدة بلزوم الدور انتهى اقول كل واحد من تقرير السؤال والجواب على الوجه الذي ذكر مختل اما التقرير السؤال فلان حديث معارضة زعم المقر لزعم المنكر وترجيح زعم المقر على زعم المنكر مما لا مساس له بكلام المصنف رح ههنا لانه قال غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما ولا شك ان التصادق ينافي التعارض والترجيح فكيف يحمل قوله على ذلك ويجب ان صاحب العناية اورد تصادقهما ايضا في اثناء تقرير السؤال وفرع عليه تعارض زعميهما حيث قال فتصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما ثم طلب الترجيح بقوله والمرجح

کتاب الصلح

لزعم المقر علی زعم المنکر ولا یخفی ان فی نفس ہذا التقریر تعارضا وتناقضا واما تقریر الجواب فلان المفہوم من قولہ یعنی ان المرجع ہو ان اعتبار زعم المنکر یؤدی الی عدم الفائدۃ لزوم الدور ہو ان لزوم الدور انما یکون باعتبار زعم المنکر ودون زعم المقر ولیس کذلک بل لزوم الدور انما یکون باعتبار زعم المقر دون زعم المنکر لان رجوع الغریم علی المقر بالآخرۃ انما ہو علی زعم المقر ان اباہ قبض من الخمسین والباقی علیہ الخمسون المقبوضۃ واما علی زعم المنکر وہو ان اباہ لم یقبض منہ شیئا فلا یرجع الغریم علی المقر شیئا بل لانہ ان یعطی المقر ایضا مثل ما اعطاہ علی زعم المقر فلا یلزم الدور تدبر تنصف ثم قال صاحب الغایۃ والقائل ان یقول اذا کان من زعم المنکر ان اباہ لم یقبض شیئا کان من زعمہ ان اخاہ فی اقرارہ ظالم وہو فیما یقبضہ اخوہ منہ مظلوم فلا یرجع علی الغریم بشیء لان المظلوم لا یظلم غیرہ والجواب ان المظلوم لا یظلم غیرہ ولکنہ فی زعمہ لیس فی الرجوع بظلم بل طالب لتمام حقہ انتہی اقول فی الجواب نظر لان الخمسین التی قبضہ المنکر من الغریم اولا ان کان تمام حق المنکر لم یکن یرجع فی رجوعہ علی الغریم بعد ذلک طالبا لتمام حقہ اذ لیس حقہ فی المائۃ زائدا علی الخمسین حتی یکون طالبا لتمامہ وان لم یکن المقبوض اولا تمام حقہ بل کان بعضہ حق اخیہ لم یکن ہو فیما یقبضہ اخوہ منہ مظلوما وسوق الجواب المذکور علی تسلیم مظلومیتہ کما تری فالحق فی الجواب ان یقال لا نسلم انہ اذا کان من زعم المنکر ان اباہ لم یقبض شیئا کان فی زعمہ انہ فیما یقبضہ اخوہ منہ مظلوم کیف وہما متصادقان علی کون ما قبضہ من الغریم اولا مشترکا بینہما کما تقرر نعم یجوز ان یکون من زعم المنکر ذلک ان اخاہ ظالم لنفسہ حیث ابطل حقہ فی المائۃ باقراره بان اباہ قبض منہا الخمسین

کتاب الصلح

قدم مناسبۃ الصلح بالاقرار فی اول کتاب الاقرار والصلح فی اللغۃ اسم للمصالحۃ التی ہی المسالمۃ خلاف المخاصمۃ واصلہ من الصلاح وہو السلامۃ والحال الحسنۃ والذات وفی الشریعۃ عبارۃ عن عقد وضع لرفع المنازعۃ وسببہ تعلق البقاء المقدر بمعاطیہ کما فی سائر المعاملات ورکنہ الایجاب والقبول کما ذکر فی البدائع والکافی وکثیر من الشروح وحاصل ما فی غایۃ البیان اخذا من النہایۃ ورکنہ الایجاب مطلقا والقبول فیما یتعین بالتعیین واما اذا وقع الدعوی فی الدراہم والدنانیر وطلب الصلح علی ذلک الجنس فقد تم الصلح بقبول المدعی عندنا لا یحتاج فیہ الی قبول المدعی علیہ لانہ اسقاط البعض الحق وہو تم بالمسقط بخلاف الاول لانہ طلب البیع من غیرہ ومن طلب البیع من غیرہ فقال ذلک الغیر بعت لا یتم البیع الا بقبول الطالب قلت انتہی اقول فیہ بحث اما اولا فلانہ سیاتی فی الکتاب ان الصلح اذا وقع عن اقرار فان کان عن مال بمال اعتبر فیہ ما یعتبر فی البیاعات وان کان عن مال بمنافع اعتبر بالاجارات واذا وقع عن سکوت او انکار کان فی حق المدعی علیہ لافتداء الیمین وقطع الخصومۃ وفی حق المدعی بمعنی المعاوضۃ فاذا تقرر ہذہ الضابطۃ فلو وقع الدعوی فی الدراہم والدنانیر وطلب الصلح عن ذلک الجنس وکان وقوع الصلح عن سکوت او انکار وجب ان لا یتم الصلح بقبول المدعی فعلت لان کونہ اسقاطا لبعض الحق واستیفاء لبعضہ الآخر فیما اذا وقع عن سکوت او انکار انما ہو فی حق المدعی واما فی حق المدعی علیہ فانما ہو لافتداء الیمین وقطع الخصومۃ فلا یدمن قبولہ ایضا حتی یتحقق الافتداء وینقطع الخصومۃ واما ثانیا فلانہ اذا وقع الدعوی فیما یتعین بالتعیین کالدراہم مثلا فصولح علی قطعہ منہا وابرأہ عن دعواہ الباقی کان الصلح صحیحا کما سیجیء فی تضاعیف ان یتم ہناک ایضا بقبول المدعی فعلت بدون قبول المدعی علیہ لکونہ اسقاطا لدعوی بعض الحق بمثل ما قال فیما اذا وقع الدعوی فی الدراہم والدنانیر وطلب الصلح علی ذلک الجنس فلا یتم الا بالقبول فقولہ والقبول فیما یتعین بالتعیین واما ثالثا فلان قولہ لانہ طلب البیع من غیرہ الی آخرہ فی تعلیل قولہ بخلاف الاول قاصر عن افادۃ کلیۃ المدعی وہو کلیۃ الایجاب والقبول معا فیما یتعین بالتعیین مطلقا فان طلب البیع من غیرہ لا تمشی فی کل صورۃ من الصور التی تندرج تحت المذکورۃ للصلح بل انما تمشی فی صورۃ واحدۃ منہا وہی ما اذا کان الصلح عن اقرار وکان عن مال بمال فتامل وشرط مطلق الصلح کون المصالح عنہ مما یجوز عنہ الاعتیاض وبالنواعہ شروط آخر سیاتی تفصیلہا فی الکتاب وحکمہ وقوع البراءۃ عن دعوی المدعی کذا فی الکافی وبعض الشروح قال فی الغایۃ اخذا من النہایۃ وحکمہ یملک المدعی المصالح علیہ منکرا کان المصالح او مقرا ووقوعہ للمدعی علیہ فی المصالح عنہ ان کان مما یحتمل التملیک والبراءۃ فی غیرہ ان کان مقرا وان کان منکرا فحکم وقوع البراءۃ عن دعوی المدعی احتمل المصالح عنہ التملیک او لا انتہی اقول فیہ کلام وہو ان المصالح علیہ ایضا قد یکون مما لا یحتمل التملیک لترک المدعی فانہم صرحوا بانہ اذا ادعی حقا فی

قال الصلح على ثلثة اضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو ان لا ينكر المدعى عليه ولا يقر وصلح مع انكار

اقول ذلك بيان لان قوله تعالى والصلح خير ولقوله عليه السلام كل صلح جائز بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا

فادعى رجل دارا في يد رجل فصالحه منها على عبد فالصلح جائز لان المدعي ترك الدعوى فانه جائز فجعل حكم الصلح في جانب المصالح عنه قيمين تملك المدعى عليه اياه وبراءته عن دعوى المدعي وفي جانب المصالح عليه قيما واحدا هو تملك المدعي اياه مع جريان احتمال التمليك وعدم احتماله في الجانبين معا مما لا يخلو عن تحكم فان نوقش في المثال المذكور بان كون المصالح عليه ترك الدعوى في ذلك امر ظاهري مبني على المسامحة وانما المصالح عليه حقيقة في ذلك ادعاء كل واحد منهما من الحق فيما بيد الآخر فانه يقع مصالحا عنه بالنظر الى ذي اليد ومصالحا عليه بالنظر الى الآخر وهو لما يحتمل التمليك قطعا قلنا فماذا يقال فيما اذا ادعى كل واحد منهما على الآخر قصاصا فاصطلحا على ترك الدعوى والعفو من الجانبين اذ لا شك انه كما ان ترك الدعوى والعفو مما لا يحتمل التمليك كذلك نفس القصاص مما لا يحتمله فما يتصور في هذه الصورة تملك المدعي المصالح عليه بل انما تيسر فيها براءة كل واحد منهما في دعوى الآخر بقي ههنا كلام آخر وهو انه اذا ادعى رجل دارا وانكر المدعى عليه ودفع المدعي الى ذي اليد شيئا بطريق الصلح واخذ الدار فانه جائز كما سياتي في الشروح واصل المسئلة في الفصل السابع من فصول الاستروشني مع انه يملك ههنا المدعي المصالح عنه والمدعى عليه المصالح عليه فينتقض ما ذكر من حكم الصلح في احد الجانبين طردا وعكسا قال قوله الصلح على ثلثة اضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو ان لا يقر المدعى عليه ولا ينكر وصلح مع انكار قال في النهاية الحصر على هذه الانواع ضروري لان الخصم وقت الدعوى اما ان يسكت او يتكلم مجيبا وهو لا يخلو عن النفي والاثبات لان التكلم بما لا يتصل بمحل النزاع لا يسقط بقولنا مجيبا انتهى اقول وفيه نظر اما اولا فلانه انما يفيد انحصار القسمة الثانية وهو قوله وهو لا يخلو عن النفي ويفيد انحصار القسمة الاولى وهو قوله ان الخصم وقت الدعوى اما ان يسكت او يتكلم مجيبا اذ يخرج صورة التكلم بما لا يتصل بمحل النزاع عن قسمته معا فيبقى الاعتراض بهذه الصورة على قوله الحصر على هذه الانواع ضروري ويمكن ان يقال المراد بالسكوت في قوله اما ان يسكت او يتكلم مجيبا هو السكوت عن التكلم لا السكوت مطلقا وهو عدم التكلم اصلا فتدخل الصورة المذكورة في القسم الاول من تقسيمه الاول وهو قوله اما ان يسكت فيصح قوله الحصر على هذه الانواع ضروري وفي تفسير السكوت في الكتاب بقوله وهو ان لا يقر المدعى عليه ولا ينكر لا يخلو عن اشارة الى ان المراد بالسكوت ههنا هو السكوت عن الجواب دون مطلق السكوت لان معنى مطلق السكوت مع كونه غنيا عن التفسير ليس ما ذكر في الكتاب بل هو ان لا يتكلم اصلا قوله وكل ذلك جائز للاطلاق قوله تعالى والصلح خير لساع المضمر ههنا في التعبير حيث قال للاطلاق قوله تعالى مع انه لا يذهب عليك ان الدليل على جواز كل ذلك في الحقيقة قوله المطلق للاطلاق قوله الا انهم كثيرا ما يتسامحون في العبارة في امثال هذا بناء على ظهور المراد وتنبيها على فائدة نفيد بانك لعبارة كما في تعبيرهم العلم بحصول صورة الشئ في العقل مع انه في الحقيقة هو الصورة الحاصلة في العقل على ما حققه الفاضل الشريف في بعض تصانيفه قال بعض الفضلاء في حل قول المصنف للاطلاق قوله تعالى اي لقوله المطلق فالاضافة من قبيل اضافة الصفة الى الموصوف انتهى اقول ليس هذا بسديد اما اولا فلان اضافة الصفة الى الموصوف ليست بمجاز كاضافة الموصوف الى الصفة على ما هو المذهب المختار المقرر في كتب النحو حتى انهم اولوا مثل جرد قطيفة واخلاق ثياب بما يخرج به عن ان يكون من قبيل اضافة الصفة الى الموصوف في معنى جرد كل لحم المصنف رحمه ههنا على ذلك واما ثانيا فلان الصفة في القوله المطلق وهو المطلق الاطلاق الكلام في توجيه اطلاق قوله فلا يجدي حديث اضافة الصفة الى الموصوف شيئا بل لا مدخل للمصير الى المسامحة كما ذكرنا وقال صاحب النهاية فان صح الاطلاق لوقوعه في سياق صلح الزوجين في قوله تعالى فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا والصلح خير وكان للبعد اجيب بان الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وبانه ذكر للتعليل اي لا جناح عليهما ان يصالحا لان الصلح خير فكان عاما ولانه وقع قوله تعالى ان يصلحا في سياق الشرط وكان مستقبلا فقوله والصلح خير كان في الحال فلم يكن اياه بل عينه انتهى اقول ان الجواب الاول والثالث متنافيان والاجوبة الثلثة ليست بشئ اما الاول فلان كون الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب لا يجدي شيئا في دفع السؤال المذكور لان حاصله منع عموم اللفظ بحمل اللام في قوله تعالى والصلح خير على العهد فانه حينئذ يصير خاصا وانما يجدي نفعا لو سلم عموم اللفظ في نفسه واريد تخصيصه بخصوص السبب واما الثالث فلانه ان اراد بقوله والصلح خير كان في الحال ان التكلم بهذا الكلام والاخبار بهذا الخبر كان في الحال اي في حال ورود الآية الكريمة فمسلم لكن هذا لا ينافي ان يكون تحقق مدلوله في الاستقبال الا يرى انك اذا قلت الآن

وقال الشافعي لا يجوز مع انكار وسكوت لما رويناه ولنا ما تلوناه واول ما رويناه كرر ذكره تاكيدا ولو طيبة
لقوله وتاويل آخر الى آخره والاكفى ههنا بيان هذا التاويل مع بيان ان دفع الرشوة لدفع الظلم جائز في الشرع لانه بصدد الجواب عما قاله الشافعي رحمه والجواب عنه
بيانهما اقول بقي ههنا اشكال في قوله واول ما رويناه وهو ان المفهوم منه ان يكون اول ذلك الحديث وليلا لما نع قطع النظر عن آخره وهذا ليس بصحيح لان آخره
مستثنى من اوله وقد تقرر في علم اصول الفقه ان المذهب الصحيح المختار عند الائمة الحنفية في الاستثناء ان تاخر حكم صدر الكلام عن اخراج المستثنى من المستثنى منه فلا يكون اولا والكلام
في صورة الاستثناء حكم مستقل من اول آخره بل لا تتم المعنى الا بمجموع المستثنى والمستثنى منه ويمكن ان يوجه بان قوله وتاويل آخره احل حراما العينه الى آخره متصل من حيث المعنى
بقوله واول ما رويناه في اصل الكلام ان لنا اول ما رويناه مع تاويل آخره فالدليل مجموع الحديث بملاحظة هذا التاويل لكن الانصاف ان لفظة اول ههنا مع كونها زائدة
لا فائدة لها موهمة لما يخل بالكلام نصيرا بالمقام كما بينا فعليه فالاولى ان تطرح من البين قوله وتاويل آخره احل حراما لعينه كالخمر اوحرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطا الضرة وجملة
على هذا الحق لان الحرام المطلق ما هو حرام لعينه والحلال المطلق ما هو حلال لعينه وما ذكره غير محتمل اذ الصلح مع الاقرار لا يخلو عن ذلك فان الصلح يقع على بعض الحق كما

الذي يحدث فداجيز فلا شك ان يكلمك بهذا الكلام واخبارك بما كان في الحال او ان تحقق ذلك لا مضرة الصانعة بالحجرية فيكون في المستقبل فلم تم قوله فلم يكن اياه من
وان اراد بذلك ان الصلح الذي اخبر بانه خير كان في الحال فهو ممنوع فالصواب من بين تلك الاجوبة هو الجواب الثاني وهو المذكور في الكافي وفي سائر الشروح اخذا
من الاسرار ووجه كون الصلح عاما في قوله تعالى والصلح خير على تقدير ان يكون للتعليل هو ان العلة لا تقيد بمحل الحكم الذي حلل فيه بل انما وجدت العلة يتبعها حكمها كذا قالوا
وهو التقرير المناسب للقواعد الاصول واما التقرير المطابق لقواعد المعقول فهو انه يكون حينئذ خارجا من الشكل الاول الى الشكل الاول كما قيل فان هذا صلح والصلح خير
وكلية الكبرى مستفادة من انتاج الشكل الاول على ما عرف في الميزان واعترض بعض الفضلاء على هذا الجواب ايضا حيث قال فيه بحث لانه لو كان تعليلا لابدال الاقرار بالواو انتهى قول
ليس من الشيء لان ذاك لابدال انما يلزم لو كان تعليلا من حيث اللفظ وليس كذلك بل هو تعليل من حيث المعنى وعن هذا قالوا ان الله تعالى اخرجه مخرج التعليل كما سبق
ذكره كانه قال صالحوا لان الصلح خير وقال في غاية البيان وهو المفهوم من لسان العرب كما يقال صل والصلوة خير على ان قوله تعالى والصلح خير بمنزلة الكبرى من الدليل
والصغرى مطوية كما اشرنا اليه فيما مر واداة التعليل كاللام والفاء اذا ذكرت انما تدخل على اول الدليل فهو الصغرى دون الكبرى فلا يلزم الابدال ههنا اصلا ثم قال
صاحب العناية فان قيل سلمنا ان يعني الاطلاق في قوله تعالى والصلح خير ولكن صرفه الى الكل متعذر لان الصلح بعد اليمين وصلح المودع وصلح من ادعى قذفا على آخر وصلح
من ادعى على امرأة نكاحا فانكرت لا يجوز فيصرف الى الادنى وهو الصلح عن اقرار اجيب بان ترك العمل بالاطلاق في بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه عند عدمه انتهى اقول
يرد على ظاهر قوله وصلح من ادعى على امرأة نكاحا فانكرت لا يجوز انه خبط اذ هو مخالف لصريح ما ذكر في عامة الكتب حتى الهداية والبداية فيما سياتي وهو انه اذا ادعى رجل على
امرأة نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى تترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع ثم اقول توجيهه ان لعدم الجواز رواية في هذه المسئلة وان كان ظاهر الرواية بخلافها
والسوال المذكور قد اورده الشافعية فهم اخذوا في هذه المسئلة واخواتها بما هو الملائم لغرضهم والحنفية اجابوا عنه تارة بمنع عدم الجواز في تلك المسائل واخرى بان
ترك العمل بالاطلاق في بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه عند عدمه فصاحب العناية اكتفى بالثاني ولم يتعرض للمنع واما صاحب غاية البيان فتعرض لهما معا حتى قال
في الجواب ههنا على انا نمنع عدم جواز الصلح في دعوى النكاح عليها اذا انكرته فصالحت على مال لانه يجوز وبه صرح القدوري في مختصره ويجيء ذلك في فصل عقيب هذا
انتهى وقال في ذلك الفصل وهذا الذي ذكره القدوري هو ظاهر الجواب يدل على ذلك ما ذكره في مختصر الكافي وشرحه كذلك فعلى هذا لا يرد علينا سوال الشافعية في مسئلة
الصلح على الانكار بقولهم اذا ادعى على امرأة نكاحا فانكرت فصالحت على مال لا يجوز ولئن صحت تلك المسئلة كما اوردوها في نسخ طريقة الخلاف فالجواب عنه ما مر في تلك المسئلة انتهى قوله
وقال الشافعي لا يجوز مع انكار وسكوت لما رويناه قلت كان الاظهر ان يقال لا خبر ان لقال لا خبر ما رويناه لان ادلة حجة عليه لا له قوله ولنا ما تلوناه واول ما رويناه كرر ذكره ههنا تاكيدا ولو طيبة
لقوله وتاويل آخر الى آخره والاكفى ههنا بيان هذا التاويل مع بيان ان دفع الرشوة لدفع الظلم جائز في الشرع لانه بصدد الجواب عما قاله الشافعي رحمه والجواب عنه ما مر
بيانهما اقول بقي ههنا اشكال في قوله واول ما رويناه وهو ان المفهوم منه ان يكون اول ذلك الحديث وليلا لما نع قطع النظر عن آخره وهذا ليس بصحيح لان آخره
مستثنى من اوله وقد تقرر في علم اصول الفقه ان المذهب الصحيح المختار عند الائمة الحنفية في الاستثناء ان تاخر حكم صدر الكلام عن اخراج المستثنى من المستثنى منه فلا يكون اولا والكلام
في صورة الاستثناء حكم مستقل من اول آخره بل لا تتم المعنى الا بمجموع المستثنى والمستثنى منه ويمكن ان يوجه بان قوله وتاويل آخره احل حراما لعينه الى آخره متصل من حيث المعنى
بقوله واول ما رويناه في اصل الكلام ان لنا اول ما رويناه مع تاويل آخره فالدليل مجموع الحديث بملاحظة هذا التاويل لكن الانصاف ان لفظة اول ههنا مع كونها زائدة
لا فائدة لها موهمة لما يخل بالكلام نصيرا بالمقام كما بينا فعليه فالاولى ان تطرح من البين قوله وتاويل آخره احل حراما لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطا الضرة وجملة
على هذا الحق لان الحرام المطلق ما هو حرام لعينه والحلال المطلق ما هو حلال لعينه وما ذكره غير محتمل اذ الصلح مع الاقرار لا يخلو عن ذلك فان الصلح يقع على بعض الحق كما

فحاصل

وكان هذا صلحا بعد دعوى صحيحة فيقضي بجوازه كان المدعي يأخذ عوضا عن حقه في زعمه وهذا مشروع ومدعي عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع لهما لدلالة الدليل وغاية ما في الباب أنه بذل المال لدفع الظلم وهو جائز قال وإن وقع الصلح عن إقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات إن وقع عن مال بمال فهو بمعنى البيع وبيان ما يلحقه من الأحكام وإن وقع عن منفعة بمال فهو بمعنى الإجارة فيثبت فيه خيار الشرط والرؤية ويفسد بجهالة البدل لأنها في المفضية إلى المنازعة ودون جهالة المصالح عنه لأنه لا يسقط ويشترط القدرة على تسليم البدل وإن وقع عن مال بمنافع يعتبر بالإجارات لوجود معنى الإجارة وهو تمليك المنافع بمال والاعتبار في العقود لمعانيها فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت أحدهما في المدة لانتهاء الإجارة

فما زاد على الماخوذ إلى تمام الحق كان حلالا للمدعي أخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه سعة قبل الصلح وقد حل بالصلح كذا في الكافي وقال صاحب العناية في شرح هذا المحل والحمل على ذلك واجب لئلا يبطل العمل به إصلا وذلك أنه لو حمل على الصلح على الإقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لأن الصلح في العادة لا يكون إلا على بعض الحق فما زاد على الماخوذ إلى تمام الحق كان حلالا للمدعي أخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه سعة قبله وحل بعده فعرفنا أن المراد به ما كان حلالا أو حراما لعينه انتهى أقول في تقريره خلل إذ لا معنى لقوله لأنه لو حمل على الإقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لأن الكلام في حمل آخر الحديث على الحرام لعينه والحلال لعينه خاصة لا في حمله على الصلح على الإقرار خاصة إذ لا فرق بين الصلح على الإقرار والصلح على غيره في الصحة على تقدير أن يحمل آخر الحديث على الحرام لعينه والحلال لعينه خاصة ولا فرق بينهما في عدم الصحة على تقدير أن يحمل آخره على ما يعم الحرام لغير عينه والحلال لغير عينه أيضا فمدار التأويل والحمل في آخر الحديث إنما هو لفظا الحرام والحلال دون لفظ الصلح فالحق في التقرير أن يقال لأنه لو حمل على ما يعم الحرام والحلال لعينهما ولغير عينهما لكان الصلح على الإقرار كالصلح على غيره في الاشتمال على حلال الحلال وتحريم الحرام ثم إن بعض الفضلاء أورد على قوله لأن الصلح في العادة لا يكون إلا على بعض الحق بأن قال هذا يختص بالعين لظهور عدم جريانه في الدين فلا يلزم بطلان العمل به إذ لا يجوز الصلح على بعض الحق في العين إلا بالإبراء عن دعوى الباقي كما سيجيء انتهى أقول هذا كلام خال عن التحصيل إذ لا يلزم من عدم جواز الصلح على بعض الحق في العين إلا بالإبراء عن دعوى الباقي عدم جوازه على بعض الحق في الحق أصلا غاية الأمر أن يكون جواز الصلح على بعض الحق في العين مشروطا بالإبراء عن دعوى الباقي على أنه ليس كذلك أيضا إذ يجوز الصلح على بعض الحق في العين بطريق آخر وهو أن يزيد درهما في بدل الصلح وسيأتي كلا الطريقين في الكتاب وعلى كليهما يجري قوله لأن الصلح في العادة لا يكون إلا على بعض الحق في العين أيضا قوله ولأن هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقتضي جوازه إلى قوله ودفع الشوكة لدفع الظلم أمر جائز هذا دليل عقلي على مذهبه أيضا من جواز الصلح مع الإنكار والسكوت أيضا متضمن للجواب عن دليل عقلي للشافعي مذكور فيما قبل وهو قوله ولأن المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة ودفع الشوكة قال الشراح لا يقال لا نسلم جواز دفع الرشوة لدفع الظلم لأن قول النبي صلى الله عليه وسلم لعن الله الراشي ذاما للراشي عام لأنا نقول هذا الحديث محمول على ما إذا كان على صاحب الحق ضرر محض في أمر غير مشروع كما إذا دفع الرشوة حتى إذا خرج الوالي إلى أحد الورثة عن الأرث وأما دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فجائز للمدفع انتهى واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه أن المعتبر هو عموم اللفظ وأما الدليل على أنه محمول على ما ذكر فغير مجرى على عمومه انتهى أقول الدليل عليه ما ورد من النصوص في أن الضرورات تبيح المحظورات منها قوله وما جعل عليكم في الدين من حرج ولا شك أن في دفع الضرر عن نفسه دفع الحرج

قوله فإن وقع الصلح عن إقرار اعتبر فيه ما اعتبر في البياعات إن وقع عن مال بمال إلى آخره هذا لفظ القدوري في مختصره ولما كان الأصل أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود إليه كما صرحوا به ازداد بيانا بقوله يعرف بها أنه على أي عقد يحمل أقول ليست هذه الضابطة تامة لأن الصلح عن إقرار قد يقع عن منافع بمال ومنفعة كما إذا أوصى لرجل بسكنى داره سنة فمات وادعى الموصى له السكنى فصالحه الورثة عن ذلك على دراهم معينة أو على خدمة عبده شهرا أو على ركوب دابته شهرا فإن كل ذلك جائز على ما صرحوا به في أول الفصل الآتي مع أنه لم يذكر في هذه الضابطة وإن كان في معنى عقد الإجارة وكذا يقع عما ليس بمال ولا منفعة كالصلح عن جناية العبد فإنه جائز وهو بمنزلة النكاح حتى إن ما يصلح مسمى فيه يصلح ههنا أيضا كما سيأتي في الكتاب مع أنه ليس بمذكور أيضا في هذه الضابطة وليس في معنى عقد البيع ولا في معنى عقد الإجارة بل هو في معنى عقد النكاح فلم يفهم من هذه الضابطة المذكورة فقط وكذا يقع الصلح عن دعوى الرق بمال فيكون في معنى الإعتاق على مال وعن دعوى الزوج النكاح بمال فيكون في معنى الخلع وليس شيء منهما داخلا أيضا في الضابطة المذكورة ولا مفهوما منها أصلا فكانت قاصرة عن تمام إفادة المراد فلا يقال يستغني عن ذكر تلك الصور ههنا بما ذكر في الفصل الآتي عن قريب بل نقول قد ذكر هناك ما ذكره ههنا أيضا بأن قال والصلح جائز عن دعوى الأموال والمنافع فلا يتم العذر

قال الصلح عن السكوت والانكار في حق المدعى بمعنى المعاوضة ممنوع لما بينا اشارة الى ما ذكره بقوله لان المدعى يأخذ عوضا عن حقه في زعمه اقول ههنا كلام وهو ان الصلح عن السكوت والانكار في حق المدعى مطلقا بمعنى المعاوضة ممنوع فانه اذا ادعى عينا وانكر المدعى عليه او سكت ودفع المدعى عليه شيئا بطريق الصلح واخذ العين كان ذلك الصلح جائزا على ما صرحوا به مع انه في حق المدعى ليس بمعنى المعاوضة لان في زعم المدعى ان العين الذي ادعاه حقه ولا يتصور ان يعاوض انسان ملك نفسه بل هو في حق المدعى في تلك الصورة لقطع الخصومة كما صرحوا به ايضا قوله او يلحق به ذكر البراءة من دعوى الباقي قال صاحب النهاية فان قلت كيف صورة البراءة قلت هي ان يقول قد بريت من هذه الدار او يقول قد بريت من دعواي في هذه الدار فهذا جائز حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء ببينة لا تقبل اما لو قال برأتك عن هذه الدار او قال قد برأتك عن خصومتي في هذه الدار فهذا ونحوه باطل ولا ان يخاصم فيها بعد ذلك وفرق بين قوله بريت وبين قوله برأتك فان في قوله برأتك انما برأه عن ضمانه لامر المدعي وعن هذا قالوا لو ان عبدا في يد رجل لو قال الرجل بريت منه كان بريئا منه ولو قال ابرأتك منه كان لمن ادعيه انما ابرأه عن ضمانه كذا في الذخيرة الى هنا كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلان بيان صورة البراءة بقوله بريت من هذه الدار مع كونه غير مطابق للمشروح وهو قول المصنف او يلحق ذكر البراءة عن دعوى الباقي يدل على صحة البراءة من العين وليس كذلك لان سراية عموم صحة الصلح على بعض المدعى في العين بدون الحيلة في تصحيحه باحد الامرين انما هو عدم صحة البراءة من العين والا يصح الصلح عن ذلك بان كان استيفاء البعض الحق واسقاطا للبعض الباقي كما في الصلح على بعض المدعى في الدين فالصورة الصحيحة المطابقة للمشروح انما هو قوله بريت من دعواي في هذه الدار واما ثانيا فلان قوله فان في قوله ابرأتك انما ابرأه من ضمانه لامر المدعي انما يتمشى في قوله ابرأتك عن هذه الدار لا في قوله ابرأتك عن خصومتي لان الابراء من الخصومة هو الابراء من الدعوى وقد صرح بان قوله ابرأتك عن خصومتي في هذه الدار باطل ايضا بخلاف ما قالوا في عبد في يد رجل فان المذكور هناك في جانب الابراء انما هو قول الآخر برأتك منه لا غير تدبر

فصل لما فرغ من مقدمات الصلح وشرائطه وانواعه شرع في بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز **قوله** الصلح جائز عن دعوى الاموال هذا لفظ القدوري في مختصره وقال المصنف في تعليله لانه في معنى البيع على ما مر اقول ههنا شيئان وهو ان قول القدوري والصلح جائز عن دعوى الاموال مطلق يتناول الصلح عن مال بمال والصلح عن مال بمنفعة فان اجري على اطلاقه كما هو الظاهر لم يتم تعليل المصنف رح بقوله لانه في معنى البيع على ما مر لظهور ان الصلح عن مال بمنفعة ليس في معنى البيع بل هو في معنى الاجارة كما صرح به فيما مر وان قيد بما كان عن مال بمال كما فعله صاحب العناية لزم ان لا يندرج ما كان عن مال بمنفعة في هذا الفصل مع انه معقود لبيان انواع ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز فكان تقصيرا من المقيد بلا ضرورة لا يقال انما ترك ذلك النوع في هذا الفصل بناء على كونه معلوما فيما مر لانا نقول غير نقض ذلك بما كان عن مال بمال فانه ايضا كان معلوما فيما مر **قوله** والمنافع بالجر عطف على الاموال اي وعن دعوى المنافع وهو من تمام لفظ القدوري قال المصنف رح في تعليله لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح اقول لقائل ان يقول لتشكل هذا التعليل بما ذكره شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد في باب الصلح في الوصايا حيث قال واذا اوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم او على سكنى بيت او على خدمة عبد آخر او على ركوب دابة او على لبس ثوب شهرا فهو جائز والقياس ان لا يجوز لان الموصى له بمنزلة المستعير والمستعير لا يقدر على تمليك المنفعة من احد بمثل ولهذا لو اجر منهم لا يصح الا انا نقول بان هذا ليس تمليكا اياهم بمثل بل هو اسقاط حقه الذي وجب له بعقد الوصية بمثل ولفظة الصلح لفظة تحمل التمليك

والاصل ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها به احتياطا للتصحيح تصرف العاقل ما امكن قال ان يصح عن جناية العمد والخطأ الا الاول لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء فاتباع بالآية قال ابن عباس رض انها نزلت في الصلح وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح بدلا فهما سواء كل واحد منهما اسباد لة المال بغير المال الا ان عند فساد التسمية ههنا يصار الى الدية لانها موجب الدم ولو صالح على خمر لا يجب شيء لانه لا يجب بمطلق العفو في النكاح يجب مهر المثل لانه للموجب الاصلي ويجب مهر السكوت عنه حكما ويتدخل في الحال ان جواب الكتاب الجناية في الطرفين واذا ثبت هذا فنقول الصلح عن حق الشفعة على الاحياء لا يصح لانه حق التملك والحق في المحل قبل التملك اما القصاص فملك المحل وفي حق الفعل فيصح لان الاعتياض يجوز عن

ان يقع عوضا عن قصاص اخ انتهى كلامهم اقول ههنا اشكال وهو انه اذا صح ان يكون بدل المال في جناية العمد ما ليس بمال كالعفو عن القصاص لزم ان لا يصح قول المصنف رح او كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال لان الصلح عن جناية العمد في صورة ان صالح من عليه القصاص على العفو عن قصاص له على آخر ليس بمبادلة المال بغير المال بل هو هناك مبادلة غير المال بغير المال كما لا يخفى وقال الشراح تفريعا على قول المصنف رح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا فلو جمالح عن دم العمد على سكنى خيمة او خدمة عبد سنة جاز لان المنفعة المعلومة صلحت صداقا فكذا بدلا في الصلح ولو صالحه على ذلك ابدا او على ما في بطن امته او على غلة نخله سنين معلومة لم يجز لانه لم يصلح صداقا فكذا بدلا في الصلح انتهى اقول فيه بحث لان تعليلهم عدم جواز الصلح عن دم العمد على الاشياء المذكورة بقولهم انه لم يصلح صداقا فكذا بدلا في الصلح بيانا في قولهم بان العكس ههنا غير لازم ولا ملتزم فان صحة التعليل بما ذكروه انما ينبني على لزوم العكس والتزامه فالصواب في تعليل عدم جواز الصلح في تلك الصور بجهالة المصالح عليه من غير تعرض لان لا يصلح صداقا فان جهالة تفسد الصلح فيما احتيج فيه الى التسليم والتسلم كما يقرر فيما وقال بعض الفضلاء في حاشيته على قول صاحب العناية ولا يتوهم لزوم العكس فانه غير لازم ولا هو ملتزم لكن قال في المحيط اذا صالحه على وصيف عن دم العمد فهو جائز والاصل في جنس هذه المسائل ان ما يصلح مهرا في النكاح يصلح بدلا في الصلح عن دم العمد فهو جائز ومالا فلا والوصيف يصلح مهرا في النكاح ويصرف مطلقه الى الوسط فكذا يصلح بدلا في الصلح عن دم العمد ومطلقه ينصرف الى الوسط انتهى والمقصود قوله ومالا فلا فليتامل فان فيه مخالفة اخرى لقوله عند فساد التسمية يصار الى الدية الى ههنا كلامه وذلك البعض اقول لا مخالفة فيه لقوله عند فساد التسمية يصار الى الدية اذ لا فساد في التسمية فيما قاله صاحب المحيط لان فساد التسمية بجهالة فاحشة وليس في الوصيف جهالة فاحشة سيما اذا تصرف مطلقه الى الوسط كما صرح به وهذا يصلح مهرا في النكاح وهذا امر لا استرة به **قوله** واما الثاني وهو جناية الخطا فلان موجبها المال فصير بمنزلة البيع اقول فيه بحث وهو انهم صرحوا بان الصلح اذا كان على جنس ما استحقه المدعي على المدعى عليه لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه وسياتي ذلك في الكتاب ايضا في باب الصلح في الدين ولا يخفى ان الصلح عن جناية الخطا اذا كان على احد مقادير الدية مطلقا قبل ان يقضي القاضي باحد منها بعينه او كان على جنس ما قضى القاضي به بعد ان قضى باحد مقاديرها بعينه كان من ذلك القبيل فلم تتم اطلاق قوله فصير بمنزلة البيع فتامل **قوله** وجه الاول ان يجعل زيادة في مهرها اي ان يجعل كانه زاد في مهرها ثم خالعها على اصل المهر دون الزيادة فسقط الاصل دون الزيادة كذا في الكافي وكثير من الشروح قال صاحب غاية البيان وفيه نظر عندي لانه ضعيف جدا لان الكلام في دعواها النكاح وصلح الرجل عنه على مال والصلح عن النكاح على مال عبارة عن ترك النكاح بمال فكيف يكون ذلك زيادة في المهر انتهى اقول هذا كلام خال عن التحصيل فان كون الصلح عن النكاح على مال عبارة عن ترك النكاح بمال لا ينافي كون ذلك زيادة في المهر بل يقتضيه لان ترك النكاح بلا فرقة مما لا يتصور شرعا فلا بد ان يجعل ترك النكاح بمال فرقة مبدل وهي الخلع وما جعل خلعا سقط اصل المهر فلا بد ان يجعل ما بدله لها زيادة في المهر وهذا وجه لا غبار عليه **قوله** فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة اذ لا تسلم شيئا من نفس الفرقة وانما الفرقة هي التي تسلم لها نفسها وتتخلص عن الزوج كذا في الكافي وكثير من الشروح اقول لمانع ان يمنع قولهم اذ لا يسلم لها شيئا من نفس هذه الفرقة فانه يسلم له منها اصل المهر اذ لو لا هذه الفرقة لازمه مهرها عند اثباتها النكاح فجاز ان يعطي الزوج العوض ليسلم له اصل المهر في ضمن هاتيك الفرقة التي هي في معنى الخلع فان قلت يجوز ان يكون مراد المصنف رح فالزوج لا يعطي العوض بناء على وقوع هذه الفرقة من جانب المرأة كما يشعر به تقرير تاج الشريعة في شرح هذا المقام حيث قال يعني ان هذا الصلح ان جعل في هذه الفرقة فلا عوض في الفرقة من جانبها على الزوج كالمرأة اذا كمنت ابن زوجها لا يجب عليه شيء انتهى ويشير اليه قول صاحب العناية

وحقه في مثله صورة ومعنى لان ضمان العدوان بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء وتقييده بالاكثر كان اعتياضا لا تراضيا لان الصلح بعد القضاء لا يلحق فانتقل الى القيمة قال وان كان العبدين رجلين اعتقه احدهما وهو موسر فصالحه الآخر على اكثر من نصف قيمته وانقضى باطل وهذا بالاتفاق اما عندهما فلما بينا والفرق لابي حنيفة رح ان القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها وان صالحه على عرض جاز لما بينا انه لا يظهر الفضل

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

قال ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح له يلزم الوكيل ما صالح عنه الا ان يضمنه

فان حيث ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض على الزوج في الفرقة كما اذا كانت ابن زوجها انتهى فماذا حال هذا المعنى فلت يرد عليه ايضا ان يقال وقوع الفرقة من جانب المرأة انما يمنع اعطاء الزوج العوض لو كانت هي مستقلة في مباشرة سبب الفرقة كما اذا كانت ابن زوجها واما اذا كانت مباشرتها لسبب الفرقة برأي الزوج ورضاه كما فيما نحن فيه اذا كان ترك دعوى النكاح فيه بطلب الزوج ورضاه حيث قصدا بمجاعته على مال بذله لها فلا نسلم ان وقوع الفرقة من جانب المرأة في مثل ذلك تمنع اعطاء الزوج العوض الا يرى انه لو قال رجل لامرأته طلقي نفسك ولك كذا فقالت لها اختياري نيوي بذلك الطلاق فلها ان تطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك فان طاعت نفسها في ذلك المجلس لزمه مهرها قطعا فلم يكن وقوع الفرقة من جانبها هناك مانعا عن وجوب المهر على الزوج كما كان مانعا عنه فيما اذا كانت ابن زوجها فكذلك ههنا لا يكون وقوعها من جانبها مانعا عن لزوم اعطاء الزوج العوض تدبر قوله او حقه في مثله صورة ومعنى لان ضمان العدوان بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء الى آخره قال صاحب العناية وفي كلام المصنف رح تسامح لانه وضع المسئلة في القيمي وذكر في الدليل المثلي فان وجوب المثل صورة ومعنى انما هو في المثليات لا يجب فيها القيمة الا اذا انقطع المثلي فحينئذ يصار اليها انتهى كلامه اقول قد غلط في استخراج هذا المقام فحمل كلام المصنف رح على التسامح ومنشأ ذلك انه زعم ان مراد المصنف رح بالحق في قوله او حقه في مثله صورة ومعنى هو حق الاخذ وهذا غير متصور في القيميات لان اخذ المثل فرع وجوده ووجود المثل صورة ومعنى انما يتصور في المثليات وليس مراد المصنف رح به ذلك فتدبر انما مراده به حق تعلق الملك بجهة ان الواجب في ذمة الغاصب حقا للمالك مثل الهالك صورة ومعنى وهذا الحق يتصور في القيميات ايضا وان لم يتصور حق الاخذ الا في المثليات لان وجوب القيميات في الذمة ممكن كالحيوان والثوب في النكاح والدية وغيرها على ما صرحوا به ومما يفصح عما قلنا وما ذكر في الذخيرة ونقل عنها في النهاية بان قال والوجه لابي حنيفة رحمه الله ان هذا الاعتياض عن الثوب والحيوان حكما فيجوز بالغا ما بلغ كالاعتياض عن الثوب القائم والحيوان القائم حقيقة وانما قلنا ان هذا اعتياض عن الثوب والحيوان حكما لان الواجب في رقبة الغاصب حقا للمالك مثل الحيوان والثوب من جنسه لانه ضمان عدوان فيكون متعينا بالمثل والمثل من كل وجه هو المثل صورة ومعنى ولهذا كان الواجب من جنسه في غير الثوب والحيوان نحو المكيلات والموزونات وايجاب الحيوان والثوب في الذمة ممكن كما في النكاح والدية الا عند الاخذ فيصار الى القيمة ضرورة ان اخذ المثل صورة ومعنى غير ممكن الا بسابقة التقويم والاخذ والدافع لا يعرفان ذلك حقيقة لما فيه من التفاوت الفاحش ولا ضرورة في الوجوب لان الوجوب بايجاب الله تعالى والله تعالى اعلم بذلك فصح ما ادعينا ان هذا اعتياض عن الثوب والحيوان فيجوز كيف ما كان انتهى والعجب من صاحب العناية انه بعد ما نظر الى النهاية وسائر المعتبرات واطلع على ما فيها كيف وقع في تلك الورطة ثم قال صاحب العناية ويمكن ان يجاب عنه بانه فصل ذلك اشارة الى ان المثلي اذا انقطع حكمه كالقيمي لا ينتقل فيه الى القيمة الا بالقضاء فقبله ان تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة انتهى اقول عذره اقبح من ذنبه لان المصنف رح ههنا ليس بصدد بيان المسئلة حتى يفيد اشارته الى اشتراك المسئلتين في الحكم شيئا بل هو في مقام الاستدلال على قول ابي حنيفة رح في الصلح عن الثوب المستهلك على اكثر من قيمته فان لم يفد الدليل الذي ذكره ما ذكره بناء على كون المدعى في القيمي وكون الدليل مخصوصا بالمثلي كما زعمه لا يتم المطلوب فتحويل الكلام لعدم ايفاء حق المقام ولا تجدي الاشارة الى امر جلي عن الصغير فضلا كما لا يخفى

باب التبرع بالصلح والتوكيل به قال صاحب النهاية لما كان تصرف المرء لنفسه اصالة اقدمه على التصرف لغيره وهو المراد بالتبرع بالصلح لما ان الانسان في العمل لغيره متبرع وافتفى اثره صاحب العناية وصاحب الغاية اقول ان قوله وهو المراد بالتبرع بالصلح ليس بسديد اذ لو كان المراد بالتبرع بالصلح ههنا مجرد التصرف لغيره لكان قول المصنف رح والتوكيل به مستدركا لتناول التبرع بالصلح بمعنى مجرد التصرف لغيره ما حصل بالتوكيل به ايضا فالحق عندي ان المراد بالتبرع بالصلح ههنا هو الصلح عن آخر بغير امره وبالتوكيل به هو الصلح عنه بامره وكلتا الصورتين مذكورتان في هذا الباب فيسلم ما ذكر في عنوان

والمال لازم للموكل وان اضاف الى نفسه لان الصلح عن مال يجب على الوكيل بالخصومة يكون للوكيل فيه نصيب او معبرا للاضافة عليه كالوكيل بالشراء اذا اشترى بعين مال نفسه
هو الصحيح لان الصلح عن مال يجب على الوكيل بالخصومة يكون للوكيل فيه نصيب او معبرا للاضافة عليه كالوكيل بالشراء اذا اشترى بعين مال نفسه
هو الصحيح لان الصلح عن مال يجب على الوكيل بالخصومة يكون للوكيل فيه نصيب او معبرا للاضافة عليه كالوكيل بالشراء اذا اشترى بعين مال نفسه

باب الصلح في الدين

قال وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة فهو على ما استحق عليه الا أن يستوفي بعضه ويسقط باقيه فيصح ويكون ما استوفى بعض حقه وما سقط باقيه

الباب عن الاستدراك بلى شيء وهو ان التوكيل بالصلح فعل الموكل وهو متصرف فيه لنفسه فلا يتم وجه التقديم الذي ذكره بالنظر الى قول المصنف رح في العنوان والتوكيل به والجواب ان التوكيل المذكور في العنوان مصدر من المبني للمفعول فيرجع الى معنى التوكيل وهو يصرف الغير فان قلت فلم لم يقل والتوكل به بدل قوله والتوكيل به حتى لا يحتاج الى البيان بانه مصدر من المبني للمفعول قلت فائدة التعبير عن التوكل بالتوكيل هي الايماء الى ان المراد التوكل الحاصل بالتوكيل وهو التوكل بامر الغير الذي هو الموكل لا المباشرة بنفسه بدون امر الغير وهو التبرع بالصلح فينتفع به توهم الاستدراك تامل فانه معنى لطيف قوله والمال لازم للموكل قال صاحب النهاية ومعراج الدراية وفي شرح الاقطع والمال لازم على الموكل انتهى وقال صاحب غاية البيان واللام في للموكل بمعنى على كما في قوله تعالى وان اسأتم فلها اي فعليها وقفى اثره صاحب العناية حيث قال والمال لازم للموكل اي على الموكل كما في قوله تعالى وان اسأتم فلها اي فعليها انتهى اقول لا وجه لجعل اللام في قوله المال لازم للموكل على معنى على لان للموكل متعلق بلازم وكلمة اللزوم متعدي بنفسها او بالباء يقال لزمه ولزم به ولا يتعدى بعلى فلو جعل اللام بمعنى على لزم تعدية اللزوم بعلى ولم تسمع قط والصحيح ان يبقى اللام في عبارة الكتاب على حالها ويكون اقحامها لتقوية العمل فالمعنى والمال يلزم الموكل او دخال اللام على معمول اسم الفاعل من الافعال المتعدية بانفسها لتقوية العمل شائع في كلام العرب بخلاف قوله تعالى وان اسأتم فلها لان اللام في فلها هناك متعلق بمقدر كما لا يخفى فيجوز ان يقدر بالصلح ان تكون كلمة على صلة له فلا حاجة في ان يجعل اللام هناك على معنى على تامل تقف قوله وتاويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد وكان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين الى آخره قال صاحب النهاية وهذا الذي ذكره من التاويل لا يكفي لتاويل المسئلة فان فيه قيدا آخر وهو انه اذا كان الصلح على الانكار فلا يجب بدل الصلح على الوكيل من شيء وان كان الصلح في المعاوضات لانه ذكر في المبسوط في باب الصلح في العقار ولو ادعى رجل في دار رجل حقا فصالحه عنه آخر بامره او بغير امره الى ان قال ولا يجب المال على المصالح الا ان يضمنه للذي صالحه لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل والعفو عن القصاص بمال وذلك جائز مع الاجنبي كما يجوز مع الخصم انتهى وفقى اثره كثير من الشراح في ان ما ذكره المصنف رح لا يكفي لتاويل المسئلة بل لا بد فيه من قيد آخر وهو ان لا يكون الصلح في المعاوضات على الانكار اقول يمكن ان يقال يستغني عنه بما ذكره المصنف به فان قوله اما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فيرجع الحقوق الى الوكيل من تتمة تاويله المقصود منه تعميم جواب المسئلة كل ما لم يكن الصلح عن مال بمال بطريق المفهوم كانه قال وفيما سوى ذلك لا يرجع الحقوق الى الوكيل بل تلزم الموكل كما ذكر في جواب المسئلة وفائدة التنبيه على ان ما ذكره في ابتداء التاويل من الصلح عن دم العمد والصلح على بعض ما يدعيه من الدين انما هو بطريق التمثيل لا بطريق التخصيص جواب المسئلة بذلك فان تخصيصه بذلك ليس بصحيح بجريانه قطعا في غير ذلك كالصلح عن جناية العمد فيما دون النفس والصلح عن كل عقد يكون الوكيل فيه سفيرا محضا كالنكاح والخلع وغيرهما واذا قد تقرر هذا فقد فهم دخول الصلح على الانكار في جواب هاتيك المسئلة وان كان الصلح في المعاوضات اذ قد تحقق فيما ان الصلح على الانكار في حق المدعى عليه انما هو لافتداء اليمين وقطع الخصومة وانما هو معاوضة في حق المدعي وانه يجوز ان تختلف حكم العقد في حقهما فلم يكن الصلح على الانكار في حق المدعى عليه وان كان الصلح في المعاوضات صلحا عن مال بمال وقد اشار اليه في المبسوط بقوله لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل والعفو عن القصاص بمال ولا يخفى ان ما نحن فيه هو الوكالة من قبل المدعي عليه فتم المطلوب

بدون الاحتياج الى التصريح بقيد آخر تفكر

باب الصلح في الدين قوله وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحل على المعاوضة وانما يحل على انه استوفى بعض حقه وسقط باقيه اقول فيه كلام وهو ان كلية ذلك بالنظر الى قوله لم يحل على المعاوضة مسلمة واما بالنظر الى قوله وانما يحل على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه فممنوعة

وهذا ان تعذر الحمل على التأخير لعدم امكان جعله معاوضة كما مضى فانه الى الربوا اقرب اسقاط البعض والهبة في الثانية وان وصالح على الف مؤجلة
جاز وكانه اجل نصف الحق لانه لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز ولو صالحه على دنانير الى شهر لم يجز لان الدنانير غير مشتبهة بغير المباينة
فلا يمكن حمله على التأخير لاجله بشبهة المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسيئة جائز فلهذا لو كانت الف وخمسمائة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز لان الحمل خير
من التعجيل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بازاء ما حط عنه وذلك اعتياض عن الاجل بيوجبهم وان كان الالف سودا فصالحه على خمسمائة بيض جاز لانه
بعقل المباينة وفي زيادة وصف تكون معاوضة لان خمسمائة وزيادة وصف بيضاء تزيد على الف سوداء فصار كما لو اسقط بعض حقه وهذا ظاهر الا ان الصلح على الدين هو الذي
بينه معاوضة للمثل بالمثل لا معاوضة بالمثل وانه يشترط القبض في المجلس لو كان بدل الف درهم دينارا فصالح على خمسمائة الى شهر لم يجز لانه ربا النسيئة امكن ان يجعل اسقاطا
للدنانير كلها والدراهم الا خمسمائة وتأجيلا للباقي للاجل معاوضة لتعذر جعله معاوضة عن المعقود عليه لان معناه اسقاط فيه الزم قال ومن له على آخر الف درهم فقال له عجل لي خمسمائة على ان
ابرئك من الفضل ففعل فهو بريء فان لم يكن له الا خمسمائة عجل عليه لانه هو قولنا وهو قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف رحمه الله لا يعود عليه لانه ابراء مطلق فلا يحتمل الرجوع اذ لو جعل الخمسمائة عوضا عن الالف
بكلمة على وهي للمعاوضة والاداء لا يصلح عوضا كالدينار مستحقا عليه بوجه وجود شيء على مثله كما لا يجوز الابراء مطلقا لا يجوز مقيدا بالشرط فيبقى بقوله على ما كان
الخمسمائة في العرف اداء بعضها اذ لا يسلم اليه غيرها اذ لا يجاوز ما عليه ولو سلم الى الجار لا يجوز عن المديون فتعين ان يكون اسقاطا لما عليه فيصح

لان ما وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة اذا كان على مثل جنسه قدرا ووصفا كما اذا كان عليه الف درهم جياد وصالح عن ذلك على الف درهم جياد وتحمل على استيفاء بعض حقه
صرح به في كثير من المعتبرات كالبدائع والتحفة وغيرهما وليس فيه اسقاط شيء قط وعن هذا قال في الوقاية وصلحه على بعض من جنس بالية اخذ البعض حقه وحط الباقي
لا معاوضة انتهى ويمكن ان يعتذر عما في الكتاب بانه خارج مخرج العادة فان المعتاد ان يكون الصلح على اقل من مثله بناء على عدم الفائدة في عقد الصلح على
مثل المدعى قال صاحب النهاية وههنا ينبغي ان يزاد في لفظ الرواية قيد آخر وهو ان يقال وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة ولا يمكن حمله على
بيع الصرف لم يحمل على المعاوضة واتما قلنا ذلك لانه اذا امكن حمله على بيع الصرف يحمل على بيع الصرف وهو معاوضة وان كان من جنس ما هو مستحق بعقد المداينة فبعد
ذلك ينظر ان كان موجبا يبطل الصلح والا فلا الا يرى انه لو كان عليه الف درهم سود حالة فصالحه على الف ودرهم بيض الى اجل لا يجوز والبيضة اسم لما هو
اجود من السود ولكن كل منهما من جنس الدراهم وانما لم يجز في هذه الصورة لان هذه معارضة الى اجل والصرف الى اجل باطل انتهى كلامه اقول فيه
بحث لان قوله في رواية الكتاب وهو مستحق بعقد المداينة يخرج ما يمكن على بيع الصرف فان ما يمكن حمله على بيع الصرف عند اهل الشرع مما وقع عليه
الصلح ليس مما هو مستحق بعقد المداينة وما هو مستحق بعقد المداينة ليس بما يمكن حمله على بيع الصرف عندهم يشهد بذلك كلمة الاشتمال المذكورة في المسائل الآتية في
الكتاب وادلتها المفصلة فيه واما المثال الذي ذكره بقوله الا يرى انه لو كان عليه الف ودرهم سود حالة فصالحه على الف ودرهم بيضة الى اجل لا يجوز فهو غير
عما نحن فيه بمراحل لانه ليس مما هو مستحق بعقد المداينة ولا مما يمكن حمله على بيع الصرف اما الاول فلان البيضة اجود من السود ففيها زيادة وصف وهي غير
مستحقة بعقد المداينة بالسود وانما المستحق به السود لا غير واما الثاني فلان الاجل يمنع عن الحمل على بيع الصرف كما اعترف به نفسه حيث قال وانما لم يجز
في هذه الصورة لان هذه معارضة الى اجل والصرف الى اجل باطل قوله وهذا لان تصرف العاقل يجري على الصحة ما امكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لاقتضائه
الى الربوا اقول لقائل ان يقول انما يقضي الى الربوا لو جعل المصالح عليه وهو خمسمائة عوضا عن مجموع الالف المدعى واما اذا جعل عوضا عما يساويه من
بعض المدعى وهو الخمسمائة بناء على ان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها فلا افضاء الى الربوا فما بالهم حملوا الصلح في مثل ذلك على انه استوفى بعض حقه
واسقط باقيه ولم يحملوا على انه صارف بعض حقه واسقط باقيه حتى لم يشترطوا القبض في المجلس وجوزوا التأجيل فتامل في الجواب قوله ومن له على آخر
الف درهم فقال اولي غدا منها خمسمائة على انك بريء من الفضل ففعل فهو بريء قال صاحب العناية قيل معناه فتفعل فهو بريء في الحال ويجوز ان يكون
معناه فاوفى عليه ذلك غدا فهو بريء من الباقي انتهى اقول لا يذهب على الفطن ان قوله فان لم يدفع اليه الخمسمائة غدا عاد اليه الالف يأبى المعنى الثاني
ويناسب المعنى الاول لان عود الالف اليه يقتضي تحقق البراءة عنه اولا لكن يمكن توجيهه على المعنى الثاني ايضا بانه لا شك ان البراءة الموقوفة على
اداء الخمسمائة اليه غدا متحققة اولا وان لم تتحقق البراءة المقطوعة الا باداء ذلك اليه فضلا فعليه اذا لم يدفع ذلك اليه غدا الصحيح ان يقال عاد اليه الالف
نظرا الى تحقق البراءة الموقوفة من قبل فان نصف الالف قد كان خرج من ملكه خروجا موقوفا على ادائه فاذا لم يؤد اليه ذلك غدا عاد اليه
الالف كما كان واما جعل العود مجازا عن البقاء كما كان فعله بعض الفضلاء فمما لا تقبله الفطرة السليمة قوله الا ترى انه جعل اذا الخمس مائة عوضا حيث
ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة قلت الباقي بكلمة على في قوله حيث ذكره بكلمة على للمقابلة كما في قولك بعت هذا الهذا فالمعنى حيث ذكر اداء الخمس مائة بمقابلة كلمة
على التي للمعاوضة فلا حاجة الى ما تحمل به بعض الفضلاء في توجيه قوله حيث ذكره بكلمة على حيث قال اي في المعنى والا ففي اللفظ دخل كلمة على في الابراء دون الاداء
انتهى فكانه حمل الباء على الالصاق فاخذ منه الدخول في الاداء فاحتاج الى التكلف وفيما ذكرناه مندوحة عن ذلك قوله والاداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه

[illegible] متعارف ولا يرد في البقاء شرط ان كان لا يتعلق به كراهة وتكرير لبداية بالابراء ان الله تعالى قال ربنا وهذه المسئلة على وجوه ذكرها وسئل ابو القاسم عن رجل صالحك من ألف درهم ثمنية على خمسمائة دينار فقبض الخمسمائة ثم تغيرت الدنانير عند المتبوئ من فضل على الثمن ثم تغيرت الى عشر الالف سلمت له حصته وجوابه ان كان يعرف حقيقة ما به والثانية اذا قال ابرأتك من خمسمائة من الالف على ان تعطيني خمسمائة من الدراهم فقبض ولم يعط الخمسمائة ثم افترقا بطل الابراء والالف الخمسمائة لا تسقط عوضا لما قدمنا وكذا لو تقابضا الدراهم ثم تفاسخا في قبضها بالتقاضي يتقيد به

قال صاحب العناية في شرحه والاداء الايصال عرفا ان حد المعاوضة ان يسقط كل واحد بالمكين قبلها والاداء يتحقق بما يستند به حتى لو كان انتهى ورد عليه بعض الفضلاء قوله والاداء يتحقق بما يستند به لم يكن مستقيما قال فتحقق بل يستقيم ان يكون مستقيما قال فتحقق بل يستقيم قال ليس بشيء لان مراد صاحب العناية انه لم يستقم الاداء حتى في جانب الرأس والبراءة انما يستقيم في جانب المديون وحد المعاوضة ان يسقط كل واحد بالمكين قبلها فاذا لم يستقم في جانب الرأس لم يتحقق حد المعاوضة فتدبر المطلوب

قوله لو ابرأه متعارف قال صاحب العناية قوله اولانه متعارف معطوف على قوله لوجود المقابلة يعني ان حمل كلمة على على الشرط لا معنيين اما لوجود المقابلة واما لان مثل هذا الشرط في الصلح متعارف اقول فيه نظر لان المعنى الثاني لا يكون علة لحمل كلمة على على الشرط لانها لما كانت موضوعة للمعاوضة لم يصح حملها على غيره الا لم يوجد بينهما علاقة المجاز ولا يخفى ان كون مثل هذا الشرط في الصلح متعارفا لا يجدي مناسبة بين ما وضعت له كلمة على وبين هذا الشرط حتى يصير علاقة للمجاز بخلاف المعنى الاول فان اشتراك المعاوضة والشرط في معنى المقابلة مناسبة مصححة للتجوز نعم يكون المعنى الثاني علة مرجحة للتجوز بعد ان ثبتت العلاقة المصححة له لكن الكلام في كونه علة مستقلة بحملها على المجاز وذلك لا يتصور الا يكونه علة مصححة للتجوز كالاول وليس فليس ثم اقول الاقرب ان يكون قوله اولانه متعارف معطوفا على الاقرب وهو قوله لوجود المقابلة وان كان الظاهر من كلام كثير من الشراح ان يكون معطوفا على ما ذكره صاحب العناية فمعنى كلام المصنف فتحمل كلمة على على الشرط عند تعذر حملها على المعاوضة لتصحيح تصرف العاقل اولان مثل هذا الشرط في الصلح متعارف فيكون قوله لوجود معنى المقابلة بيانا للعلاقة المصححة للتجوز ويكون قوله لتصحيح التصرف وقوله اولانه متعارف بيانا للعلة المرجحة للحمل على المجاز بوجهين فينتظم اللفظ والمعنى

قوله والابراء مما تقيد بالشرط وان كان يتعلق به كما في الحوالة قال صاحب العناية قوله كما في الحوالة متعلق بقوله فيفوت بفواته يعني انه لما كان مقيدا بالشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلسا عاد الدين الى ذمة المحيل انتهى اقول لا يخفى على ذي مسكة ان جعل قوله كما في الحوالة متعلقا بقوله فيفوت بفواته مع تحقق الحمل الكثيرة الفاصلة بينهما بعيد عن سنن الصواب عند المحال الواضح بجعله متعلقا بما تصل وهو قوله والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به وعن هذا قال صاحب النهاية في شرح قوله كما في الحوالة يعني ان البراءة مما لا يتقيد كالحوالة لان الحوالة على نوعين مطلقة ومقيدة وقال صاحب الكافي في تقرير هذا المقام والابراء يتقيد بالشرط وان لم يتعلق به كالحوالة فانها مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلسا يعود الدين الى ذمة المحيل انتهى وعلى هذا المنوال شرح جمهور الشراح هذا المقام ولم ار احدا ذهب الى كون قوله كما في الحوالة متعلقا بقوله فيفوت بفواته سوى صاحب العناية والعجب منه ان ما صنعه من المعنى لا يساعد ما ذهب اليه بل يناسب خلاف ذلك فانه قال يعني انه لما كان مقيدا بالشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة ولا يخفى على الفطن ان قوله لما كان مقيدا بالشرط كان كالحوالة وقوله فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة انما يناسب كون قوله كما في الحوالة متعلقا بقوله والابراء مما يتقيد بالشرط وانما المساعد كما ذهب اليه ان يقال يعني ان الابراء لما كان فاتا بفوات الشرط كان كالحوالة فانها تفوت بفوات شرط السلامة على ان فوات الشيء بفوات الشرط فرع لصحة تقييد ذلك الشيء بالشرط وليس باصل مستقل في الكلام فكيف يحسن تعلق قوله كما في الحوالة بذلك دون اصله تبصر ترشد

قوله قال العبد الضعيف وبهذه المسئلة على وجوه قال صاحب النهاية اي وجه خمسة فوجه الحصر فيها هو ان رب الدين في تعليق الابراء بادا بعض الدين لا يخلو اما ان بدأ بالاداء ام لا فان بدأ به فلا يخلو اما ان يذكر معه بقاء الباقي على المديون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط ام لا فان لم يذكره فالوجه الاول وان ذكره فالوجه الثاني وان لم يبدأ بالاداء فلا يخلو اما ان بدأ بالابراء ام لا فان بدأ فالوجه الثالث وان لم يبدأ بالابراء فلا يخلو اما ان بدأ بحرف الشرط ام لا فان لم يبدأ فالوجه الرابع وان بدأ فالوجه الخامس انتهى كلامه

وهكذا ذكر وجه الحصر في النهاية ايضا نقلا عن صاحب النهاية اقول فيه اشكال اما اولا فلانه جعل الوجه الثاني قسما مبدأ بالاداء ومع انه لم يبدأ فيه بالاداء ومع بدأ بالمصالحة واما ثانيا فلانه جعل الوجه الرابع قسما مما لم يبدأ بالاداء مع انه بدأ فيه بالاداء كما ترى ويمكن الجواب عن كل واحد منهما بنوع عناية اما عن الاول فبان يقال ان المبدأ في الوجه الثاني وان لم يكن بالاداء صورة الا انه كان به معنى لان حاصل مصالحا داء الى خمسمائة من الالف وانت بري عن الفضل على انك ان لم تسلم فهما الى خلاف فالالف عليك على حاله فالمراد بان بدأ بالاداء ان بدأ به فيما يتم به وجه المسئلة ويمتاز عن سائر وجوهها والمخفي ان الوجه الثاني تم بما ذكرناه من حاصل المعنى ويمتاز بعين سائر الوجوه واما المصالحة فانما ذكرت فيه لمجرد التفصيل والايضاح واما عن الثاني فبان يقال ليس المراد بالبداءة بالاداء في وجه الحصر البداءة بالاداء المطلق بل المراد به البداءة بالاداء الموقت والمخفي انه لم يبدأ في الوجه الرابع بالاداء الموقت بل انما بدأ فيه بالاداء المطلق فاستقام التقسيم واجاب بعض الفضلاء عن الاشكال الاول بوجه آخر حيث قال فان قيل لم يبدأ في الوجه الثاني بالاداء بل بالمصالحة فلا معنى لجعله قسما مبدئ فيه بالاداء قلنا ذلك مبني على التجوز مع ما بدئ فيه بالاداء حكما فلتتأمل انتهى اقول ليس هذا الجواب بشئ لان اتحاده مع ما بدئ حكما لا يقتضي ولا يجوز جعله ما بدئ فيه بالاداء اذ الاتحاد في الحكم لا يستلزم الاتحاد في الذات ولا في الصفات كيف ولو جاز جعل الوجه الثاني ما بدئ فيه بالاداء بناء على اتحاده في الحكم مع ما بدئ فيه بالاداء وهو الوجه الاول لجاز جعل ما لم يذكره معه بناء الباقي على المديون سرا عن عدم الوفاء بالشرط مما ذكر معه ذلك بناء على الاتحاد في الحكم ايضا فلم يظهر وجه لجعل الوجه الاول والوجه الثاني قسمين مستقلين **قوله** بخلاف ما اذا ابدأ باحد خمسمائة لان الابراء حصل مقرونا بما من حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا اقول فيه بحث لان هذا وان افاد الفرق بين الوجهين الا انه ينافي ما تقرر في التعليل المذكور هيهنا قبل الى حنيفة ومحمد رحمهما الله في الوجه الاول لانه كما لا يثبت الاطلاق بالشك لا يثبت الشرط به ايضا فليتدبر ان لا يثبت تقييد الابراء بالشرط في ذلك الوجه اذ لم يثبت تقييده اولا هناك كما يثبت اطلاقه اولا في الوجه الثالث حتى لا يزول بالشك بل ان اخذ التقييد هناك فانما يتأتى من مقارنة الابراء بالاداء واذا كان الاداء شرطا بين ما يقتضي الاطلاق وما يقتضي التقييد كما ذكره هيهنا كان تقييده بالشرط مشكوكا غير ثابت وقد جزم في التعليل المذكور هناك من قبلها يكون الابراء مقيدا بالشرط في ذلك الوجه وبين ذلك بما لا مزيد عليه فكان بين الكلامين تنافر فلتتأمل في التوفيق

فصل في الدين المشترك اخر بيان حكم الدين المشترك عن المقر ولان المركب يتلو المفرد **قوله** واصل هذا ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض احدهما شيئا منه فاصابه ان يشاركه في المقبوض قال في النهاية وانما اذا اخذ بمقابلة نصيبه ثوبا ليس لصاحبه ان يشاركه في المقبوض بل الخيار للقابض على ما ذكرنا من تنصيص رواية المبسوط واشارة رواية الكتاب انتهى اقول فلقائل ان يقول اذا كان قبض احد الشريكين في الدين شيئا من الدين مخالفا لاخذ احدهما ثوبا بمقابلة نصيبه في حكم المشاركة في المقبوض لم تحقق الاتحاد في الحكم بين مسئلة ما اذا قبض احد الشريكين في الدين شيئا من الدين وبين مسئلة الكتاب فلم يظهر جعل الاولى اصلا في الثانية كما فعله المصنف وغيره وجه حسن وانما يتم حسن ذلك شيئا اذا صالح احدهما عن نصيبه على دراهم او دنانير كما ذكرت هذه الصورة ايضا في المبسوط وما نحن فيه ليس من ذلك **قوله** ولحق المشاركة قال بعض الفضلاء الظاهر اسقاط لفظ الحق فان التحقق في الولد والثمرة حقيقتها الاحتمالي انتهى اقول بل الحق اقحام لفظ الحق لان الضمير في ولد عائد الى صاحب الشركة لا القابض في الدين المشترك لا الى احد الشريكين في كل شئ وليس لحقيقة المشاركة في المقبوض والا لما نفذ تصرف القابض فيه قبل المشاركة وانما الحق المشاركة فيه فلو اسقط لفظ الحق ههنا عسى يتوهم ان يكون لحقيقة المشاركة كما في الولد والثمرة فاقحم لفظ الحق دفعا لذلك التوهم **قوله** ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد تعينه بدلا عن حقه فيملكه قال الشراح

ولا شيء للمتصالحين فضة وبين بدين وشريك لم يتبع الغريم في نصيبه وذكر لكن حقه في ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة
بكون له حق المشاركة فلا يبرأ الشريك فتسليمه لنصيبه فيما توى على الغريم بان شريك القابض لا يرجع على الشريك بشيء مما في ذمة الغريم لتسلم

قالت هذا الاستدراك جواب سؤال مقدر وهو ان يقال فلو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض في المقبوض كما لا يجوز للاجنبي الشريك التصرف في الثمرة والولد بغير اذن لا آخر اقول نعم كذلك لكن يرد عليه انه وان تم جوابا عن ذلك السؤال الا انه مناف لما تقرر آنفا من ان لصاحب حق المشاركة في المقبوض الا ما قال في تعليله لان العين غير الدين علم منه ان ما قبضه احد الشريكين غير ما اشتركا فيه لا عينه ولما قال وقد قبضه بدلا عن حقه علم منه ان ما قبضه ليس بدلا عن المشترك بينهما كما انه ليس عين ذلك بل هو بدل عن حصة القابض فقط فكيف يتصور ان يثبت للشريك الساكت حق المشاركة في المقبوض الذي ليس هو عين ما اشتركا فيه ولا بدلا عنه فتامل نعم ان هذا مخالف لما ذكره في شرح الاقطع في تعليل قوله وان شاء اخذ نصف الثوب في جواب مسئلة الكتاب بان قال لان الصلح وقع على نصف الدين وهو مشاع لان قسمة الدين حال كونه في الذمة لا يصح وحق الشركة متعلق بكل جزء من الدين فصار عوض الثوب نصفه من حقه فوقفت على اجازته واخذه النصف دلالة على دلالة العقد فصح ذلك وجاز فان ضمن لشريك رب الدين لم يكن له على الثوب سبيل لان حقه في الدين انتهى فان الظاهر منه ان يكون ما قبضه احد الشريكين في الدين بدلا من حقهما معا لا من حق القابض فقط قوله والاستيفاء بالمقاصة بمنزلة وبين الدين هذا جواب عن سؤال مقدر وهو ان يقال ثبت انه ملكه بعقده ولكن كان عقده بعض دين مشترك وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض فكيف يقولون لا سبيل لشريك على الثوب في البيع فاجاب بان الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة اذ البيع يقتضي ثبوت الثمن في ذمة المشتري والاضافة الى الغريم من خصائص عقد القرض كما في ذلك لان النقود عينا كانت او دينا لا تتعين في العقود كذا في عامة الشروح قال صاحب النهاية بعد ذلك فان قيل في هذا الجواب ورد سؤال آخر وهو ان قسمة الدين قبل القبض للبيع وفي المقاصة بدينه الخاص يلزم قسمة الدين قبل القبض قلنا قسمة الدين قبل القبض انما لا تجوز قصدا اما ضمنا فجائز وههنا وقعت قسمة الدين في ضمن صحة المشتري كما وقعت في المسئلة الاولى في ضمن صحة المصالحة انتهى كلامه وقد اقتفى اثره صاحب معراج الدراية وقال صاحب العناية بعد تقرير السؤال المقدر وجواب المصنف رح عنه واذا ظهرت المقاصة اندفع ما يتوهم من قسمة الدين قبل القبض لانها لزمت في ضمن المعاقدة فلا معتبر بها انتهى اقول في تحرير صاحب العناية قصور فانه فرع اندفاع توهم قسمة الدين قبل القبض على ظهور المقاصة مع ان ذلك التوهم انما نشأ من المقاصة اذ لو لم تحقق المقاصة لثبت الاشتراك في الثوب المقبوض في البيع ايضا بناء على الاشتراك فيما اضيف اليه العقد من بعض الدين المشترك فلا يتوهم القسمة قبل القبض اصلا ولا اندفع غيره ورد السؤال بلزوم القسمة قبل القبض على تحقق المقاصة ثم اقول لا احتياج عندي ههنا الى التشبث بجواز القسمة قبل القبض ضمنا او لا وجه للتوهم المذكور اصلا لانه ان لم يكن للشريك الساكت سبيل على الثوب في بناء على كون استيفاء الشريك القابض في البيع بالمقاصة كان له سبيل على ما استوفاه من الدين المشترك بالمقاصة حيث كان له ان يضمنه نصفه وهو ربع الدين فلا مجال لتوهم قسمة الدين قبل القبض ضرورة ان لا سبيل لاحد الشريكين على شيء مما استوفاه الآخر بعد وقوع القسمة لا يقال تلك الضرورة في القسمة القصدية دون الضمنية والمتوهم ههنا مطلق قسمة الدين قبل القبض فلا بد من المصير الى ان يقال قسمة الدين قبل القبض قصدا غير لازمة واما ضمنا فلازمة ولكنها جائزة لانا نقول تلك الضرورة ثابتة قطعا في القسمة الصحيحة لبدان وقعت سواء كانت قصدية او ضمنية فلو سلم وقوع قسمة الدين قبل القبض ضمنا ههنا واعترف بصحتها لزم ان لا يكون للشريك الساكت سبيل على ما استوفاه القابض من الدين المشترك بالمقاصة ايضا فلزم ان لا يضمنه ربع الدين وقد تقرر ان له ان يضمنه ذلك فالمسلك الصحيح ان لا يسلم لزوم قسمة الدين قبل القبض فيما نحن فيه لا قصدا ولا ضمنا كما قررناه قوله وللشريك ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا الان حقه في ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله ان لا يشارك فيقول في كلام وهو انه ان كان حق الشريك الساكت باقيا في ذمة الغريم وكان ابا استوفاه القابض نصيب نفسه حقيقة كان ثبوت حق المشاركة

ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لا مستقرض وكذا لو ابرأ عن نصيبه فكذلك لانه لا فرق بين قبض بعض ولو ابرأ عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من حقهما فلو تراجعا ما بنصيبه صح عند ابي يوسف لاعتبار الابراء المطلق ولا يصح عندهما لانه دين وقسمة الدين قبل القبض لو تحاسبا عينا مثلا واشترى شيئا لا يجوز عندهما خلافا لابي يوسف وهذا فاسد والتراجع كذلك كما في الظهيرية وكذا الصلح على جناية العمد قال وكذا سلم بن شريك يصالح احدهما عن نصيبه ان المال لم يصر عند حديثة ونحوه وقال ابو يوسف يجوز الصلح اعتبارا بالساتر الدين بما لو اشترى عبدا فقال لاحدهما في نصيبه

لما سكت فيما استوفاه النائب شكلا غير معقول المعنى لحمل ان هذا مخالف لما ذكر في غاية البيان وغيرها في صدر هذه المسائل من الاصل ان الصحيح المرجوع عليه بان تلف الاصل هنا ان الدين المشترك الذي يثبت بسبب واحد للشريكين اذا قبض احدهما شيئا منه فالمقبوض من النصيبين انا لو جعلناه من نصيب احدهما لكنا قسمنا الدين مال كونه في الذمة وقسمة الدين حال كونه في الذمة لا تجوز والدليل على ذلك ما بيناه ان القسمة تميز الحقوق وذلك لا يتأتى فيما في الذمة ولان القسمة مبادلة التمليك لان كل واحد من المقتسمين يأخذ نصف حقه ويأخذ الباقي عوضا عما في يد الآخر وتمليك الدين لغير من في ذمته لا يجوز فاذا ثبت هذا كان المقبوض من احدهما بين شريكين ان يأخذ نصف المقبوض بعينه انتهى فتامل قال صاحب العناية في تعليل قول المصنف فله ان لا يشاركه لانه لا يتقلب ماله عليه فانه خلف باصل الحق فيه نظر لانه لا يستلزم ان لا يثبت له حق المشاركة اصلا بل يتعين له عدم المشاركة وهذا ظاهر لزوما وابطالا **قوله** ولو وقعت المقاصة بدين كان من قبل لم يرجع عليه الشريك لانه قاض نصيبه لا مقترض اقول فيه شيء وهو انه يلزم في نبذ المقاصة قسمة الدين قبل القبض وما لا يجوز نبذه وليس ههنا عقد حتى تجوز في ضمنه كما مر في صورة البيع اللهم الا ان تجعل نفس المقاصة نوع عقد او شبيهة عقد وتجوز قسمة الدين قبل القبض في ضمنها **قوله** ولا يصح عندهما لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقالا يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتياز احد النصيبين عن الآخر بانصراف احدهما بالحلول والآخر بالتاخير وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لانه وصف شرعي ثابت في الذمة وذلك لا تميز بعضه عن بعض وقائل ان يقول بتاخير البعض هل تميز احد النصيبين عن الآخر او لا فان تميز بطل قولكم وذلك لا تميز بعضه عن بعض وان لم تميز بطل قولكم لامتياز احد النصيبين عن الآخر كذا وكذا والجواب عنه ان تاخير البعض عنه لا يستلزم التميز بذكر ما توجيه فيما يستحيل ذلك فيه فمعنى قوله لامتياز احد النصيبين لاستلزام التاخير الامتياز فان قيل فقد جوزوا ابراء احدهما عن نصيبه وذكر الابراء يوجب التميز يكون بعضه مطلوبا وبعضه لا فيما يستحيل فيه ذلك اجيب بان القسمة تقتضي وجود النصيبين وليس ذلك في صورة الابراء بوجود فلا قسمة اصلا هناك اما قول في الجواب الثاني سبحث لان عدم تحقق القسمة في صورة الابراء بوجود سبب عدم تحقق مقتضاها لا يدفع السؤال الثاني لان حاصله نقض ما ذكر في الجواب الاول بان ذكر ما يوجب التميز تحقق في صورة الابراء ايضا فلا يستلزم مجرد ذلك قسمة الدين قبل القبض في صورة التاخير لاستلزامها في صورة الابراء ايضا وانما عدم تحقق القسمة بسبب تخلف مقتضاها امر مشترك بين الصورتين لان القسمة كما تقتضي وجود النصيبين كذلك تقتضي كون كل واحد من النصيبين قابلا للتميز عن الآخر وتميز بعض الدين عن بعض غير متصور فلا قسمة في الدين لا في صورة الابراء ولا في صورة التاخير كيف ولو امكن القسمة في الدين لما بطلت قسمة الدين قبل القبض فاذا لم يتصور حقيقة القسمة في الدين لا في صورة الابراء ولا في صورة التاخير بقي اصل النقض على حاله فتدبر **قوله** وكذا الصلح عليه عن جناية العمد قال في النهاية ومعراج الدراية يقبل انما قيد بجناية العمد لان في جناية الخطاء يرجع ولكن ذكر في الايضاح مطلقا فقال ولو شج الطالب المطلوب موضحة فصالحه على حصته لم يذهب الشرع بشيء لان الصلح عن الموضحة بمنزلة النكاح انتهى وقال في العناية بعدما ذكر فيها دار ما ذكره بذلك لان الارش قد يلزم العاقلة فلم يكن قضيا انتهى وما ورد بعض الفضلاء حيث قال فيه ان العاقلة لا يعقل صلحا على ما يجب بالعمد انتهى قول ساقط جدا لان العاقلة انما لا تعقل الا مثل ما يجب بالصلح وهو الذي يجيء في كتاب الديات ولا يكون ذلك الا في الصلح عن جناية العمد وانما مراد صاحب العناية ههنا لان الارش قد يلزم العاقلة بجناية الخطاء ثم يصالح عنه على مال اعطاه الجاني ففي مثله اذا وقع الصلح على نصيب الجاني من الدين المشترك لم يكن الجاني المصالح مقتضيا الشيء اذ الارش لم يلزمه حتى يكون مقتضيا له بل قد لزم العاقلة فاين ما اراده مما اورده ذلك الراد ثم اقول بقي كلام فيما قاله صاحب العناية اما اولا فلان القاتل يدخل مع العاقلة عندنا فيكون فيما يودي كاحدهم على ما يجيء في كتاب العاقل فلم يتم قوله فلم يكن مقتضيا الشيء اذ قد كان مقتضيا القدر الذي لزمه ان يوديه مع العاقلة واما ثانيا فلان

وفي الذخيرة لو جاز نصيبه خاصة بكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من اجازة الآخر حتى لو كان شريك العين وهو الذي سلم فيه صار واجبا بالعقد ثم الآخر سلم جاز وفسد الشركة وان شرطا الشركة في المقبوض قبل الشركة فيه بهما على ما عرف في موضعه ولو اصطلحا على ان يكون الدين بينهما على شروط ولم يذكروا الخلط ان لم يكن خلط فهو على الوكالة وان خلطا فهو على الوكالة والصلح جائز ولو كان الدين على رجلين فصالح احدهما على ان يؤدي نصيبه فهو على الوكالة ان شاء رجع على الغريم وان شاء رجع على شريكه عند ابي حنيفة وعندهما ليس له ان يرجع على شريكه حتى يؤدي الكل ولو كان الدين على ثلاثة فصالح احدهم

في الوجهين ضرر لبقية الورثة والاوجه ان يقال ان المبهم يتقدر بقدر نصيبه وبصالحهم او امام الدين يجيبه لهم بما استدقاه نصيبه من الشرع

وكذلك اذا كان ما اعطوه مثل نصيبه من ذلك الجنس فلا يجوز الصلح لانه تبقى الزيادة على الماخوذ من جنس ذلك ومن غير جنسه خالية عن العوض فتعذر تجويزه بطريق المعاوضة في

هاتين الصورتين للزوم الربوا ولا يصح تجويزه بطريق الابراء عن الباقي ايضا لان الترك عين الابراء عن الاعيان باطل كذا في الذخيرة وفي كثير من شروح هذا الكتاب اقول عدم صحة تجويز ذلك بطريق

الابراء عن الباقي منظور فيه عندي لان الابراء عن نفس الاعيان وان كان باطلا الا ان البراءة عن دعوى الاعيان صحيحة كما صرحوا به وقد مر في الكتاب

فلم لا يصح تجويز الصلح عن الاقل او المثل فيما نحن فيه بطريق البراءة عن دعوى الباقي وحمل كلام العاقل على الصحة واجب مهما امكن فان قلت قدمر في الكتاب

انه لو ادعى دارا فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح لان قبضه عين حقه وهو على دعواه في الباقي وما نحن فيه نظير تلك المسئلة فاذا لم يصح الصلح هناك فكيف

يصح ههنا قلت قدمر ايضا في الشروح هناك ان ما ذكر جواب غير ظاهر الرواية واما في ظاهر الرواية فانه يصح وقد ذكر في الذخيرة وفتاوى قاضيخان ايضا

اختلاف جواب ظاهر الرواية وجواب غير ظاهر الرواية في تلك المسئلة حيث قال في الذخيرة هناك وجه ظاهر الرواية ان الابراء لا في عينا ودعوى والابراء عن

الدعوى صحيح وان كان الابراء عن العين لا يصح واما فيما نحن فيه فالجواب بعدم صحة الصلح رواية واحدة لا غير على ما ذكر في جميع الكتب فيرد عليه ما اوردناه

من النظر كما لا يخفى وقال الحاكم ابو الفضل انما يبطل الصلح على مثل نصيبه من الدراهم وعلى اقل من نصيبه من الدراهم حالة التصادق واما حالة المناكرة فالصلح

جائز لان حالة المناكرة المعطي يعطي المال لقطع المنازعة ويفدي به يمينه فلا يمكن الربوا كذا في الذخيرة والتتمة ونقل عنها في النهاية ومعراج الدراية قال

الامام حلاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد قال ابو الفضل يعني الحاكم الشهيد انما يبطل الصلح على اقل من نصيبه من العين في حالة التصادق

اما في حالة المناكرة فالصلح جائز لانه ان لم يكن تصحيحه معاوضة يمكن تصحيحه اسقاطا ثم قال الامام الاسبيجابي والصحيح انه باطل في الوجهين لانه يكون معاوضة في

حق المدعى فيدخل فيه معنى الربوا من الوجه الذي قلنا انتهى وهكذا نقل عنه في غاية البيان وقال الامام فخر الدين قاضيخان في فتاواه قال الحاكم الشهيد

انما يبطل الصلح عن اقل من حصته من مال الربوا في حالة التصادق اما في حالة الجحود والمناكرة يجوز الصلح ووجه ذلك ان في حالة الانكار لا يوخذ لا يكون

بدلا لا في حق الآخذ ولا في حق الدافع انتهى كلامه اقول في الوجه الذي ذكره قاضيخان اشكال لان عدم كون الماخوذ بدلا في حق الدافع ظاهر مسلم واما عدم

كونه بدلا في حق الآخذ فممنوع فان قلت انما لا يكون الماخوذ بدلا في حق الآخذ ايضا لامكان تصحيح هذا الصلح بدون الحمل على المعاوضة بجعله على اخذ عين

الحق في قدر الماخوذ واسقاط الحق في الباقي كما قالوا في الصلح عن الدين باقل من جنسه قلت الكلام في الصلح عن اعيان التركة والابراء عن الاعيان باطل

على ما صرحوا به فلو امكن تصحيح هذا الصلح في حالة المناكرة يحمله على اخذ بعض الحق واسقاط بعضه الآخر لامكن تصحيحه في حالة التصادق ايضا بذلك الطريق لعدم

الفارق من الحالتين في ذلك المعنى قطعا وقد جمعوا اثناء عدم امكان تصحيحه اصلا في حالة التصادق فتعين بقي لنا الكلام في هذا المقام بانه لم لا يجوز تصحيح هذا الصلح

في الحالتين معا بحمله على البراءة عن دعوى الباقي من اعيان التركة لا عن نفس تلك الاعيان والباطل هو الثاني دون الاول كما قررناه من قبل قوله

في الوجهين ضرر لبقية الورثة لعدم رجوعهم على الغرماء كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة وقالوا في سائر الشروح اما في الوجه الاول فان لبقية الورثة ان يرجعوا

على الغرماء وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو نسيئة والنقد خير من النسيئة انتهى قال بعض الفضلاء وبعد نقل المعنى الاول عن الكفاية هذا

هو الحق لا ما في سائر الشروح من لزوم النقد بالنسيئة في الصورة الثانية اذ لا نسيئة عند التبرع فليتامل انتهى اقول قد يكون التبرع في نفس المال بان يعطيه على ان

لا ياخذ عينه ولا بد له من بعد وقد يكون في نقده وتعجيله بان يعطيه في الحال عند عدم وجوب اعطائه عاجلا على ان ياخذ عينه او بدله في الثاني

فلما كان تحمل المصنف رحمه في الوجه الثاني ستة امور تحمل الكل واحدة من صوري التبرع حمله بعض الشراح على الصورة الاولى لتبادرها فيضر بقية الورثة في الوجهين

ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح على الكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربوا وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها اعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعا اذ المصالح عنه عين وهو الصحيح انه يجوز لانها لا تفضي الى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة وان كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة لان التركة لم تملكها الورثة وان لم يكن مستغرقا لا ينبغي ان يصالحوا ما لم يقضوا دينه لتعلق حجة الميت ولو فعلوا قالوا لا يجوز وذكر الكرخي في القسمة انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا

معا بعدم وجوبهم على الغرماء وحملة اكثر الشراح على الصورة الثانية لقلة الضرر فيها وتفاحش الضرر في الصورة الاولى ففسروا الضرر في الوجهين بالمعنيين المختلفين فقول ذلك القائل في الرد عليهم اولا انسبته عند التبرع ناش من المنقول عن الصورة الثانية من التبرع واعلم ان صدر الشريعة حمل معنى الوجه الثاني في شرح الوقاية على ما حمل عليه اكثر شراح هذا الكتاب حيث قال الثانية ان لبقية الورثة بدون الى المصالح نصيبه نقدا ويحل لهم حصته من الدين على الغرماء وفي هذا الوجه يتضرر بقية الورثة لان التعذر خير من الدين انتهى ولكن خالف في توجيه الوجه الاول صاحب الهداية وشراح كتابه خاطبة وسائر المحققين كصاحب الكافي وغيره حيث قال الحيلة الاولى ان يشترطوا ان يبرئ المصالح الغرماء عن حصته من الدين ويصالح عن اعيان التركة بمال وفي هذا الوجه فائدة بقية الورثة لان المصالح لا يبقى له على الغرماء حق لان حصته نصيبهم انتهى كلامه اقول فيه بحث لان ما ذكره انما يفيد ثبوت الفائدة للغرماء لا لبقية الورثة فان قيل اذا لم يبق للمصالح على الغرماء حق يسهل للغرماء اداء حصص بقية الورثة فيحصل من هذه الجهة فائدة لبقية الورثة قلنا ان حصل لهم فائدة من تلك الجهة يحصل لهم الضرر من جهة ان حصة المصالح لا نصيبهم فقوله لان حصته نصيبهم حجة له عليه لا له فلا وجه لذكره في تعليل فائدة لبقية الورثة ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح زاد في الطنبور نغمة حيث قال في هذا المقام وفي هذا الوجه نوع ضرر لسائر الورثة حيث قال لا يمكنهم الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح ونوع نفع لهم حيث لا يبقى للمصالح حق على الغرماء فنقصان ذلك الضرر يخير بهذا النفع وقال في حاشيته فيه دخل لصاحب الهداية حيث اعتبر الضرر المذكور ولم يعتبر النفع ولصدر الشريعة حيث جعل النفع انتهى اقول فيه ايضا بحث اذ لا يخفى على الفطن ان عدم تمكن سائر الورثة من الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح وضياع ذلك القدر من مال التركة بالكلية ضرر فاحش لهم لا يخبر بمجرد ان لا يبقى للمصالح حق على الغرماء فان النفع في لسائر الورثة امر وهمي من جهة تأدية الى سهولة اداء الغرماء حصص باقي الورثة فاين هذا من ذاك فالحق ما ذكره صاحب الهداية قوله ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربوا بين هذا في كثير من الشروح بان كان له في التركة مكيل او موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح او اقل وهكذا ذكر في الذخيرة ايضا اقول فيه خلل لان نصيبه من ذلك اذا كان اقل من بدل الصلح لا يلزم الربوا اذ يكون نصيبه من ذلك حينئذ بمثله من بدل الصلح ويكون زيادة البدل بحصته من بقية التركة كما مر في الكتاب فيما اذا كانت التركة فضة وذهبا وغير ذلك فصالحوه على ذهب او فضة من انه لا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحصته من بقية التركة احترازا عن الربوا فالحق في البيان ههنا ان يقال بان كان في التركة مكيل او موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح او اكثر ولقد اصاب صاحب غاية البيان حيث علل قوله لاحتمال الربوا بقوله لانه يجوز ان يكون في التركة كيلي او وزني وبدل الصلح مثل نصيب المصالح من ذلك او اقل لان ما زاد على بدل الصلح من نصيب المصالح يكون ربوا انتهى فانه اعتبر الثقة في جانب بدل الصلح لا في جانب نصيب المصالح من ذلك على عكس ما اعتبره الآخرون فكان صاحب الكافي ايضا ممن لخص ما ذكرناه من الحل فاكتفى بذكر المثل حيث قال في تعليل هذا القيل لاحتمال ان يكون في التركة مكيل او موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح فيكون ربوا انتهى واقتفى اثره صاحب معراج الدراية ولكن الاوجه ان يراد عليه قيدا واكثر كما مر هنا حاشية النهاية لان فيه توسيع دائرة احتمال الربوا كما لا يخفى قوله وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة لاحتمال ان لا يكون في التركة من ذلك الجنس وان كان فيحتمل ان يكون نصيبه من ذلك اكثر مما اخذ او اقل ففيه شبهة الشبهة وليست بمعتبرة كذا في العناية وعلى هذا المنوال ذكر في الذخيرة وكثير من الشروح وكتب بعض الفضلاء على حواشي صاحب العناية فيحتمل ان يكون نصيبه من ذلك اكثر او اقل فيه بحث اقول لعل مراده بالبحث انه على تقدير ان يكون نصيبه اقل مما اخذه لا يلزم الربوا الماهية في امر مرخص فاوجه لذكره في اثناء بيان احتمال الربوا لكنه سائغ ههنا لان مراد صاحب العناية وغيره فيحتمل ان يكون نصيبه من ذلك اكثر فيلزم الربوا او اقل فلا يلزم

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب في الارض سميت بذلك

الربوا لانه على كل تقدير يلزم الربوا فانهم بصدد بيان شبهة الشبهة التي ليست بمعتبرة فلا بد لهم من بيان احتمال كل واحد من جانبي الصحة والفساد الايرى الى قولهم لاحتمال ان لا يكون في التركة من ذلك الجنس فان هذا الاحتمال جانب الصحة قطعا كيف ولو كان الاحتمال مقصورا على جانب الفساد كان اللازم حقيقة الربوا لا الربوا فضلا عن شبهة الشبهة تامل تقف ثم اعلم ان صاحب الاصلاح والايضاح بعد ما بين الاختلاف في هذه المسئلة على ما ذكر في الكتاب قال والقائل ان يقول حق الجواب التفصيل بان يقال ان كان في التركة جنس بدل الصلح لا يجوز وان لم يكن يجوز وان لم يدر حال التركة فعلى الاختلاف انتهى كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلانه لا احتياج ههنا الى ما ذكره من التفصيل اصلا اذ الشقان الاولان من تفصيله قد استغنى عنهما بالمسئلتين المذكورتين سابقا على استقلال احداهما قوله وان كانت التركة فضة وذهبا وغيرذلك فصالحوه على ذهب او فضة الى آخره واخرهما قوله في اول الفصل واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم منها بمال اعطوه اياه والتركة عقارا وعروض جاز قليلا كان ما اعطوه اياه او كثيرا واما ثانيا فلان التفصيل الذي ذكره لا يخلو عن اختلال لان قوله ان كان في التركة جنس بدل الصلح لا يجوز لا يصح على اطلاقه فانه اذا كان في التركة جنس بدل الصلح ولكن كان ما اعطوه اكثر قدرا من نصيبه من المصالح من ذلك الجنس يجوز الصلح قطعا كما مر مفصلا ومدللا وكذا اذا كان في التركة جنس بدل الصلح ولكن كان فيها دراهم ودنانير وكان بدل الصلح دراهم ودنانير ايضا يجوز الصلح قطعا كما مر ايضا مستوفى واما ثالثا فلان مسلكنا في هذه لا يقبل التفصيل المذكور جدا اذ قد اعتبر فيها كون اعيان التركة غير معلومة فان عبارة هذا الكتاب في هذه المسئلة هكذا ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز وقيل يجوز وعبارة الوقاية وكذا عبارة متن ذلك القائل في هذه المسئلة هكذا وفي صحة الصلح عن تركة جهلت على مكيل وموزون اختلاف انتهى فكيف يتصور في هذه الصورة التفصيل المزبور فهلا هي منحصرة في الشق الثالث منه وهو ما لم يدر حال التركة فالجواب بالاختلاف لا غير على ما ذكر في الكتب المعتبرة عامة

كتاب المضاربة

قد مر وجه المناسبة في اول كتاب الاقرار والمضاربة في اللغة مفاعلة من ضرب في الارض اذا سار فيها قال الله تعالى وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله يعني الذين يسافرون في الارض للتجارة وسمي هذا العقد بها لان المضارب يسير في الارض غالبا طلبا للربح وفي الشريعة عبارة عن عقد على الشركة بمال من احد الجانبين وعمل من الآخر كما سياتي في الكتاب وقال صاحب النهاية ومن يحذو حذوه وهي في الشريعة عبارة عن دفع المال الى غيره ليتصرف فيه ويكون الربح بينهما على ما شرطا اقول فيه قصور اذ الظاهر ان المضاربة في الشريعة ليست نفس الدفع المزبور بل هي عقد يحصل قبل ذلك او معه وركنها الايجاب والقبول بالفاظ تدل عليها مثل ان يقول رب المال دفعت هذا المال اليك مضاربة او معاملة او خذ هذا المال واعمل به على ان ما رزق الله فهو بيننا على كذا او يقول للمضارب قبلت او ما يودي هذا المعنى وشروطها كثيرة تذكر في اثناء المسائل قال في العناية وشروطها نوعان صحيحة وهي ما يبطل العقد بفواته وفاسدة يفسد في نفسها ويبقى العقد صحيحا كما سياتي فكر ذلك انتهى اقول فيه قصور لان الشروط الفاسدة ايضا نوعان نوع يفسد العقد ايضا ونوع يفسد في نفسه ويبقى العقد صحيحا نص عليه ههنا في النهاية وسياتي التصريح به في الكتاب ايضا وعبارة العناية لتشبيه بانحصار الشروط الفاسدة في النوع الثاني منها فكانت قاصرة وحكمها الايداع والوكالة والشركة بحسب الاوقات كما اشير اليه في المبسوط والذخيرة والتحفة وغيرها على ما فصل في النهاية قال في العناية وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح اقول فيه خلل اما اولا فلان حكمها عند الدفع هو الايداع وانما الوكالة حكمها عند التصرف والعمل كما نص عليه في كثير من المعتبرات حتى ان العيون الايرى الى ما قال في الوقاية وهي ايداع او وكيل عند عامة وشركة ان ربح وآمانيا فلانه لم يذكر الايداع

عنه بيان حكمها وحكم لها ايضا يثبت بها او لا على ما صرح به في خاتمة الكتاب قال في الكافي والكفاية وحكمها انواع ايداع ووكالة وشركة واجارة وغصب اقول فيه ايضا خلل لان معنى الاجارة انما يظهر اذا فسدت المضاربة ومعنى الغصب انما يتحقق اذا خالف المضارب فكان متعديا كما سيأتي وكلا الامرين ناقض لعقد المضاربة فكيف يصح ان يجعل الاجارة والغصب حكما من احكامها وحكم الشيء ما يثبت به والذي يثبت ثمنا فيه لا يثبت به قطعا لا يقال ان الاجارة والغصب وان لم يصلحا ان تجعلا حكما للمضاربة الصحيحة الا انهما تصلحان ان يجعلا حكما للمضاربة الفاسدة فصل درجها في احكام المضاربة بيد باحكامها احكام مطلق المضاربة صحيحة كانت او فاسدة لانا نقول لا شك ان ما ذكر في قرارنها من ركنها وشرطها وغيرها انما يراد به ما كان للمضاربة الصحيحة لا غير ففي احكامها ايضا لا بد ان يكون كذلك ولئن سلمنا صحة التعميم للمضاربة الفاسدة ايضا في الاحكام والغصب ليس من احكام المضاربة الفاسدة ايضا لان حكم المضاربة الفاسدة على ما صرح به في البدائع بل في الكتاب ايضا فيما يجيء ان يكون للعامل اجر مثل عمله ولا شك ان ليس للغاصب اجر قط لكونه متعديا فلا مجال لجعل الغصب من احكام المضاربة في شيء آخر قوله لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله قال الشارح العيني فيه مناقشة لان المضارب لا يستحق الربح بسعيه وعمله حتى لو سعى وعمل ولم يظهر ربح لا يستحق شيئا انتهى اقول ليس هذا شيء لان الباني قوله بسعيه وعمله للسببية والمعنى ان المضارب يستحق الربح بسبب سعيه ووظيفة السبب مجرد الايصال والافضاء الى المسبب في الجملة لا التأثير فيه وانما التأثير وظيفة العلة وقد عرف ذلك كله في الاصول فتخلف استحقاق الربح عن سعي المضارب وعمله عند عدم ظهور الربح لا يخل بصحة الكلام المذكور اصلا قوله ولو وقع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لانه يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة قال صاحب النهاية في بيان التعليل اي لان عقد المضاربة مشتمل على الوكالة والاجارة كما عرف وكل واحد منهما يقبل الاضافة الى زمان في المستقبل فيجب ان يكون المشتمل عليهما وهو عقد المضاربة قابلا للاضافة الى زمان في المستقبل ايضا لئلا يخالف الكل الجزء انتهى واقتفى اثره صاحب العناية في هذا البيان غير انه قال والاجارة بالراء والاجارة بالزاي اقول فيه بحث اما اولا فلان المضاربة بالمال ليست اجارة بالراء كما صرحوا به وكما مر في الكتاب آنفا والمدعى ههنا صحة عقد المضاربة في الصورة المذكورة والمضاربة الصحيحة لا تشتمل على الاجارة بالراء اصلا وان تحققت قطعا فلا معنى لدرجها في تعليل صحة عقد المضاربة في الصورة المذكورة واما ثانيا فلان لزوم عدم صحة الكل لكون الجزء ممنوعا فانا نعلم قطعا مخالفة الكل لاجزائه الخارجية والعقلية في كثير من الاحكام الا يرى ان الواحد جزء من الاثنين والاول فرد لا زوج والثاني زوج لا فرد الى غير ذلك من المخالفات البينة على ان المخالفة بين المضاربة وبين الوكالة والاجارة ايضا متحققة قطعا في كثير من الاحكام منها ان الوكيل لا يستحق الربح ولا يشترك فيه مع الموكل والمضارب يستحق ذلك ويشترك فيه مع رب المال وان الاجير يستحق به الاجر ولا يستحق الربح والمضارب على العكس الى غير ذلك واما ثالثا فلان الوكالة والاجارة لا يحتملان الجزئية من المضاربة اما الوكالة فلانهم اتفقوا على انها حكم من احكام المضاربة ولا شك ان حكم الشيء خارج عنه مترتب عليه لا ركن داخل فيه واما الاجارة فلانها ايضا حكم من احكامها على ما ذكره البعض وشيء مناف لعنصرها مضاد لها على مقتضى التحقيق كما مر وعلى كلا التقديرين لا تصلح الجزئية منها فحديث الجزئية في تمشية التعليل المذكور مما لا وجه له ولم ار احدا حام حوله سوى الشارحين المذكورين فالوجه في تمشية ذلك تقرير صاحب الكافي حيث قال لانه لم يضف المضاربة الى العرض وانما اضاف الى ثمنه والثمن مما يصح المضاربة به والاضافة الى زمان في المستقبل يجوز لانه وكالة او وديعة او اجارة وليس في شيء من ذلك ما يمنع صحة الاضافة الى زمان في المستقبل انتهى نعم فيه ايضا شيء مما مر وهو ان المضاربة انما تصير اجارة بعد فسادها لا في حال صحتها فلا معنى لدرج الاجارة في تعليل صحتها في الصورة المذكورة اللهم الا ان يكون درجها فيه على سبيل المبالغة كانه قيل ليس في عقد المضاربة بأس بالاضافة الى زمان في المستقبل لا في حال صحته ولا بعد فساده فتأمل ثم اقول بقي لي بحث قوي في هذا المقام وهو انهم اتفقوا على ان المضاربة ايداع ابتداء وتوكيل

ان عند ابي حنيفة رح يصح هذا التوكيل على ما مر في البيوع وعندهما لا يصح لكن يقع المال في المشترى مرابحة بما عرض قال ومن شرطها ان يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق احدهما دراهم مسماة من الربح لان شرط ذلك يقطع الشركة بينهما لانه يصير منحكما في عقد الشركة قال فان شرط زيادة عشرة فله ربح ماله لفساده لعله لا يربح الا هذا القدر فيقطع الشركة في الربح وعند ابي يوسف رح انه يتبع عن مسماه عرضا ولم ينل فسادا والربح بينهما على الشرط لانه نماء ملكه وهذا هو الحكم في كل موضع لم يصح المضاربة وله ان يعمل المشروط عليه بالاجر المسمى ان خلا وشحن كما بينا في الشركة ويجب الاقل من ربح ماله ومن المسمى في رواية الاصل لان ربح الاجير يجب بتسليم المنافع لا بالعمل وقد وجد وعن ابي يوسف رح انه لا يجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة مع انهما فوتا بها والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحيحة

عند العمل وشركة بعد الربح وقد صرحوا في محله بان مالا يصح اضافته الى زمان في المستقبل تصح وعدوا منها الشركة فاذا لم يصح اضافة الشركة الى زمان في المستقبل فقد وجد في المضاربة ما يمنع صحة الاضافة الى ذلك وهو الشركة فينبغي ان لا يصح عقد المضاربة في الصورة المزبورة بناء على ذلك المانع اذ لا ريب ان ارتفاع المانع اما لا يجدي عند تحقق مانع آخر قوله لان عند ابي حنيفة رح لا يصح بناء التوكيل على ما مر في البيوع واذا لم يصح هذا التوكيل كان المشتري للمشتري والدين بحاله فكان راس مال المضاربة من مال المضارب وهو لا يصح كذا في العناية والنهاية قال بعض الفضلاء والاظهر ان يقال اذا لم يصح التوكيل لم يصح المضاربة لان عدم صحة الجزء مستلزم لعدم صحة الكل انتهى اقول قد مر منا ان صحيح كون الوكالة جزءا من المضاربة ليس بصحيح فانهم صرحوا بان الوكالة حكم من احكام المضاربة مترتب على صحة عقد المضاربة ثابت عند تصرف المضارب في مال المضاربة لا قبله فلا مجال لان يكون جزءا فيها فلا بد في بيان بطلان المضاربة في الصورة المزبورة على تقدير بطلان ذاك التوكيل عند ابي حنيفة رح من المصير الى ما ذكره صاحبا العناية والنهاية نعم انهما قالا ايضا بجزئية الوكالة من المضاربة فيما مر ولكنهما اصابا في ترك ذلك هنا قوله فان شرط زيادة عشرة فانه اجر مثله ذهب عامة الشراح الى ان هذا تفسير للمسئلة المتقدمة والفاء في قوله فان شرط للتفسير وزيادة عشرة اي على ما شرطا كالنصف والثلث فاي فلل عامل اقول في هذا نظر لان هذه المسئلة التي هي مسئلة الجامع الصغير لا تصلح ان يكون تفسيرا للمسئلة المتقدمة التي هي مسئلة مختصر القدوري لوجهين احدهما ان المسئلة الاولى اعم من المسئلة الثانية لان اشتراط دراهم مسماة لاحدهما يتمشى في صورة متعددة مذكورة في معتبرات الفتاوى كالبدائع والخانية وغيرهما منها ان شرطا ان يكون لاحدهما مائة درهم من الربح او اقل او اكثر والباقي للآخر ومنها ان شرطا لاحدهما نصف الربح او ثلثه الا عشرة دراهم ومنها ان شرطا لاحدهما نصف الربح او ثلثه وزيادة عشرة وفي كل ذلك تفسد المضاربة بناء على ان كل واحد من الشروط المزبورة تقطع الشركة في الربح لانه ربما لا يربح الا القدر المسمى او اقل كما صرحوا به واما اشتراط زيادة عشرة فانه يتمشى في صورة ثالثة من الصور المذكورة فكيف يكون الاخص مفسرا للاعم وثانيهما ان حكم المسئلة الاولى فساد عقد المضاربة باشتراط دراهم مسماة لاحدهما وحكم المسئلة الثانية وجوب اجر المثل للعامل فكيف يتصوران يكون احد المتخالفين في الحكم مفسرا للآخر فالحق عندي ان الفاء في قوله فان شرط زيادة عشرة للتفريع والمقصود بالمسئلة الاولى بيان ان عقد المضاربة ينفسد باشتراط دراهم مسماة لاحدهما فقد دل بالثانية بيان ان حكم المضاربة الفاسدة وجوب اجر المثل للعامل كانه قال اذا عرفت فساد عقد المضاربة باشتراط دراهم مسماة لاحدهما فاعلم ان حكم فساد عقد المضاربة باشتراط ذلك وجوب اجر المثل للعامل الا انه ذكر في التفريع صورة اشتراط زيادة عشرة لكونها هي المذكورة في مسئلة الجامع الصغير على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر فيها ومن عادة المصنف رح ان لا يغير المسئلة التي اخذها من الجامع الصغير من مختصر القدوري ولكن دفع احتمال توهم اختصاص ذلك الحكم بالصورة المذكورة بان قال بعد تعليل المسئلة وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة قوله وعن ابي يوسف رح انه لا يجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة مع انهما فوتا بها فان قلت ما جواب ظاهر الرواية عن هذا التعليل القوي لابي يوسف رح فان العقد الفاسد يفيد حكم ابدا من العقد الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد قلت جوابه هو ان الفاسد انما يعتبر بالجائز اذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة والمضاربة الفاسدة تنعقد اجارة فيعتبر بالاجارة الصحيحة في استحقاق الاجر عند ايفاء العمل وان تلف المال في يده فلا اجر مثله فيما عمل كذا في النهاية والعناية وغيرهما صاحب النهاية الى المبسوط اقول مقتضى هذا الجواب ان لا يجوز اعتبار المضاربة الفاسدة بالمضاربة الصحيحة في شيء من الاحكام مع انهم اعتبروها بالمضاربة الصحيحة في حكم كون المال غير مضمون بالهلاك كما ذكره المصنف رح مستدلا بما نحن فيه حيث قال والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحيحة نعم يمكن اثبات ذاك الحكم بدليل آخر مالا الى اعتبارها بالاجارة الصحيحة كما ذكره المصنف رح ايضا بقوله ولانه عين مستاجرة في يده لكن الكلام

وكذا عين مستاجرة في يد مودع شرط يوجب جهالة في الربح يفسد لاختلاف مقصوده وغيره ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كما شرطاه
ضيعة على المضارب قال ولا بد ان يكون المال مسلما الى المضارب ولا بد لرب المال ان يخلي بينه وبين المال لانه في يده كالاجير ولا بد من التسليم اليه وهذا
بخلاف الشركة لان المال في المضاربة من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد من ان يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه
اما العمل في الشركة من الجانبين فاشتراط خلوص اليد لاحدهما يعقد الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد لانعقاد كانه يمنع خلوص المضارب
فلا يتمكن من التصرف ولا يتحقق المقصود سواء كان المالك عاقدا او غير عاقد كالصغير لان يد المالك ثابت له وتقديره يمنع التسليم الى المضارب
وكذا احد المتفاوضين واحد شريكي العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام المالك به ولو لم يكن عاقدا واشتراط العمل على العاقد مع المضارب
غير مالك مفسد الا ان يكون من اهل المضاربة فيه كالمأذون بخلاف الاب والوصي كما من اهل ان يدفعا مال الصغير مضاربة بالنصف ما لكن الاشتراط عليهما يجعله من المال

في جملتهم اعتبارا بالمضاربة الصحيحة وليلا مستقلا عليه كما هو الظاهر من عبارة الهداية والكافي وغيرها فاعلم ان بعض الفضلاء رد على صاحب العناية في قوله
وهذا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة بانه يخالف ما اسلفه من ان عقد المضاربة مشتمل على التوكيل والاجارة اقول انما يخالف ذلك لو كان مراده
بما اسلفه ان عقد المضاربة مشتمل على حال صحة التوكيل والاجارة معا واما اذا كان مراده بذلك ان عقد المضاربة مشتمل على التوكيل حال صحته وعلى الاجارة
بعد فساده فلا مخالفة بين كلاميه والظاهر هو الثاني لكونه موافقا لما صرح به قوله ولانه يصير مستاجرة في يده وفي بعض النسخ صير مستاجرا يعني ان راس المال
صار مستاجرا للمضارب ليعمل به هو لا غيره فلا يضمن كاجير الوحد كذا في الشروح قال بعض الفضلاء ويكون مستاجرة في قول المصنف ح صير مستاجرة
صفة جرت على غير من هي له وهو من قبيل سيل منهم وطل هذا اولى انتهى اقول فيه ان قولهم اسند الفعل الى المفعول واسند الى الفاعل اذا المفعول اشتهر
من افعمت الاناء ملته وقد اسند الى الفاعل لان السيل هو الماء لا الوادي بخلاف ما نحن فيه فان راس المال ليس فاعلا للاستيجار قطعا كما انه ليس
بمفعول فكيف يكون هذا من قبيل ذاك اللهم الا ان يكون مراده بقوله او هو من قبيل سيل منهم او هو من قبيل الاسناد المجازي مطلقا لانه من قبيل
خصوص الاسناد الواقع فيه فحينئذ يجوز كما اشار اليه تاج الشريعة في شرح هذا المقام حيث قال المستاجر في الحقيقة انما هو المضارب لكن سمي العين
مستاجرا لعمل المضارب فيه انتهى ثم ان جماعة من الشراح قالوا وهذا التعليل يشير الى ان المضارب بمنزلة اجير الوحد من حيث انه اجير لا يمكن له ان يواجر
نفسه في ذلك الوقت لاجر قال صاحب العناية والنهاية متوهم في تعليل ذلك لان العين الواحد لا يتصور ان يكون مستاجرا للمتاجرين في الوقت الواحد
كما لا يمكن لاجير الوحد ان يوجر نفسه لمستاجرين في الوقت الواحد انتهى اقول فيه بحث لانه ان اريد بالعين الواحد في قولهما الان العين
الواحد لا يتصور ان يكون مستاجرا للمستاجرين في الوقت الواحد نفس المضارب فالمسلم ان نفسه لا يتصور ان يكون مستاجرا للمتاجرين
في الوقت الواحد ان الاجارة اذا كانت عقدا على العمل لا على المنفعة يجوز ان يكون اي هذا شخص واحد مستاجرا للكثير من المستاجرين في وقت واحد كالقصار
والراعي للغنم للعامة ونحوهما من الاجير المشترك لامكان العمل لكل واحد منهم في ذلك الوقت وقد وقع عقد المضاربة على العمل من المضارب فجاز ان يكون
مستاجرا للاكثر من واحد بخلاف اجير الواحد فان الاجارة فيه كانت على المنفعة دون العمل فلا يقدر على ان يوجر نفسه لآخر في الوقت الواحد على ما تقرر
في محله وان اريد بالعين الواحد في قولهما الم يور راس المال فمسلم ان ذلك لا يتصور ان يكون مستاجرا للمستاجرين في وقت واحد اي ان يكون في يد
كل واحد منهم لعمل به في وقت واحد ولكن هذا لا يقتضي ان يكون المضارب بمنزلة اجير الواحد بل يبقى هذا المعنى في كل اجير
مشترك فان ما يعمل به من الاعيان لا يتصور ان يكون في يده ويد غيره على الاستقلال في الوقت الواحد لامتناع وقوع شيء واحد في محلين مختلفين في
وقت واحد فلا تغفل التقريب قوله وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلاف مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسد بها ويبطل الشرط كاشتراط
الوضيعة على المضارب قال في النهاية فان قلت هذا الكلي منقوض بما ذكر بعد هذا بخطوط وهو قوله وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد فان هذا الشرط داخل
تحت ذلك الكلي لان هذا الشرط لا يوجب جهالة في الربح ومع ذلك افسد عقد المضاربة على قضيته ذلك الكلي ينبغي ان لا يفسد المضاربة لانه غير الذي يوجب
جهالة في الربح قلت نعم كذلك الا انه يحتمل ان يريد بقوله وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها الشرط الذي لا يمنع موجب العقد واما اذا كان شرطا يمنع
موجب العقد يفسد العقد لان العقد انما شرع لاثبات موجبه انتهى اقول هذا الجواب لا يشفي العليل ولا يجدي طائلا الا ان كون المراد بقوله وغير ذلك الشرط الذي
لا يمنع موجب العقد مع انه مجرد احتمال محض لا دليل عليه اللفظ المزبور لعمومه مفسد لما هو المقصود في المقام اذ المقصود ههنا بيان اصل منضبط به احوال الشروط

قال واذا اتحد المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع لان العقد والمقصود يتناولها لان المقصود الاتجار بالتجارة تتعلم العقود مقرونة بالتجارة وماهو من صنيع التجار التوكيل بمن صنيعهم كذا الايداع والابضاع للمسافرة الا ترى ان المودع له اذا سافر فله ان يودع لمصلحة وكذا يجب ان للمضارب عليه ثمانية مقرونة بالمرض وهو السير من بيوتهم انه ليس له ان يدفعه على الجهة بل له ان يدفع بضاعة من جنس ما تعامل به التجار في ذلك الموضع ليس له ان يدفع بضاعة من جنس ما تعامل به التجار في ذلك الموضع لانه هو المراد الغالب والظاهر المتعارف وهو الذي يتناوله العقد دلالة كما يتناوله صريحا قال ليس للمضارب ان يعمل مال المضاربة لغيره ولا ان يخالف رب المال لانه هو المراد من التعميم فما هو من صنيع التجار ليس من صنيع المضارب وهو تدارك ما فاته وتكميله ولا ان يخلط مال المضاربة بمال نفسه او بمال غيره بغير اذن رب المال لانه ربما يتلف المخلوط فيضمن لان الخلط ليس من التجارة في شيء قال وان خالف فاشترى بالمال نسيئة ضمن لانه تصرف بغير اذن رب المال فيكون غاصبا قال وان خسر فاشترى بالباقي وربح فالربح بينهما على الشرط لان الخسران وقع في رأس المال فلا يتعلق به حق الربح وهو تدارك الفائت وتكميل الموجود قال وان اشترى بالمال وباع ثم اشترى بالثمن وباع فربح فالربح كله لرب المال لان الربح الاول وقاية لرأس المال فيكون الربح الثاني حاصلا بمال الغير قال وان اشترى بالمال وباع ثم اشترى بالثمن وباع فخسر فالخسران على رب المال خاصة لان الربح الاول ملك رب المال فيكون الخسران عليه قال وان اشترى بالمال وباع ثم اشترى بالثمن وباع فربح فالربح بينهما على الشرط لان الربح الاول صار رأس المال فيكون الربح الثاني حاصلا بمالهما قال وان اشترى بالمال وباع ثم اشترى بالثمن وباع فخسر فالخسران على رب المال خاصة لان الخسران الاول وقع في رأس المال فيكون الخسران الثاني كذلك قال وان اشترى بالمال وباع ثم اشترى بالثمن وباع فربح فالربح بينهما على الشرط لان الربح الاول صار رأس المال فيكون الربح الثاني حاصلا بمالهما قال وان اشترى بالمال وباع ثم اشترى بالثمن وباع فخسر فالخسران على رب المال خاصة لان الخسران الاول وقع في رأس المال فيكون الخسران الثاني كذلك

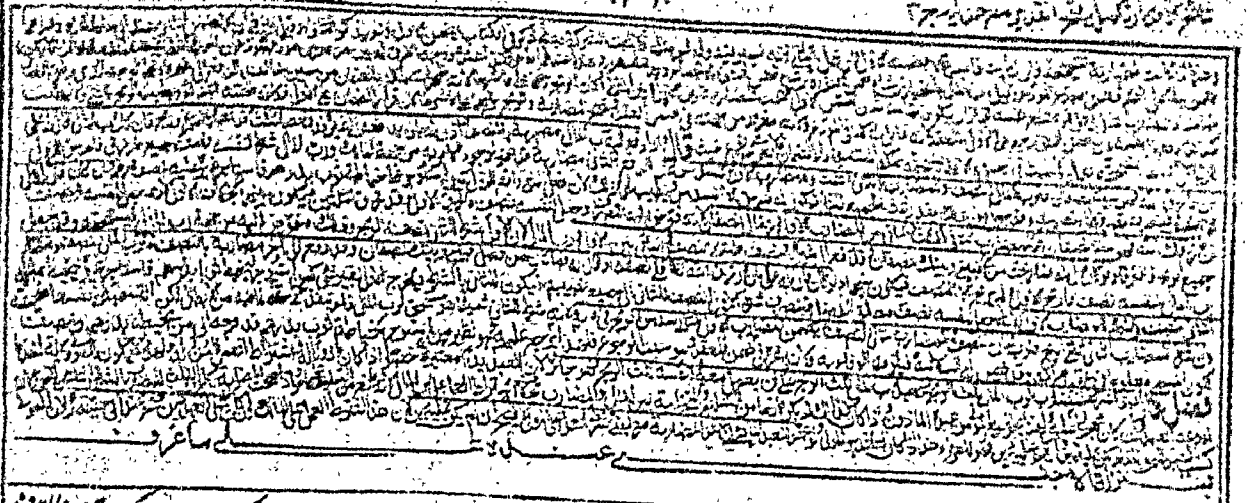
الفاسدة في باب المضاربة فعلى تقدير ان يكون المراد بقوله وغيره ذلك الشرط الذي لا يمنع موجب العقد يكون الشرط الذي يمنع موجب العقد ولا يوجب جهالة في الربح خارجا عن هذا الاصل فلا يتحقق الانضباط فالمتيقن المقصود وجاب صاحب العناية عن السؤال المذكور بوجه آخر حيث قال قيل شرط العمل على رب المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في نفسه بل لفساد الاجارة لما سيجيء في القاعدة المذكورة. والجواب انه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا لفساد اي المضاربة واذا شرط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة وسلب الشيء عن المعدوم صحيح يجوز ان يقال زيد المعدوم ليس بجميل وقوله بعد هذا بخلاف ما اذا شرط العمل على رب المال يفسد العقد معناه مانع عن تحققه انتهى كلامه اقول مضمون هذا الجواب وان لم يكن فاسدا في نفسه الا انه مفسد لمعنى المقام لان معنى القسم الثاني من الاصل المذكور على ما صرحوا به هو ان غير ذلك من الشروط لا يفسد المضاربة بل يفسي المضاربة صحيحة ويبطل الشرط وقد اشار اليه المصنف رح بقوله كاشتراط الوضيعة على المضارب فان الشرط هناك باطل والمضاربة صحيحة وقد كان اعترف بهذا صاحب العناية ايضا حيث قال اولا ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل في نفسه ويبقى المضاربة صحيحة اراد ان يشير الى ذلك بما ذكر على ما قال كل شرط يوجب جهالة في الربح الى آخره ولا شك ان المضاربة المعدومة لا تنزع في هذا المعنى قوله واذا صحت المضاربة جاز للمضارب ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع فسر اكثر الشراح المضاربة المطلقة ههنا بان لا يكون مقيدة بزمان ولا مكان اقول هذا التفسير منهم جدا لانها اذا لم تكن مقيدة بزمان ولا مكان ولكن كانت مقيدة ببلدة بعينها او كانت مقيدة بالمعاملة لفلان بعينه لم تكن مطلقة بل كانت مقيدة لم تكن للمضارب ان يتجاوز بها كما سيأتي وقال بعض الفضلاء من الشراح في تفسير المضاربة المطلقة ههنا اي غير مقيدة بالمكان والزمان والسعلة اقول فيه ايضا نوع تقصير لدخول ما ذكر مقيدة بالمعاملة لفلان بعينه في هذا التفسير ايضا مع انها ليست بمطلقة حيث يصح ذلك التقييد كما سيأتي في الكتاب فالاولى في تفسيرها ان يقال هي ما لم تقيد بزمان ولا بمكان ولا بنوع من التجارة ولا بشخص من المعاملين وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط اذا رفع المضاربة بالنصف ولم يزد على هذا فهذه مضاربة مطلقة وله ان يشتري بها ما بدا له من سائر التجارات وله ان يعين بها ما هو من عادات التجار انتهى قوله ولا يضارب الا ان يأذن له رب المال او يقول له اعمل برأيك لان الشيء لا يتضمن مثله قال صاحب العناية ولا يرد جواز اذن المأذون لعبده وجواز الكتابة للمكاتب والاجارة للمستأجر والاعارة للمستعير فيما لم يختلف باختلاف المستعملين فانها امثال لا ايجابها وقد تضمنت امثالها لان المضاربة تضمنت الامانة اولا والوكالة ثانيا وليس للمودع والوكيل الايداع والتوكيل فكذا المضارب لا يضارب غيره انتهى كلامه اقول الظاهر ان قوله لان المضاربة تضمنت الامانة الى آخره تعليل لقوله ولا يرد جواز اذن المأذون الى آخره لكنه منظور فيه لان حاصله اقامة دليل آخر على عدم جواز ان يضارب المضارب غيره بتضمن المضاربة الامانة والوكالة اللتين لا يجوز فيهما الايداع والتوكيل ولا يلزم منه عدم ورود النقض بالصور المذكورة على الدليل المذكور في الكتاب وهو قوله لان الشيء لا يتضمن مثله فلا يتم التقريب والوجه في الجواب عن النقض بتلك الصور ما ذكر في بعض الشروح من ان الكلام في التصرف نيابة وهو لا نيابة فيه فان بحكم الملكية اما المأذون فلان الاذن فك الحجر ثم له بذاك فيتصرف العبد بحكم الملكية الاصلية واما المكاتب فلانه صار حرا يدا واما المستأجر والمستعير فلانهما امكنا المنفعة قوله ورجع المال مضاربة على حاله قال صاحب العناية فان قيل قوله ورجع المال مضاربة يدل على انها ملكة واذا زال العقد لا يرجع الا بالتعديد اجيب بانه على هذه الرواية وهي رواية الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء والشرف خلافه وانما قال رجع بناء على انه معار على شرف الزوال واما على رواية المبسوط فانما زال لتزوالا موقوفا حتى ضمن بالاخراج انتهى اقول قوله اذ على رواية الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء ونحالف لما حققه المصنف رح وغيره فيما سيأتي من ان شرط الشراء في رواية الجامع الصغير

المقدر الضمان لا الاصل وجوبه وانما وجوبه بنفس الاخراج اذ حينئذ يتحقق الضمان بمجرد الاخراج على رواية الجامع الصغير فالحق في الجواب ان يقال ان الضمان
زائد بالاخراج زوالا موقوفا فاذا لم يشتهر ورد المال الى البلد الذي سميه رب المال سقط الضمان وعادت المضاربة الى اصلها والعقد انما لا يرجع الا بالتعديد فيما اذا
زال زوالا مقطوعا غير موقوف على شئ قوله الا اذا خرج بالنسيئة الخ اقول الاصل في البيوع ان لا عمل في البيوع لانه يرجع بالجر والولاية اليه قال في معراج الدراية فان قيل يشكل على هذا ما ذكر
في الذخيرة انه لو قال لا تبع بالنسيئة ولا تبع بالنقد او على العكس حيث لو باع بالنقد او بالنسيئة لا يكون مخالفا صريحا انتهى اذا كان النقد والنسيئة لا تتفاوت قلنا بذا منافية بالخبر فلا يكون
مخالفة خلافا لزفر رح وهذا كما لو وكله بان يبيع عبده بالف فباعه بالفين يجوز عندنا خلافا لزفر رح لانه مخالفة بالخير انتهى اقول في كل واحد من السؤال والجواب
خبط اما في الاول فلان قوله او على العكس غير صحيح اذ لم يذكر كون الجواب في عكس قوله بع بالنسيئة ولا تبع بالنقد كالجواب فيه لا في الذخيرة ولا في شئ من الكتب
الشرعية واما في الثاني فلان قوله هذا مخالفة بالخير مما لا يكاد يصح بعد درج العكس المذكور في الاشكال لانه اذا كان البيع بالنقد مخالفة بالخير فيما اذا كان السعر
بالنقد والنسيئة غير متفاوت لم يتصور كون البيع بالنسيئة في العكس مخالفة بالخير ايضا وهذا ظاهر جدا فالصواب ان يطرح حديث العكس مع السؤال كما فعله غيره قوله
ومعنى التخصيص ان يقول على ان تعمل كذا او في مكان كذا الى آخره يعني ان معنى التخصيص يحصل بان يقول كذا وكذا اي بهذه الالفاظ ومقصوده التمييز بين ما يفيد
التخصيص من الالفاظ وما لا يفيد ذلك منها وجملة ذلك على ما عينوا ثمانية منها تفيد التخصيص فيعتبر شرطا واثنان منها لا يفيد فيعتبر مشورة والمشاورة تميز ما يفيد
التخصيص عما لا يفيده وهو ان رب المال متى ذكر عقيب المضاربة ما لا يصح الا متفرعا به ابتداء او يصح متعلقا به بما قبله يجعل متعلقا به لا ما يفيد ومتى ذكر عقيبها ما يصح الا متعلقا
به لا يجعل متعلقا بما قبله لاستفادة الضرورة هذا خلاصة ما ذكره هنا في جملة الشرح والكافي اقول فيه شئ وهو انهم اتفقوا على ان قول رب المال لمن دفع اليه
تعمل به في الكوفة بالرفع تعمل وبجزمه من تلك الالفاظ الستة التي تفيد التخصيص مع انه يصح الابتداء بتعمل مرفوعا على ان يجعل كلاما مستانفا كما يصح الابتداء بالفعل
اللذين حصروا فيهما ما يصح الابتداء به في باب المضاربة وهما قوله واعمل به بالواو وقوله اعمل به بغير الواو وفعلا يقتضي الضابط المذكور ينبغي ان يكون قوله تعمل به في
الكوفة بالرفع مما لا يفيد التخصيص ايضا فتامل قوله اما اذا قال لمن دفع هذا المال واعمل به بالكوفة فله ان يعمل فيها وفي غيرها لان الواو للعطف فيصير بمنزلة الشورة
فان قيل لما لم يجعل الواو للحال كما في قوله ادخل الدار وانت حر قلنا لانه غير صالح للحال هنا لان حال العمل لا يكون وقت الاخذ وانما يكون العمل بعد الاخذ
كذا في النهاية وخاتمة الشرح اقول ينتقض هذا الجواب بما اذا قال لمن دفع هذا المال تعمل به في الكوفة بالرفع فانهم جعلوا قوله تعمل به بالكوفة مما لا يفيد التخصيص وقد صرح
في النهاية ومعراج الدراية بان قوله تعمل على اعرابين بالرفع على الحال وبالجزم على جواب الامر مع ان العلة التي ذكروها في الجواب المزبور لعدم صلاحية قوله
واعمل به بالكوفة للحال وهي كون العمل بعد الاخذ لا وقت الاخذ بعينها في قوله يعمل به بالكوفة بالرفع فيلزم ان لا يصلح للحال ايضا وان قالوا هذا
حال مقدرة كما في قوله تعالى محلقين رؤسكم ومقصرين يردان يقال لم لم يكن الامر كذلك في قوله واعمل به بالكوفة فالتحقيق ما ذكره الاشكال بذلك الجواب ثم اقول
الجواب التام عن اصل السؤال الحاسم مادة الاشكال ان يقال ان قوله واعمل به بالكوفة جملة انشائية وقد تقرر في العلوم العربية ان الجمل الانشائية لا يصح
ان تقع حالا سواء كانت مع الواو او بدونها وهذا مع وضوحه جدا كيف خفي على الشراح حتى تركوه وتشبثوا بما يرد عليه الاشكال والشارح العيني قد اعترض على
الجواب الذي ذكره خاتمة الشراح بعد ان ذكره ايضا بانه لم لا يجوز ان يكون قوله واعمل به بالكوفة حالا منتظرة كما في قوله تعالى محلقين رؤسكم ومقصرين
بذا شيئا فهو ايضا غفل عن عدم صلاحية الجمل الانشائية لان تقع حالا ثم ان بعض الفضلاء تدارك ما اورده الشارح العيني وقصد توجيه الجواب الذي ذكره
العامة فقال وجملة حالا مقدرة خلاف الظاهر فكانه ايضا غافل عن عدم صلاحية ذلك لان تقع حالا قوله والمدعى موسر قال الشراح وانما قيد بقوله والمدعى

ويستسعى في ثلث قيمته غير ربح لان الالف مستحق برأس المال للحال والربح بينهما لانه نماء المال ولا يستسعى في حصة رب المال لان الاستسعاء في نصف الولد لا يمكن لان الالف المأخوذ استحق برأس المال للحرية فلم يكن بينهما مشاركة فلم تتحقق الحرية في حصة رب المال لانها لا تتجزأ بل كان الواجب السعاية في الكل وقد فات فلذا سقط الكل ولان تلك الدعوة وصارت الجارية لهما ولو كان نصيب رب المال لا يسعى في شيء كما اذا استولد جارية بالنكاح او اشتراها هو وغيره وراثة يضمن نصيب شريكه كذا في المحيط وغيره

باب المضارب يضارب

قال (واذا دفع المضارب المال الى غيره مضاربة وهو لا يعلم بذلك فربح فالربح بينهما على الشرط والمضارب الثاني خلف عن المضارب الاول فيما رزق من ربح وعليه رد حصة رب المال من الربح وان هلك المال في يده لم يضمن) اما كون الربح بينهما على الشرط فلان المضارب الثاني عامل لهما بتسليط رب المال والمضارب الاول بتسليط المالك والعامل لاحد المتبوعين عامل لهما كالمأذون لاحد الشريكين في شركة العنان واما كون المضارب الثاني خلفا عن المضارب الاول فيما رزق من ربح فلان المضارب الاول لما دفع المال الى غيره مضاربة فقد رضي بعمله لان المضاربة لا تكون الا بالعمل فصار عمله كعمل نفسه فيما رزق من ربح فيكون خلفا عنه فيه واما كونه خلفا عنه في رد حصة رب المال من الربح فلان المضارب الاول لما دفع المال الى غيره مضاربة فقد رضي بعمله والمضاربة لا تكون الا بالعمل فصار عمله كعمله



نافی الایضاع ویلائم التوکیل انما هو عقد المضاربة لا الدفع نفسه فانه انما یلائم الایداع قبل العمل والایضاع بعده لا التوکیل لان التوکیل تفویض التصرف
لاجل الموکل الی غیره وهذا المعنی لا یحصل من الدفع نفسه بخلاف عقد المضاربة کما لا یخفی واما فی شرح الکنز للعلامة الزیلعی فلم یحکم علی الدفع نفسه بانه توکیل فانه
قال فیه ووجه المروی عن ابی حنیفة رح ان العقد المجرد لا یوجب الضمان ولهذا لا یضمن الفضولی المجرد مع مال الغیر ولا بالتسلیم لاجل التصرف لانه ایداع وتملک
ذلک ولا بالتصرف لانه وکیل فیه علی ما بینا من قبل انتهی ولا یخفی ان المفهوم منها ان المضارب وکیل لا ان الدفع نفسه توکیل ولا کلام فی ان المضارب
وکیل بحکم عقد المضاربة واما انه وکیل بحکم الدفع فقط فلم یقل به احد قوله وهذا اذا کانت المضاربة صحیحة قال فی النهایة ومعراج الدرایة ای الضمان علیهما
فی الربح او العمل علی الاختلاف الذی ذکرنا فیما اذا کانت المضاربة صحیحة وقال فی العنایة وشرح العینی ای وجوب الضمان علی الاول او علیهما بالربح
او العمل علی ما ذکرنا اذا کانت المضاربة صحیحة اقول لا یحتمل ان یکون المشار الیه بهذا ههنا وجوب الضمان علیهما ای علی المضارب الاول والثانی بل
کون المشار الیه به ههنا هو الضمان علی الاول متعینا لان المذکور فی الکتاب هو ضمان الاول لا غیر ولم یتعرض المصنف رح الی الآن حتی یشعر بضمان الثانی
ایضا فکیف یصح ان یجعل کلمة هذا ههنا اشارة الی الضمان علیهما وشان اسم الاشارة ان تشار به الی المحسوس المشاهد او ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد علی
ما عرف فی محله ووجوب الضمان علی الثانی مما لم یشر رأسا قط الی الآن فضلا عن ان یجعل بمنزلة المحسوس المشاهد علی ان المصنف رح ههنا بصدد بیان ما ذکر
فی الکتاب من ضمان الاول لرب المال واما ان الثانی هل یضمن ایضا ام لا فسیبینه بعد مفصلا بقوله ثم ذکر فی الکتاب یضمن الاول ولم یذکر الثانی الی آخره
فهو ههنا بمعزل عنه قوله لانه ملکه بالضمان من حین حالف بالدفع الی غیره لا علی الوجه الذی رضی به فصار کما اذا دفع مال نفسه اقول لقائل ان یقول
هذا التعلیل انما یمشی علی قول زفر لان تحقق المخالفة بالدفع الی الغیر انما هو قول زفر رح وعند ابی یوسف رح ومحمد رحمه الله لا تحقق المخالفة بالدفع فلم
یتم التعلیل وعند ابی حنیفة رحمه الله لا تحقق بالدفع ولا بالعمل بالمربح وقد مر ذلک کله ولا یخفی ان الاهم بالبیان والتعلیل ههنا قول ابی حنیفة رح لکونه المذکور
فی الکتاب ثم قولهما لکونه ظاهر الروایة فلا ینبغی ان یساق التعلیل علی وجه یختص بقول زفر رح فلیتامل فی التوجیه

فصل قوله واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح علی ان العمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز وهذه من مسائل
الجامع الصغیر وقد تکلم الشراح فی امر التقیید بعبد رب المال فیها فقال صاحب النهایة التقیید بعبد رب المال لا الشرط فان الحکم فی عبد المضارب
کذلک ایضا ونقل من الذخیرة والمعنی تفصیلا یدل علی ذلک وقال صاحب معراج الدرایة التقیید بعبد رب المال لا الشرط فان حکم عبد المضارب کذلک
وکذا الوشرط الاجنبی وکذا کل من لا یقبل شهادة المضارب او شهادة رب المال له وقیل قید بعبد رب المال لان فیه خلافا بین اصحاب الشافعی رح
وبعض اصحاب احمد رح وفی غیره لا خلاف ووجه قول البعض ان ید الغلام کید سیده فلا یکون شرط عمله کشرط عمل رب المال انتهی کلامه ورد علیه
بعض الفضلاء فیما ذکره فقیل حیث قال بعد نقل ذلک عنه وفیه بحث لانه لا خلاف فی جواز اشتراط عمل عبد المضارب او الاجنبی علی ان یکون له الثلث
انتهی اقول لا یفهم لهذا البحث وجه ورود علی ذلک المنقول اصلا بل هذا یؤید ذلک لان قوله لانه لا خلاف فی جواز اشتراط عمل عبد المضارب الی آخره
یصیر بیانا لما قیل وفی غیره لا خلاف فلا مخالفة بین البحث ومورده فضلا عن المناقشة ثم ان محصول ذلک المنقول انه اذا کان فی عبد رب المال خلاف
لا فی غیره کان ذکر عبد رب المال محل الاحتیاط والاهتمام دون ذکر غیره فلذلک قید به وهذا مما لا یقدح فیه البحث المذکور اصلا کما لا یخفی علی الفطن

فصل في العزل والقسمة قال (واذا مات رب المال والمضارب بطلت المضاربة لانه توكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل ولا ترث الوكالة وقد مر من قبل)

وقال صاحب العناية قوله ولعبد رب المال في مقابلته شيئان عند المضارب والاجنبي وليس ذلك باحتراز عن الاول لان حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد رب المال فيجوز ان يكون احترازا عن الثاني فانه اذا شرط ذلك الاجنبي على ان يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة جميعا وصارت المضاربة بينهما اثلاثا وان لم يشترط عمل الاجنبي معهما صحت المضاربة مع الاول والشرط باطل ويجعل الثلث المشروط الاجنبي كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لان الربح انما يستحق برأس المال او العمل ولم يوجد من ذلك شئ انتهى كلامه اقول فيه بحث لانه لا يكاد ان يحصل الاحتراز بقوله ولعبد رب المال عن الاجنبي اصلا اي سواء شرط ان يعمل مع المضارب او لم يشترط اما اذا شرط ذلك فلان حكم الاجنبي حينئذ عين حكم عبد رب المال حيث يصح الشرط والمضاربة جميعا فكيف يتصور الاحتراز مع الاتحاد في الحكم واما اذا لم يشترط ذلك فلانه وان تغير الحكم حينئذ حيث يبطل الشرط لكن السبب فيه عدم اشتراط العمل لا كونه اجنبيا فالاحتراز عنه انما يحصل بقوله على ان يعمل معه لا بقوله ولعبد رب المال الا يرى انه لو قال بدل قوله ولعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل معه وللاجنبي ثلث الربح على ان يعمل معه لاخرج الاجنبي الذي لم يشترط له العمل مع المضارب من حكم المسألة ايضا فلم يكن لقوله ولعبد رب المال مدخل في الاحتراز عنه اصلا وقال صاحب الكفاية التقييد بعبد رب المال مع ان الحكم في عبد المضارب كذلك عند اشتراط العمل لدفع ما يتوهم ان يد العبد يد للمولى فيمتنع التخلية فقال هو جائز انتهى كلامه اقول هذا هو الحق عندي ولقد اشار اليه المصنف رح في تعليل المسألة حيث قال لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان ماذونا ثم قال واذا كان كذلك لم يكن ثمة من التسليم والتخلية بين رب المال والمضارب

فصل في العزل والقسمة اي في عزل المضارب وقسمة الربح لما فرغ من بيان حكم المضاربة والربح ذكر في هذا الفصل الحكم الذي يوجد بعد ذلك لان عزل المضارب انما يتحقق بعد تحقق عقد المضاربة وكذا القسمة بعد تحقق مال الربح **قوله** واذا مات رب المال او المضارب بطلت المضاربة لانه توكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل قال في العناية اخذا من النهاية ورد بانه لو كان توكيلا لما رجع المضارب على رب المال مرة بعد اخرى اذا هلك الثمن عند المضارب بعد ما اشترى شيئا كالوكيل اذا دفع اليه الثمن قبل الشراء وهلك في يده بعده فانه يرجع به على الموكل ثم لو هلك ما اخذه ثانيا لم يرجع به عليه مرة اخرى وبانه لو كان توكيلا لانعزل اذا عزله رب المال بعد ما اشترى بمال المضاربة عروضا كما في الوكيل اذا علم به وبانه لو كان توكيلا لما كان المضارب على مضاربته اذا لحق رب المال بدار الحرب مرتدا ثم عاد مسلما كالوكيل والجواب عن ذلك كله سيأتي انتهى كلامه يريد بالجواب الآتي عن الرد الاول ما يأتي في الكتاب قبيل فصل الاختلاف من بيان الفرق بين المضاربة والوكالة في المسألة الاولى وبالجواب الآتي عن الرد الثاني ما يأتي في الكتاب ايضا في هذا الفصل من بيان علة عدم انعزال المضارب في المسألة الثانية وبالجواب الآتي عن الرد الثالث ما يأتي في الشروح في المسألة الآتية المتصلة بما نحن فيه من بيان وجه المسألة الثالثة اقول الذي يعلم مما ذكر في المواضع الثلثة الآتية انما هو الفرق بين المضاربة والتوكيل في تلك المسائل الثلث وبذلك لا يحصل الجواب عن الرد بالوجوه الثلثة المذكورة ههنا لان حاصله القدح في الدليل الذي ذكره المصنف بقوله لانه توكيل بانه لو كان توكيلا لما خالف حكمه حكم التوكيل في المسائل الثلث المزبورة وبالفرق بين المضاربة والتوكيل في تلك المسائل لا يظهر كون المضاربة توكيلا حتى يندفع رد الدليل المذكور ههنا بتلك المسائل بل يظهر به خلاف ذلك فيتأكد الرد والاشكال فان قلت المراد بما في الدليل المذكور ان المضاربة توكيل في بعض الاحكام دون جميعها فلا يقدح فيه اختلافهما في الوجوه الثلثة المذكورة قلت حينئذ لا يفيد الدليل المدعى اذ لا يلزم من كون المضاربة توكيلا في بعض الاحكام كونها توكيلا فيما نحن فيه فلا تتم التقريب فان قيل المراد انها توكيل في بعض الاحكام الذي من جملة ما نحن فيه قلنا حينئذ لا يصلح ما ذكر في معرض الدليل لان يكون دليلا اصلا لصيرورته اخفى من المدعى ولا تقل من

وان ارتد رب المال عن الاسلام والعياذ بالله وحق بدار الحرب بطلت المضاربة لان اللحوق بمنزلة الموت الا ترى انه يقسم ماله بين ورثته
وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند ابي حنيفة رح لانه يتصرف له بتصرف كتصرفه بنفسه ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها لان له عبارة صحيحة
ولا توقف فان عاد رب المال فبقيت المضاربة قال وان عزل رب المال المضارب لم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز لانه لم يكن جعيته عزل الوكيل
شيء قبل علمه ان علم بعزله المال ورد من قبله ان يعلمها ويمنعه العزل ان لك ان حقه قد ثبت في الربح وما يظهر بالقسمة وهي تبتنى على رأس المال وانما يتبين بالبيع قال ولو يحول السوق
بغير قبضه لم يكن العزل عزلا لانه لا يعلم ظاهره وتمامه رأس المال وقد نفقت حيث صار نقدا فيعمل العزل ان كان له رأس المال وانما ينزل عند ابي حنيفة رح ان عينه فيه لانه ليس في حال عزله بطل حقه في الربح فلا
ظهر ربحه قال رضي الله عنه وهذا كما ذكره وكان من حقه رأس المال ان لم يكن بان كان دراهم فسلم المال انما ينزل عند الثاني ابي يوسف رح رأس المال استحسانا لان البيع لا يظهر الربح مع كالعرض

ان تصير مثل المدعى في المعرفة والجهالة فلا يتم المطلوب تامل **قوله** وان ارتد رب المال عن الاسلام ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة قال الشراح هذا اذا
لم يعد مسلما اما اذا عاد مسلما قبل القضاء بلحاقه او بعده وكان عقد المضاربة على ما كان اما قبل القضاء بلحاقه فلانه بمنزلة الغيبة وهي لا توجب بطلان المضاربة
واما بعد القضاء به فلما كان حق المضارب كما لو مات حقيقة وعزاه جماعة منهم الى المبسوط اقول فيه اشكال اما اولا فلانه لو مات حقيقة بطلت المضاربة قطعا كما مر في
المسئلة المتقدمة آنفا فكيف يصح قولهم كما لو مات حقيقة اللهم الا ان يقيد قولهم كما لو مات حقيقة بما كان كون المال عروضا فان المضارب لا ينعزل حينئذ كما سيأتي
في الكتاب واما ثانيا فلانه ان كانت علة بقاء عقد المضاربة على حاله فيما اذا عاد مسلما بعد القضاء بلحاقه هي ما كان حق المضارب كان ينبغي ان يبقى على حاله
فيما اذا لم يعد ايضا بهذه العلة فليتامل ثم اقول الذي يظهر من تعليل المصنف رح هذه المسئلة ومما ذكر في بعض المعتبرات ان لا يكون فرق في بطلان المضاربة
بين ما اذا لم يعد مسلما وبين ما اذا عاد مسلما بعد لحوقه بدار الحرب مرتدا سيما بعد القضاء بلحاقه اما ظهور ذلك من تعليل المصنف هذه المسئلة فلانه قال في تعليلها اما بالاول
اللحوق بمنزلة الموت عندنا الا يرى انه يقسم ماله بين ورثته ولا يخفى ان المضاربة لا تبقى بعد الموت على ما كانت بل تبطل بالموت قطعا كما مر فكذا ما هو بمنزلة الموت
واما ظهوره مما ذكر في بعض المعتبرات فلانه قال في البدائع ولو ارتد رب المال فباع المضارب او اشترى بالمال بعد الردة فذلك كله موقوف في قول ابي حنيفة رح
ان رجع الى الاسلام بعد ذلك نفذ ذلك كله والحق ردته بالعدم في جميع احكام المضاربة وصار كانه لم يرتد اصلا وكذا اذا لحق بدار الحرب ثم عاد مسلما قبل ان يحكم
بلحاقه بدار الحرب على الرواية التي يشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته وصيرورة امواله ميراثا لورثته فان مات او قتل على الردة او لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه
بطلت المضاربة انتهى ولا يخفى ان المفهوم من قوله ثم عاد مسلما قبل ان يحكم بلحاقه بدار الحرب بطلان المضاربة لو عاد مسلما بعد ان يحكم بلحاقه بدار الحرب ومن قوله
على الرواية التي يشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته بطلانها ولو عاد قبل ان يحكم بلحاقه على الرواية التي لم يشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته وان الظاهر من اطلاق قوله ان
مات او قتل على الردة او لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه بطلت المضاربة الى قوله بعد ان تعرض لعوده مسلما فيما سبق بطلانها بعد القضاء بلحاقه وان عاد مسلما قال
الامام الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد ولو ارتد رب المال ثم قتل او مات او لحق بدار الحرب فان القاضي مخير البيع والشرى على المضارب والربح له وبضمنه
راس المال في قياس قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح ومحمد رح هو على المضاربة بالولاية الاصلية فيتوقف ويبطل بالموت او بالقضاء باللحوق ولو لم يرفع
الامر الى القاضي حتى عاد المرتد مسلما جاز جميع ذلك على المضاربة لانه انتقضت ردته قبل اتصال القضاء بها فيبطل حكمها انتهى ولا يخفى ان الظاهر من هذا ايضا
انه لو عاد مسلما بعد القضاء بلحوقه بطلت المضاربة بالاتفاق **قوله** ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها في معنى كلام المصنف رح هذا اذا كان محتملا لامرين
احدهما ان يكون قوله هذا ناظرا الى قوله وان ارتد رب المال ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة فيكون المعنى ولو كان المضارب هو المرتد اللاحق بدار الحرب فالمضاربة
على حالها اي هي غير باطلة وثانيهما ان يكون قوله هذا ناظرا الى قوله وقيل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند ابي حنيفة رحمه الله فيكون المعنى ولو كان المضارب هو المرتد
قبل لحوقه فالمضاربة على حالها اي لا يتوقف تصرفه عند ابي حنيفة رح اليضا بل يجوز جميع تصرفاته عندهم جميعا وقد ذهب الى المعنى الاول صدر الشريعة في شرح الوقاية حيث
قال في شرح قول صاحب الوقاية وتبطل بموت احدهما ولحاق المالك مرتدا بخلاف لحاق المضارب بدار الحرب مرتدا حيث لا تبطل المضاربة لان له عبارة صحيحة انتهى
واقتفى اثره من المتاخرين صاحب الدرر والغرر وصاحب الاصلاح والايضاح وهو الظاهر من نفس عبارة الوقاية اليضا حيث اضيف فيها الموت المبطل الى احدهما
مطلقا واللحاق المبطل الى المالك فقط فدلت على ان لحاق المضارب لا تبطل بناء على ان تخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بالاتفاق كما نصوا
عليه اقول وذلك المعنى ليس بصحيح عندي اذ قد تقرر في باب احكام المرتدين ان المرتد اذا لحق بدار الحرب وحكم الحاكم بلحاقه صار من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام
الاسلام وقد اشعر به عند المصنف رح في هذا الفصل اليضا حيث قال في تعليل بطلان المضاربة اذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب لان اللحوق بمنزلة الموت الا ترى

وعلى هذا موت رب المال في بيع العروض ونحوها قال واذا افترقا عن مال دين وقد بحر المضارب فيه ليتبع الحكم على اقتضاء الدين لانه بمنزلة الاجير المشترك لانه يعمل لغيره بجزء من الربح لكنه لا يملك التصرف لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به وقال في الكافي بخلاف المأذون لانه يتصرف لان حقوق العقد ترجع الى العاقد فلا يملك الاجبار ولان المأذون يملك التجارة بالاذن والمضارب بالعقد وهو لا يملك الا بالتخلية بينه وبين المال ولا تخلية في الدين ولان المأذون يملك البيع بالنقد والنسيئة والمضارب لا يملك النسيئة الا بالتنصيص عليها ولان المأذون يملك الاستدانة على التجارة والمضارب لا يملكها ولان المأذون يملك الاقتضاء والمضارب لا يملكه ولان المأذون يملك الخصومة والمضارب لا يملكها ولان المأذون يملك الاقرار بالدين والمضارب لا يملكه ولان المأذون يملك الاقرار بالمضاربة فتعود على رب المال بالاستحقاق والمضارب لا يملكه ولان المأذون يملك الاقرار بالوديعة والمضارب لا يملكه ولان المأذون يملك الاقرار بالشركة والمضارب لا يملكه ولان المأذون يملك الاقرار بالوكالة والمضارب لا يملكه ولان المأذون يملك الاقرار بالرهن والمضارب لا يملكه ولان المأذون يملك الاقرار بالجناية والمضارب لا يملكه ولان المأذون يملك الاقرار بالغصب والمضارب لا يملكه ولان المأذون يملك الاقرار بالعارية والمضارب لا يملكه ولان المأذون يملك الاقرار بالاجارة والمضارب لا يملكه ولان المأذون يملك الاقرار بالمضارب

فصل فيما يفعله المضارب قال في غاية البيان وكان القياس ان لا يذكر الفصل هنا بل كان ينبغي ان تذكر المسائل المذكورة فيه في اول الكتاب عند قوله واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع ويشتري ويسافر ويضع ويودع الا انه ذكر الفصل هنا لزيادة الافادة لانه ذكر هنا ما لم يذكر ثمة انتهى اقول لا يذهب على ذوي فطرة سليمة ان ما ذكره لقوله الا انه ذكر الفصل هنا لزيادة الافادة لانه ذكر هنا ما لم يذكر ثمة لا يجدي شيئا في دفع ما ذكره اولا لان زيادة الافادة انما تقتضي ان لا يقتصر على ما ذكر في الكتاب بل يذكر مجموع ما ذكر هنا وما ذكر ثمة ولا يقتضي ان يذكر بعضها ثمة وبعضها هنا في فصل على حدة فبقي مقتضى القياس الذي ذكره في اول كلامه على حاله تعصر وقال في النهاية والعناية ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في اول المضاربة من افعال المضارب زيادة للافادة وتنبيها على مقصودته افعال المضارب بالاعادة انتهى اقول لا يرد على هذا التقرير ما يرد على ذلك ولكن فيه شيء آخر يجب حله وهو ان قوله وتنبيها على مقصودته افعال المضارب بالاعادة ينافي ظاهر قوله ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في اول المضاربة من افعال المضارب لان الافادة تقتضي الذكر مرة اولى وقد قال ولا ما لم يذكره في اول المضاربة من افعال المضارب وحل ذلك ان المراد بالاعادة اعادة جنس افعال المضارب لا اعادة خصوص ما ذكر منها واعادة جنسها انما يقتضي ذكر جنسها مرة اولى لا ذكر خصوص ما يعاد من جنسها فلا منافاة تامل **قوله** لان رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره الى آخره اقول فيه شيء وهو ان الدليل قاصر عن افادة تمام المدعى اذ لا يجري في صورة خلط مال المضاربة بماله وهي داخلة ايضا في المدعى كما ترى **قوله** فان دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة قال صاحب العناية وكلام المصنف رحمه يوهم اختصاص الايضاع ببعض المال حيث قال من مال المضاربة وليس كذلك فان الدليل لم يفصل بين كونه بعضا او كلا وبه صرح في الذخيرة والمبسوط انتهى اقول الظاهر في بيان ابهام كلام المصنف رحمه اختصاص الايضاع ببعض المال ان يقال حيث قال شيئا من مال المضاربة فان منشأ الابهام انما هو مجموع قوله شيئا من مال المضاربة لا قوله من مال المضاربة فقط لجواز ان يراد بكلمة من البيان التبعيض الا يرى انه لو قال فان دفع ما اخذه قبضة من مال المضاربة الى رب المال ببضاعة تعين البيان وارتفع الابهام كما لا يخفى على الفطن بخلاف ما اذا قال فان دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال ببضاعة فانه قريب من التصريح ببعض المال كما لا يشتبه على ذوي فطرة سليمة وعن هذا قال صاحب النهاية وهذا اللفظ كما ترى يقتضي ان يكون المدفوع الى رب المال بعض مال المضاربة ولم يقل حيث قال من مال المضاربة واما صاحب الكافي فلما رأى لفظ المصنف رحمه موهما للاختصاص بايضاع بعض المال غيره فقال فان دفع المضارب مال المضاربة او شيئا منه الى رب المال ببضاعة واشترى رب المال وباع فهي مضاربة بحالها انتهى **قوله** وقال زفر رحمه تفسد المضاربة لان رب المال متصرف في مال نفسه لا يصلح وكيلا فيه فيصير مستردا ولهذا لا يصح اذا شرط العمل عليه ابتداء قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قال زفر رحمه رب المال متصرف في مال نفسه بغير توكيل اذ لم يصرح فيكون مستردا للمال ولهذا لا يصح اشتراط العمل عليه ابتداء اقول هذا الشرح لا يطابق المشروح فان الظاهر منه ان علة فساد المضاربة عند زفر رحمه في مسئلتنا هذه كون تصرف رب المال في مال نفسه بغير توكيل بناء على عدم تصريح المضارب بالتوكيل فيفهم منه ان المضارب لو صرح بالتوكيل يصح المضاربة عنده ايضا في هذه المسئلة وليس كذلك الظاهر من الشروح ان علة ذلك عنده كون رب المال متصرفا في مال نفسه غير صالح لان يكون وكيلا فيه بناء على ان المرء لا يصلح وكيلا لغيره فيما يعمل في ملك نفسه ولقد افصح عنه صاحب الكافي حيث قال قال زفر رحمه تفسد المضاربة لان رب المال متصرف لا في مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه لان المرء فيما يعمل في ملكه لا يصلح وكيلا لغيره فصار مستردا انتهى **قوله** فان كان معه فاشترى بها ثيابا فقصر بها او حملها بماية من عنده وقد قيل لم اعمل برأيك فهو متطوع قال صاحب

في مال المضارب

والصبغ شركة بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه **فصل آخر قال** فان كان معه الف النصف فاشترى بها ثوبا فباعه بالفين واشترى بالفين ثوبا فباعه بثلاثة آلاف ثم اشترى بالثلاثة ثوبا فباعه بثلاثة آلاف وقد هلك المالان فان رب المال يأخذ الف النصف وخمسمائة وللمضارب خمسمائة ويكون بينهما على الشرط الذي ذكرنا حاصل الجواب ان المضارب ربح الف ومائتين لان له ما اشترى بالفين وباعه بثلاثة آلاف ثم ما اشترى بالثلاثة

فصل في الاختلاف قال وان كان معه المضارب الف فقال هلكت الالف ثم جئت بالف اخرى وقال هذا مال آخر وقال رب المال بل هما من المضاربة فالقول قول المضارب كان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا القول قول رب المال ثم رجع وقول زفر رحمه الله كقول المضارب يعني على الشركة في الربح وبه نأخذ والقول قول المضارب مع يمينه على ما ذكر في الكتاب كان لا اختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض ضمينا كان او امينا لانه اعرف بمقدار المقبوض فوقع الاختلاف معه في مقدار الربح فالقول قوله لان الربح يستحق بالشرط وهو يستفيد من جهته فكان القول قوله مع يمينه قال ومن كان معه الف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح الفا وقال فلان يدعي بضاعة فالقول قول رب المال لان المضارب يدعي عليه تقويض عمله او شرطا من جهته او يدعي الشركة وهو ينكر وقال للمضارب اقرضتنيها وقال رب المال هي بضاعة او وديعة او مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب

فاخترنا ايهون الامرين بخلاف الوكيل لانه بمنزلة البائع فصيره بهلاك الثمن لا يوجب الرجوع على المشتري انتهى اقول في الجواب نظرا اما اولا فلان قول المصنف رح لانه امكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب صريح في اثبات امكان جعله مستوفيا بجامعة الوكالة الضمان في صورة توكل الغاصب ببيع المغصوب فكيف يمكن ان يقال مقصوده مجرد دفع استحالة اجتماعهما ولئن سلم ذلك فلا يندفع به النظر المذكور لان حاصله ان السبب في صورة توكل الغاصب ببيع المغصوب متعدد وفيما نحن فيه واحد فلا يلزم من امكان اجتماعهما هناك امكان اجتماعهما ههنا واما ثانيا فلان قوله واما كونه مستوفيا فثابت يندفع الضرر عن الموكل ليس بتام لان الضرر اللازم للموكل على تقدير ان يرجع عليه الوكيل بالف اخرى انما هو الضرر الضروري الغير الناشئ من صنع الوكيل اذ الكلام فيما اذا هلك الثمن المدفوع الى الوكيل من غير تعد منه ولا خذ وشرعا في مثل هذا الضرر حتى يجعل الموكل مستوفيا لاجل دفع ذلك عنه فيجب عليه الضمان مع كون يده يد امانة الا يرى ان المودع اذا هلكت في يد المودع من غير تعد منه يلزم المودع مثل هذا الضرر مع انه لا يجب على المودع الضمان لدفع ذلك عن المودع بالاجماع واما ثالثا فلان قوله واما هو ناف حق رب المال الى قوله فاخترنا ايهون الامرين غير متمش فيما اذا هلك الالف والعبد معا اذ لا يبقى حينئذ شيء من رأس المال حتى يلحق الهالك فيستوفي رب المال من الربح والظاهر ان جواب المسئلة وهو دفع رب المال الثمن الهالك ورجوع المضارب عليه مرة بعد اخرى جار في هذه الصورة ايضا بناء على الدليل المذكور في الكتاب قال في النهاية ومعراج الدراية ذكر الامام المحبوبي ثلثة اوجه في الفرق بين المضارب والوكيل احدها ما ذكر في الكتاب الثاني اما لو لم يحمل قبض الوكيل على الاستيفاء لا بطلنا حق الموكل اصلا لانه اذا رجع عليه بالف اخرى ضاع ذلك اصلا فاما ههنا فحق رب المال لا يضيع اذا حملنا على الامانة لانه يلحق برأس المال ويستوفيه من الربح ولو حمل على الاستيفاء يلحق المضارب ضرر فوجب اختيارا هون الامرين والثالث ان الوكيل لما اشترى فقد انعزل عن الوكالة فلا يرجع على الموكل بعده فاما المضارب فلا ينعزل بالشراء ويتصرف في كل مرة لرب المال فيرجع عليه في كل مرة انتهى اقول في كل واحد من تلك الاوجه الثلثة نظرا اما في الاول فلما عرفته آنفا واما في الثاني والثالث فلان كل واحد منهما يقتضي ان لا يرجع الوكيل على الموكل في مرة اولى ايضا اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء مع انهم صرحوا برجوعه عليه في المرة الاولى في تلك الصورة اما اقتضاء الثاني ذلك فلان البطال حق الموكل تحقق بالرجوع في المرة الاولى ايضا لعلة مذكورة واما اقتضاء الثالث اياه فلان انعزال الوكيل عن الوكالة لما تحقق بالاشتراء كان الرجوع بالهلاك بعد الاشتراء رجوعا بما حدث بعد زوال الامانة بالانعزال ولو كان في مرة اولى وايضا يرد على الوجه الثاني ما اوردناه ثانيا وثالثا على جواب صاحب العناية عن نظره تأمل تلقف ثم اقول الحق عندي في الفرق بين المضارب والوكيل في مسئلتنا هذه ان يقال قبض الوكيل بعد الشراء استيفاء لانه وجب له على الموكل مثل ما وجب عليه للبائع فانه بمنزلة البائع من الموكل حيث انعقد بينهما مبادلة حكمية كما مر في كتاب الوكالة فاذا قبض الثمن بعد الشراء صار مستوفيا له فصار مضمونا عليه فاذا هلك بعده لم يكن له ان يرجع به على الموكل ولهذا لم يرجع عليه اصلا فيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه الثمن فهلك ولم يرجع عليه الا مرة فيما اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء امانة في يده وهلك بعد الشراء وقد اشار اليه المصنف رح بقوله لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعله مستوفيا بالقبض بعده اما المدفوع اليه قبل الشراء امانة في يده وهو قائم على الامانة بعد لم يصر مستوفيا فاذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر

فصل في الاختلاف اي في الاختلاف بين رب المال والمضارب اخر هذا الفصل لان الاختلاف في الرتبة بعد الاتفاق لانه الاصل بين المسلمين قوله وقال المضارب اقرضتنيها وقال رب المال هو بضاعة او وديعة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب قال صاحب العناية وسماه مضاربا وان اتفق على عينه لاحتمال ان يكون مضاربا في الاول ثم اقرضه انتهى وقد سبقه الى هذا التوجيه تاج الشريعة اقول تسمية احد المتخالفين مضاربا عند تحقق اتفاقهما على خلافه بعيد واحتمال ان يكون مضاربا في الاول مما لا تقبله فطرة سليمة

لان المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع قال الآخر فاسمعت البينة بخلافه يتحالفان لان الاصل فيه الخصوص ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال لان الاصل فيه العموم والاطلاق والتخصيص يعارض الشرط بخلاف الوكالة لان الاصل فيه الخصوص ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته فيكون القول له ولو اقاما البينة فالبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان ولعدم حاجة الآخر الى البينة ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير اولى لان آخر الشرطين ينقض الاول

جدا والاقرب عندي انه سماه مضاربا للمشاكلة بما ذكر في جواب هذه المسئلة على طريقة قوله تعالى تعلم ما في نفسي ولا اعلم ما في نفسك وقول الشاعر قالوا اقترح شيئا نجد لك طبخه قلت اطبخوا لي جبة وقميصا قوله لان المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر حمل صاحب النهاية التملك في قول المصنف رح يدعي عليه التملك على تملك الربح حيث قال اي تملك الربح وسلك صاحب العناية ايضا نحوه المسئلة حيث قال لانه يدعي عليه تملك الربح اقول الظاهر ان مراد المصنف رح بالتملك ههنا تملك الاصل المال اذ دعوى الاستقراض دعوى تملك اصل المال واما تملك الربح فانما تابع لتملك اصل المال في هذه الدعوى فحمل التملك ههنا على تملك الربح لا يخلو عن قبح اما اولا فلما اشترنا اليه من ان الاصل في دعوى تملك اصل المال وتملك الربح من فروع ذلك وحمل التملك في الدليل على تملك الربح يوهم خلاف الاصل واما ثانيا فلان دعوى تملك الربح قد ينفك عن دعوى تملك اصل المال كما اذا ادعى المضاربة فان المدعى ههنا استحقاق الربح دون استحقاق اصل المال فادعى مجرد تملك الربح لا يدل على تمام المدعى فيما نحن فيه على ان الشائع في الاستعمال عند هم استحقاق الربح دون تملك الربح واما تملك الربح كما ذكره صاحب العناية ففي نفس صحته ايضا اشكال يظهر ذلك كله بالتامل الصادق وتتبع قواعد الفقه واقوال الائمة قوله والبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة قال صاحب النهاية ورب المال ايضا محتاج الى اثبات ما ادعاه ليصل حقه اليه بل بينة رب المال اقوى بالقبول لاثباتها امرا عارضا وهو الضمان وشرعية البينات لاثبات الامر العارض غير الظاهر كما في بينة الخارج مع بينة ذي اليد فكان هذا مما يتامل في صحته وان كانت رواية الايضاح تساعده ايضا انتهى كلامه وقال صاحب العناية قال المصنف رح لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة واعترض عليه بان البينة للاثبات لا للنفي وبان الآخر يدعي الضمان فكيف لا يحتاج الى البينة واجيب بان اقامة البينة على صحة تصرفه وليزيل ههنا نفي الضمان فاقام المصنف رح اللازم مقام الملزوم كناية وبان ما يدعيه من المخالفة فهو سبب الضمان ثابت باقرار الآخر فلا يحتاج الى بينة الى ههنا كلامه اقول جوابه عن ثاني وجهي الاعتراض ليس بسديد لان الثابت باقرار الآخر انما هو النوع الذي يدعيه الآخر لا مخالفته لان رب المال فانه يدعي الموافقة له وسبب الضمان انما هو المخالفة فلم تتم التقرير والصواب في الجواب عنه ان يقال عدم احتياج رب المال الى البينة في مسكتا نحوه لا لانه ليس معه شيئا بل لان القول قوله لكون الاذن مستفادا من جهته كما تقرر فيما مر آنفا وكان ما يدعيه ثابتا بقوله فلم يحتج الى البينة ولهذه النكتة قال المصنف رح وعدم حاجة الآخر الى البينة ولم يقل وعدم قبول بينة الآخر وبهذا الجواب يظهر اندفاع ما توهمه صاحب النهاية في استشكال ما ذكر المصنف رح ههنا فتدبر قوله ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير اولى اقول تتامل ان يقال هذا مناقض لما ذكره آنفا من ان البينة بينة المضارب بجواز ان يكون صاحب الوقت الاخير رب المال ويمكن التطبيق بان يحمل ما ذكره اولا على عدم التوقيت قال صاحب العناية بعد ان ذكر قول المصنف رح ولو وقت البينتان الى آخره وان لم يوقتا او وقتا على السواء او وقتت احدهما دون الاخرى فالبينة لرب المال اقول هو عليه ان هذا ينافي ما ذكره المصنف رح من ان البينة بينة المضارب اذ لا يمكن ان يحمل هذا على التوقيت فوداك على عدم التوقيت كما ترى ولقد احسن صاحب النهاية في اسلوب التحرير ههنا حيث لم يزد على قول المصنف شيئا ولو وقتت البينتان الى آخر شيئا من المسائل التي زادها عليه صاحب العناية بل تعرض لشرحه وتحليله فقد اورد قال بعد ما استشكل قول المصنف رح فيما قيل والبينة بينة المضارب الى آخره واما صاحب الذخيرة رحمه الله وشكر مساعيه جعل حكم بينتي المضارب ورب المال في دعوى الخصوص والعموم في مدعوهما الخصوص واحدا وذكر في الذخيرة مفصلا مسائل بعضها المسائل التي ذكرها صاحب العناية بعقيب قول المصنف رح ولو وقتت البينتان الى آخره فكان ذكر تلك المسائل في تحرير صاحب النهاية منسوبا الى صاحب الذخيرة فلا يضره منافاة ذلك لما ذكره المصنف رح لاعترافه بان ما ذكره المصنف رح ههنا مطابق لرواية الايضاح دون رواية الذخيرة

كتاب الوديعة

قال الوديعة امانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمنها لقوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان ولان الناس حاجة الى الايداع فلو ضمنا به يمتنع الناس عن قبول الودائع فيتعطل مصالحهم قال والمودع ان يحفظها بنفسه ومن في عياله لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه

كتاب الوديعة

وجه مناسبة هذا الكتاب بما تقدم قد مر في اول كتاب الاقرار ثم ذكر بعده العارية والهبة والاجارة للتناسب بالترقي من الادنى الى الاعلى لان الوديعة امانة تملك شيء وفي العارية تمليك المنفعة بلا عوض وفي الهبة تمليك العين بلا عوض وفي الاجارة تمليك المنفعة بعوض وهي عقد لازم واللازم اقوى واعلى وما ليس بلازم فمقارن في الكل الترقي من الادنى الى الاعلى كذا في الشروح ثم محاسن الوديعة ظاهرة اذ فيها اعانة عباد الله تعالى في الحفظ ووفاء الامانة وهو من اشرف الخصال عند الله شرعا قال عليه الصلوة والسلام الامانة بجر الغنى والخيانة بجر الفقر وفي المثل الامانة اقامة للملوك مقام السلوك والخيانة اقامة الملوك مقام الملوك ثم ان الوديعة لغة فعيلة بمعنى مفعولة مشتقة من الودع وهو الترك عن ابن عباس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لينتهين اقوام عن ودعهم الجمعات اي عن تركهم اياها قال شمر زعمت النحوية ان العرب اماتوا مصدر يدع والنبي عليه السلام افصح العرب وقد رويت عنه هذه الكلمة وسميت الوديعة بها لان شيئا يترك عند الامين كذا في المغرب وبعض الشروح قال صاحب العناية وتفسيرها بالغة الترك وسميت الوديعة بها لانها تترك بيد امين انتهى اقول فيه مسامحة ظاهرة اذ ليست الوديعة في اللغة بمعنى الترك بل هي في اللغة بمعنى المتروكة وانما الذي بمعنى الترك هو الودع فلا يصح قوله وتفسيرها بالغة الترك الا بتاويل بعيد لا يساعده لفظه ولا معنى الا ان يراد بذلك انها مشتقة من الودع الذي هو الترك وقال جماعة من الشراح الوديعة في الشريعة عبارة عن التسليط على حفظ المال اقول الظاهر ان الوديعة في الشريعة ايضا هي المال المودع الذي يترك عند الامين لا نفس التسليط على حفظ المال وانما التسليط على حفظ المال هو الايداع وعن هذا قال صاحب الكافي والكفاية الايداع لغة تسليط الغير على حفظ اي شيء كان مالا او غير مال يقال اودعت زيدا مالا او استودعته اياه اذا دفعته اليه ليكون عنده فانا مودع ومستودع بكسر الدال فيهما وزيد مودع ومستودع بالفتح فيهما والمال مودع ووديعة وشريعة تسليط الغير على حفظ المال انتهى حيث فسر الايداع بالتسليط المزبور دون الوديعة وقالا والمال مودع ووديعة واقول فيما ذكر في الكافي والكفاية ايضا شيء لان محصول ذلك ان معنى الايداع لغة اعم من معناه شرعا لاختصاص الثاني بالمال وتناول الاول المال وغيره ولكن المفهوم من معتبرات كتب اللغة كالصحاح والقاموس والمغرب وغيرها اختصاص المال ايضا بالمال لان المذكور فيها عند بيان معناه يقال اودعته مالا اي دفعته اليه ليكون وديعة عنده فلو لم يكن له اختصاص بالمال في اللغة ايضا لما اطبق ارباب اللغة على ذكر المال في بيان معناه بل كان اللائق بهم ان يقولوا يقال اودعته شيئا اي دفعته اليه ليكون وديعة عنده والعجب من صاحبي الكافي والكفاية بعد ان قالا الايداع لغة تسليط الغير على حفظ اي شيء كان مالا او غير مال قالا ايضا يقال اودعت دينا بالادا استودعته اياه اذا دفعته اليه ليكون عنده وليس فيما استشهدوا به شيء يوهم العموم بل فيه ما يشعر بالخصوص كما عرفت آنفا فكان اللائق بهما حينئذ ترك ذلك قوله الوديعة امانة في يد المودع الى آخره قال صاحب النهاية فان قيل الوديعة والامانة كلاهما عبارتان عن معبر واحد فكيف جوز بينهما المبتدأ والخبر اذ لا يجوز ايقاع اللفظين المترادفين مبتدأ وخبرا على طريق التفسير كقولك الليث اسد والحبس منع ومراد المصنف ههنا ليس تفسير الوديعة بالامانة قلنا جواز ذلك ههنا بطريق العموم والخصوص فان الوديعة خاصة والامانة عامة وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه فالوديعة هي الاستحفاظ قصدا والامانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد بان هبت الريح في ثوب انسان والقته في حجر غيره والحكم في الوديعة انه يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق وفي الامانة لا يبرأ بعد الخلاف وكذا نقل عن الامام بدر الدين الكردري الى ههنا لفظ النهاية وقال صاحب الكفاية قال الشيخ الامام بدر الدين رحمه الله الفرق بين الوديعة والامانة بالعموم والخصوص فالوديعة خاصة والامانة عامة وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه فالوديعة هي الاستحفاظ قصدا والامانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد

ولانه لا يمكنه اداء من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان للمالك راضيا بالمقدار

بان هبت الريح في ثوب انسان والقته في حجر غيره والحكم في الوديعة انه يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق ولا يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق في الامانة اه هناك كلامه اقول يرد على الجواب المزبور والفرق المذكور ان التقرير يقتضي ان يكون بين الوديعة والامانة تباين لا عموم وخصوص فانه قد اعتبر في الاولى القصد وفي الاخرى عدم القصد وهما لا يجتمعان في مادة اصلا وكذا جعل حكم الاولى ان يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق وحكم الاخرى ان لا يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق وهما متناقضتان لا يتربان على شئ واحد فلا يتصور بينهما عموم وخصوص بل تبيين التباين وحمل احد المتباينين على الآخر غير صحيح قطعا فلا يتم التقريب وقال صاحب العناية ههنا قد ذكرنا ان الوديعة في الاصطلاح هو التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد والامانة اعم من ذلك فانها قد تكون بغير عقد كما اذا هبت الريح في ثوب فالقته في بيت غيره واذا كان كذلك فاحمل الاعم على الاخص انتهى كلامه ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه ان الامانة مباين للوديعة بهذا المعنى لا انها اعم منه بل المراد بالوديعة ما يترك عند الامين انتهى اقول قد كان للاحق ان يذكره من حيث كون الوديعة بهذا المعنى مباينا للامانة مع كلام آخر وهو انه يلزم حينئذ انه لا يصح قول المصنف رحمه الله الوديعة امانة في يد المودع اذ التسليط على الحفظ امر معنوي لا يمكن ان يكون في يد المودع ولكن دفعهما بحمل كلام صاحب العناية على المسامحة بان يكون مراده بقوله هو التسليط على الحفظ هو ما يحصل بسبب التسليط على الحفظ فيكون حمل نفس التسليط على الوديعة من قبيل الاسناد المجازي فلا يبقى في هذا ان تكون الوديعة في الحقيقة ما يترك عند الامين فيندفع الحذور ان المزبوران بهما ثم ان هذا التوجيه وان كان بعيدا عن ظاهر اللفظ الا انه لا بد من المصير اليه تصحيحا لكلمات ثقات الناظرين في هذا المقام فان دونك المحذورين يردان على ظاهر لفظ كل واحد منهم الا يرى انه قال في النهاية والكفاية فالوديعة هي الاستحفاظ قصدا والامانة هي الشئ الذي وضع في يده من غير قصد وقال في غاية البيان لان الوديعة عبارة عن كون الشئ امانة باستحفاظ صاحبه عند غيره قصدا والامانة قد تكون من غير قصد الى غير ذلك من عبارات المشائخ بقي ههنا شئ وهو ان ما ذكره الشراح ههنا من ان الامانة اعم من الوديعة بناء على اعتبار القصد في الوديعة دون الامانة مخالف لما صرحوا به في اواخر باب الاستثناء من كتاب الاقرار من ان الوديعة قد تكون من غير صنع صاحبها كالتقطة فانها وديعة في يد الملتقط وان لم يدفع اليه صاحبها وكذا اذا هبت الريح فالقت ثوبا في دار انسان وما ذكره المصنف رحمه الله هناك من ان الوديعة قد تكون من غير صنعه فلا يقتضي المخالفة بجواز ان يكون مراده بقوله من غير صنعه من غير صنع المقر لا من غير صنع صاحب الوديعة كما يرشد اليه قوله هناك حتى لو قال اودعنيها كان على هذا الخلاف وقد بنيت عليه هناك فتدبر ثم ان صاحب النهاية بعد ان ذكر الجواب الاول ونسبه الى الامام بدر الدين الكردري كما مر قال واما الاولى من الجوابين فيه ان يقال لفظ الامانة صار علما لما هو غير مضمون فكان قولنا هو امانة عندي اي غير مضمون عليه من غير تفاوت بين اللفظين بوجه من الوجوه حتى ان لفظ الامانة يستحب استعماله في جميع الصور التي لا ضمان فيه واراد بالوديعة ما وضع للامانة بالايجاب والقبول وكانا متغايرين فصح ايقاعهما مبتدأ وخبرا انتهى اقول فيه نظر اذ لو كان المراد بالامانة المذكورة في الكتاب يعني غير مضمون لما احتيج الى ذكر قوله اذا هلكت لم يضمن للقطع بان يقال ان الوديعة غير مضمونة على المودع اذا هلكت لم يضمن لكون الثاني مستدركا ورد عليه الشارح العيني بوجه آخر حيث قال فانه نقله وقبله وفيه ان العلم ما وضع لشئ بعينه وغير مضمون ليس كذلك وليت شعري اي علم هذا من اقسام الاعلام انتهى كلامه اقول ودفع هذا سهل لان لفظ الامانة ان كان علما لما هو غير مضمون كان من اعلام الاجناس كاسامة فانه علم لجنس الاسد وسبحان فانه علم لجنس التسبيح الى غير ذلك من اعلام الاجناس التي ذكروها في كتب النحو وبينوا خواصها في تعريف العلم بما وضع لشئ بعينه غير متناول بموضوع واحد فمن اين لقين مباحثة ذلك في محالها لا يشتبه عليه الامر فيما نحن فيه **قوله** ولانه لا يمكنه من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضيا به اقول فيه شئ وهو ان قوله فكان المالك راضيا به يشعر بكونه مدار جواز دفع الوديعة الى عياله رضى المالك به وذلك يقتضي عدم جواز دفعها اليه عند عدم رضاه به وليس كذلك فان المالك اذا نهى عن دفعها الى احد من عياله فدفعها الى الابعد لينه لم يضمن كما سيأتي في الكتاب فالظاهر ان مدار ذلك هو الضرورة كما هو المفهوم من قوله ولانه لا يمكنه الخ فالاولى ان يترك قوله فكان المالك راضيا به ويقال بدله فامتناع الحفظ بعياله يقتضي سد باب الودائع لحصل مصالح العباد كما وقع في شرح القدوري للامام الزاهدي

فان حفظها بغير هم او دعا غيرهم ضمن لان المالك رضي بيده لا بيد غيره والامين مختلف في الامانة اقول فيه ايضا شئ وهو ان ظاهر هذا التعليل يقتضي ان لا يضمن ايضا اذا حفظها بيد من في عياله لا بيد نفسه لان يد هم غير يد نفسه فالاظهر ان يقال لان المالك رضي بيدهم لا بيد غيرهم على نهج قوله في نفس المسئلة فان حفظها بغيرهم او دعا غيرهم على صيغة الجمع الشاملة لنفسه وعياله كما وقع في شرح القدوري للامام الزاهدي حيث قال لان الامين مختلف في الامانة فلا يكون رضا بيدهم رضى بيد غيرهم قوله ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لما قال بعض الفضلاء فيه تامل فان المعلول هنا جواز الشركة والعلة امكان القسمة والقسمة نفسها من موجبات نفس الشركة انتهى اقول هذا ساقط فان القسمة نفسها ليست من موجبات الشركة قطعا ولا شك انه لا يجب على الشريكين في شئ قسمة ذلك الشئ بل يجوز ان يتصرفا فيه على الاشتراك من غير قسمة ابدا فانما الذي من موجبات نفس الشركة وجوازها هو جواز القسمة لا القسمة نفسها فلا يصلح ان يكون جواز القسمة فيما نحن فيه علة موجبة للشركة لكنا نقلب المعلول علة فان المعلول هنا عندهما جواز الشركة قبل ان تعلق مشيئة المودع بالشركة ونفس الشركة بعد ان تعلق مشيئته بهما وكلاهما كانا موجبان جواز القسمة تامل قوله وللمودع ان يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومونة عند ابي حنيفة رح الى آخره قال صاحب العناية في حل هذا المحل قالوا اذا كان الطريق امنا فان كان مخوفا ضمن بالاتفاق واذا كان امنا وله بد من السفر فكذلك وان لم يكن وسافر بها لم يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه امكنه تركها في اهله انتهى اقول هذا تحرير مختل وحمل فاسد لانه ان كان منقول القول في قالوا المجموع ما ذكره وبان كان قوله اذا كان الطريق امنا شرطا وما بعده جزاءه فسد المعنى جدا اذ يلزم حينئذ ان يكون ما كان الطريق مخوفا قسما مما كان امنا فيلزم ان يكون ضد الشئ قسما منه وهو باطل قطعا وان كان منقول ذلك قوله اذا كان الطريق آمنا فقط بان مفاده قالوا هذا الذي ذكر في الكتاب اذا كان الطريق امنا كما هو المطابق لما في الكافي وسائر الشروح وكان قوله فان كان مخوفا ضمن بالاتفاق بيانا لحكم كون الطريق مخوفا في المسافرة بالوديعة وكان قوله واذا كان آمنا وله بد من السفر الى آخره تفصيلا لحكم كون طريق امنا في المسافرة بالوديعة فسد مضى المقام ايضا لانه ان اراد بقوله اذا كان الطريق آمنا فقط قوله قالوا اذا كان الطريق آمنا ما هو عام لما كان له بد من السفر ولما لم يكن كما هو الظاهر من اطلاق اللفظ كان له بد من السفر ولما لم يكن كما هو الظاهر من اطلاق اللفظ كان قوله في التفصيل واذا كان امنا وله بد من السفر فكذلك منافيا لذلك قطعا وان اراد بذلك ما هو مقيد بان لم يكن له بد من السفر فمع كون اللفظ غير مساعد له ينافيه قوله في التفصيل وان سافر بنفسه ضمن لانه قسم من ذلك المقيد كما ترى مع ان حكمه وهو الضمان مخالف لما ذكر في الكتاب على ان ما ذكر في الكتاب فيما اذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه كما يقتضيه اطلاق اللفظ ويدل عليه قطعا قول المصنف رح فيما بعد واذا نهاه المودع ان يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن ولم يذكر في واحد من كتب الفقه ولم ينقل عن احد قط التفصيل الذي ذكره صاحب العناية في صورة امكان الطريق آمنا ولم يعين المالك المصر للحفظ فيه وانما ذكر ذلك التفصيل في صورة ان كان الطريق مخوفا او ان عين المالك المصر للحفظ فتنبه بالصواب في هذا المقام تحريرا صاحب النهاية حيث قال هذا اذا كان الطريق امنا اما اذا كان مخوفا وله بد من السفر ضمن بالاتفاق وكذا الاب والوصي وان لم يكن له بد من السفر ان يسافر بها له لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه تمكنه ان تيركها في اهله كذا في الجامع الصغير لقاضي خان انتهى وتحرير صاحبي الكفاية ومعراج الدراية حيث قالا هذا اذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه بل اطلق فان عين الحفظ في المصر سافر ان كان سفر اله منه بد ضمن وان كان سفر اله منه فان امكنه الحفظ مع السفر بان امكنه

وفي الجامع الصغير ثلاثة استودعوا رجلا الف فغاب اثنان فليس للحاضران يأخذ نصيبه عنده وقالا له ذلك والخلاف في المكيل والموزون وهو المراد بالمذكور في المختصر لهما انه طالبه بدين عليه فيؤمر بالدفع اليه كما في الدين المشترك هذا لانه يطالبه بتسليم ما سلم اليه وهو النصف ولهذا كان له ان يأخذ ذلك ولا يؤمر هو بالدفع اليه ولابي حنيفة رح انه طالبه بدفع نصيب الغائبين لانه يطالبه بالقرض وحقه في المشاع والقرض لا يتعين على الحق لا تتغير القسمة فليس للمودع ولا للحق ان يقع دفعه قسمة بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه لان الديون تقضى بامثالها

ان يترك واحدا من عيال الميت الوديعة في المصر ضمن وان لم يمكنه ذلك لم يضمن انتهى وكان صاحب العناية لم يفرق بين المحالين فخلط الكلام وافسد معنى المقام

قوله وفي الجامع الصغير ثلاثة استودعوا رجلا الفا فغاب اثنان فليس للحاضران يأخذ نصيبه عنده وقالا له ذلك قال في العناية وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على ان المراد بموضع الخلاف والمذكور في مختصر القدوري من قوله ووديعة المكيل والموزون لان المذكور فيه الالف وهو موزون انتهى اقول فيه بحث اولا ليس فيما ذكره من رواية الجامع الصغير ما يشعر بحصر وضع المسألة فيما قسم حتى يدل به على ان موضع الخلاف هو المكيل والموزون قوله لان المذكور فيه الالف وهو موزون ليس بشيء اذ لا شك ان الالف انما ذكر فيه على سبيل التمثيل الا الحصر كيف ولو افاد ذلك الحصر لكان وضع المسألة المذكورة فيه غير متناول للمكيل اصلا يقتضيه قوله وهو موزون والموزون الذي هو غير الالف فيفوت المطلوب وقال في معراج الدراية قال ابو جعفر في الكشف في هذه الرواية من الفائدة ما ليس في رواية كتاب الوديعة وذلك ان رواية كتاب الوديعة القاضي الايامر المودع بالدفع وكان يجوز ان يقول قائل ان كان القاضي لا يامر المودع بالدفع فله ان يأخذه ديانة فلما قال في الجامع ليس له ان يأخذه زالت هذه الشبهة وفائدة اخرى ان رواية كتاب الوديعة في اثنين ورواية الجامع في الثلثة فلو الا رواية الجامع لكان لبعض ان يقول نصيب الواحد الحاضر من الثلثة اقل من نصيب الغائبين فيصير مستهلكا ويجعل تبعا للاكثر فالا يؤخذ من المودع فما نصيب الحاضر من الرجلين فلا يكون مستهلكا ولا تابعا فله اخذه فتبين برواية الجامع ان كليهما سواء انتهى اقول في الفائدة الاخرى نظر لان جواب المسألة في رواية الجامع الصغير ان ليس للحاضر ان يأخذ نصيب عند ابي حنيفة رح وهنا لا يدفع توهم قائل ان علة عدم الاخذ في هذه الصورة كونه نصيب الحاضر بل يؤيده لمساعدة هذه الرواية ذلك الاحتمال وانما يدفعه رواية كتاب الدعوى لان نصيب الحاضر ليس باقل من نصيب الغائب في تلك الرواية فلا مجال لتوهم ان يكون علة عدم دفع نصيب الحاضر اليه قلة نصيبه فتلك الفائدة الاخرى انما تظهر لو ذكرت رواية كتاب الوديعة بعد ذكر رواية الجامع الصغير على عكس ما في الكتاب اللهم الا ان يكون بناء تلك الفائدة على قولي ابي يوسف رح ومحمد رح في هذه المسألة دون قول ابي حنيفة رح فحينئذ تظهر على ترتيب الكتاب تأمل تفت

قوله بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه اي حق المديون لان الديون تقضى بامثالها فلا يكون هذا تصرفا في حق الغير بل يكون المديون متصرفا في مال نفسه فيجوز كذا في النهاية وغيرها قال صاحب العناية بعد ان شرح هذا المقام اولا هكذا وفيه نظر لان الانسان لا يؤمر بالتصرف في ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك انتهى اقول هذا النقض في غاية السقوط لان المديون مامور بالتصرف في ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك اذ لا شك انه يجب على المديون قضاء دينه فلما لم يتصور قضاء الدين بعينه بل لا بد من ان يقضي بمثله وجب على المديون للدائن دفع مثل دينه من ماله الى دائنه فكان مامورا به وبالجملة ليس كل ما يجب على انسان لانسان دفع عين ماله اخذه منه بل قد يكون دفع مثله وبدله كما فيما نحن فيه فلا محذور قطعا ثم قال صاحب العناية والحق ان الضمير في حقه للشريك لا للمديون كما وقع في الشروح ومعناه لان الشريك يطالب المديون بتسليم اي بقضاء حقه وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان المديون تقضى بامثالها والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة انتهى كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلان كلام المصنف رح لا يساعده لان الضمير في حقه لو كان للشريك دون المديون لم تتم استدلاله على قوله لانه يطالبه بتسليم حقه بقوله لان المديون تقضى بامثالها اذ كون قضاء الديون بامثالها لا باعيانها لا يدل على ان الشريك يطالب المديون بتسليم حق نفسه لان المثل مال المديون فلم يكن حق الشريك بل كان حق المديون فقضاء الدين بالمثل لا يكون تسليم حق الشريك بل يكون تسليم حق المديون وهذا مما لا ستره له واما ثانيا فلان ما توهمه في نظره السابق من لزوم كون الانسان مامورا بالتصرف في ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك اولى بالورود على تقرير نفسه دون ما ذكرنا في سقوطه لانقال وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان الديون تقضى بامثالها والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة

انتهى وهذا حق بما توهمه كما ترى والدفع ما اوضحناه من قبل **قوله** لان يأخذه اى قول الخصم فى هذه المسئلة كذا وهو الامان على ما مر وقد تعسف ذا الشارح حيث قال والضمير فى قوله يرجع الى القائل المعهود فى الذهن اى قول القائل نصرة لقوله كذا انتهى ولا يخفى ما فيه واما سائر الشراح فلم يتعرض احد منهم لتوجيه افراد الضمير قوله ههنا فلنا ليس من ضرورته ان يجبر المودع على الدفع الى آخره جواب عن قول الامامين له ان يأخذه تقريره ان جواز الاخذ لا يستلزم ان يجبر المودع على الدفع اذ الجبر ليس من ضرورات الجواز اى من لوازمه لانفكاكه عنه كما اذا كانت له الف درهم وديعة عند انسان وعليه الف لغيره فلغريمه اى لغريم المودع بكسر الدال يأخذه اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفعه اليه كذا فى العناية وغيرها اقول ههنا اشكال وهو ان هذا الجواب لا يتمشى على رواية الجامع الصغير فان جواب المسئلة فيها فليس للحاضر ان يأخذ نصيبه وهذا دال على عدم جواز اخذ احد الشريكين نصيبه من المودع فى غيبة الآخر عند ابى حنيفة رحمه الله والجواب المذكور فى الكتاب متعرض بجواز اخذ احد الشريكين نصيبه من المودع فى غيبة الآخر عند ابى حنيفة رح ايضا وان لم يجبر المودع على دفع ذلك اليه عنده بجواز اخذ غريم المودع بالكسر ما اودعه عنها نسان اذا ظفر به من المودع بالفتح وان لم يكن للمودع ان يدفعه اليه اذا لو لم يكن المراد بالجواب المذكور تجويز اخذ الشريك الحاضر نصيبه من المودع بدون ان يجبر المودع على دفع ذلك اليه عند ابى حنيفة رح لما احتج فى الجواب من قبله عن قولهما ولهذا كان له ان يأخذه الى آخره بحيث ان ليس من ضرورات جواز الاخذ ان يجبر المودع على الدفع بل لما افاد ذلك الحديث المقصود بل كان الواجب فى الجواب من قبله عن قولهما المذكور منع جواز الاخذ ايضا فالجواب المذكور انما يتمشى على ما ذكر فى مختصر القدورى وهو المسمى عند الفقهاء برواية كتاب الدعوى كما سمعت فيما مر واعلم ان صاحب غاية البيان تعال فى شرح قولهما ولهذا كان له ان يأخذه فكذا هو يقول بالدفع اليه لو كان المال فى ايدى الشريكين كان لواحد منهما ان يأخذ نصيبه بغير رضى الآخر فكذلك ههنا له ان يأخذ نصيبه من المودع وقال فى شرح الجواب عنه والجواب عن قولهما لو كان فى ايديهما كان ان يأخذ نصيبه نقول لا يلزم من ذلك ان يأخذ نصيبه من المودع الا ترى ان الغريم اذا اخذ من مال غريمه جنس حقه جاز ولا يجبر على الرد ولا يجوز ان يأخذ حقه من مودع الغريم اذا اخذ من الغريم وهذا معنى قوله كما اذا كان له الف درهم وديعة عند انسان وعليه الف لغيره فظفر به ان يأخذه اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفعه اليه الى هنا كلام ذلك الشارح اقول فعلى هذا الاستخراج يتمشى هذا الجواب على كلتا الروايتين ولكن لا يخفى على من له دربة باساليب الكلام ان تقرير المصنف رح لا يساعده ذلك جدا تأمل **قوله** وشرح ذلك ان دعوى كل واحد صحيحة اى على سبيل الانفراد دون الاجتماع لاستحالة ان يكون الالف الواحد مودعا مع اثنين بكماله كذا فى الكفاية وشرح تاج الشريعة وهو الحق عندى فى معنى هذا المقام فتيمم التعليل حينئذ بقوله لانهما لما تصادقا بلا كانة اصلا وآبا بعض الفضلاء فقد قصد توجيه المقام بالحمل على صحة دعواهما على سبيل الاجتماع حيث قال فى بيانه بان يدعى احدهما نصفها شائعا من الآخر ويسلمها اليه من ثمنه فيقبضه ثم يدعيها ايضا انتهى اقول ليس هذا شيئا لان ما ذكر فى اصل المسئلة من قوله فادعاها رجلان كل واحد منهما انها له واودعها اياه يدل على ان كل واحد منهما ادعى انها ملك له فى الحال واودعها اياه ولا شك ان العين الواحد لا يتصور ان يكون ملكا للاثنين بكماله فى حالة واحدة ولان الكلام فى سؤال من ادعى اثنين بكماله فى حالة واحدة وفى الصورة التى ذكرها ذلك القائل قد زال ايداع احدهما الالف ممن هى فى يده وزال ملكه عنها ايضا باشتراء اياها بسبب سلفه من الآخر وتسليمها اليه فكيف يحتمل ان يصدقا معا فى دعواهما الا بورقة **قوله** ويحلف لكل واحد على الانفراد لتغاير اليمينين قال جماعة من الشراح فى تعليل التغاير اليمينين لان كل واحد منهما يدعى النصف اقول يرد عليه ان كل واحد منهما انما يدعى النصف معنويا وهو فى يد المدعى عليه كما صرح به فى وضع المسئلة والمقضى بتعيين نصف الودائع على ما تقرر فى موضعه ونص عليه الزيلعى فى شرح هذه المسئلة فى التبيين فمن اين يدل هذا على تغاير اليمينين ثم ان بعض الفضلاء بين مغايرة اليمينين بوجه آخر

كتاب العارية

كتاب الصارية

والجهالة لا تفضي الى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة ولان الملك انما يثبت بالقبض وهو لا ينفك عن ذلك كالهبة والشيء منع عن التحصيل فلا يحصل المنافع على ملكه وكالملك الاجارة لدفع زيادة الضرر على ما نذكره ان شاء الله تعالى

يقصده المعرف كان يقال هذا التعريف هو الصحيح او هو الحق ولا شك ان مثل هذا الحكم من قبيل التصديقات التي يجري فيها الاستدلال وقد صرحوا في موضعه بان الاعتراضات الموردة في التعريفات من المنع والنقض والمعارضة انما تورد على الاحكام الضمنية بان هذا التعريف صحيح جامع مانع الى غير ذلك من التعريفات التي هي من التصورات ولا ريب ان امر الاستدلال ههنا ايضا كذلك واما الثاني فلان المصنف رحمه لم يقصد اثبات كون لفظ العارية موضوعا في عرف الشرع لتمليك المنافع بغير عوض بالقياس حتى يرد عليه انه قياس في الموضوعات بل اراد اثبات قبول المنافع لنوعي التمليك بالقياس على قبول الاعيان لهما وقصد بذلك دفع توهم الخصم ان المنافع اعراض لا تبقى فلا تقبل التمليك كما صرح به الشارح المذكور ولا يخفى ان قبول الاعيان لنوعي التمليك حكم شرعي ثابت بالنص الدال على جواز البيع والهبة فيصح تعديته الى قبول المنافع لهما ايضا واما الثالث فلانه ان اراد بقوله والمنافع ليست نظير الاعيان انها ليست نظيرا من كل الوجوه فهو مسلم ولكن لا يجدي نفعا اذ لا يشترط في صحة القياس اشتراك الفرع مع الاصل في جميع الجهات بل يكفي اشتراكهما في علة الحكم على ما عرف في اصول الفقه وان اراد انها ليست نظيرا في علة الحكم فهو ممنوع فان علة الحكم الذي هو القبول لنوعي التمليك فيما نحن فيه انما هي دفع الحاجة وهما اي الاعيان والمنافع مشتركتان في هذه العلة كما يفصح عنه قول المصنف رح والجامع دفع الحاجة ثم قال ويمكن ان يجاب عنها بان هذا التعريف اما لفظي او رسمي فان كان الاول فما ذكر في بيانه يجعل لبيان المناسبة لا الاستدلال على ذلك وان كان الثاني جعل بيانا لخواص يعرف بها العارية انتهى اقول وفيه بحث من اوجه الاول ان هذا التعريف ان كان لفظيا كان قابلا للاستدلال عليه اذ قد تقرر في محله ان مال التعريف اللفظي الى التصديق والحكم بان هذا اللفظ بازاء ذلك المعنى فلذلك كان قابلا للمنع بخلاف التعريف الحقيقي اذ لا حكم فيه بل هو تصوير ونقش فلا معنى لقوله فان كان الاول فما ذكر في بيانه يجعل لبيان المناسبة لا الاستدلال على ذلك والثاني انه قد تقرر في موضعه ايضا ان التعريف الرسمي الذي بالخواص انما يكون بالخواص اللازمة البينة ولا شك ان اللوازم البينة لا تحتاج الى البيان فلا وجه لقوله وان كان الثاني جعل بيانا لخواص يعرف بها العارية والثالث ان الظاهر ان ضمير عنها في قوله ويمكن ان يجاب عنها راجع الى اوجه بحسب ما ان ما ذكره في الجواب على تقدير تمامه انما يكون جوابا عن الوجه الاول من تلك الاوجه دون غيره كما لا يخفى على الفطن ثم قال ولو جعلنا المذكور في الكتاب حكم العارية وعرفناها بانها عقد على المنافع بغير عوض كان سالما من الشكوك وليس في كلام المصنف رح ما ينافيه ظاهرا فالحمل عليه اولى انتهى اقول فيه نظر اما اولا فلانه لو جعل ما ذكر في الكتاب حكم العارية لبقي البحث الثالث قطعا فلم يتم قوله كان سالما من الشكوك واما ثانيا فلان قول المصنف رح هي تمليك المنافع بغير عوض يحمل التمليك عليها بالمواطئة بينا في ظاهر كون المذكور في الكتاب حكم العارية اذ حكم الشيء لا يحمل عليه بالمواطئة فلم يتم قوله وليس في كلام المصنف رح ما ينافيه ظاهرا واما ثالثا فلان توجيه هذا ينافي ما ذكره في اول كتاب العارية بطريق الجزم حيث قال واختلف في تعريفها اصطلاحا فقال عامة العلماء هي تمليك المنافع بغير عوض ولو كان الكرخي يقول هي اباحة الانتفاع بملك الغير وهو قول الشافعي رح انتهى فان توجيه هذا يقتضي ان يكون الاختلاف المذكور في حكمها لا في تعريفها وقال بعض الفضلاء على قوله كان سالما من الشكوك اما من الاول فمسلم واما من الاخيرين فلا انتهى اقول سلامته من الثاني ايضا ظاهرا ذ على تقدير ان يكون ما ذكر في الكتاب حكم العارية دون معناه شرعا لم يتصور وضع بينه وبين لفظ العارية حتى يتجه على دليل المذكور انه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح قوله والجهالة لا تفضي الى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة جواب عن قول الكرخي ومع الجهالة لا يصح التمليك وجهه ان الجهالة المفضية الى النزاع هي المانعة وهذه ليست كذلك لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة كذا في الشروح قال صاحب الكافي في تقرير هذا المحل وانما صحت العارية مع جهالة المدة وان لم يصح التمليك مع جهالة المدة لان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان للمعير ان يفسخ العقد في كل ساعة لكونها غير لازمة والجهالة التي لا تفضي الى المنازعة

قال وتصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة لانها تمليك العين فتنعقد بما يدل على تمليك المنافع تحريرا قال واخدم منك هذا العبد لانه اذن له في استخدامه وداري لك سكنى لان السكنى تمليك المنافع وداري لك عمرك سكنى لانه جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لانه يحتمل تمليك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره قال والبعير يرجع في العارية متى شاء لقوله عليه السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة ولان المنافع تملك شيئا فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل بالبعض فهو الرجوع عنه قال والعارية امانة ان هلكت من غير تعد لم يضمن وقال الشافعي رحمه الله يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لاعن استحقاق فيضمن والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ولهذا كان واجب الرد وصارا كالمقبوض على سوم الشراء

لا تمنع صحة العقد انتهى كلامه اقول فيه نوع خلل لان قوله وانما صحت العارية مع جهالة المدة وان لم يصح التمليك مع جهالة المدة يشعر بان عامة العلماء قالوا بصحة العارية مع جهالة المدة وان اعترفوا بعدم صحة التمليك اصلا مع جهالة المدة فيلزم ان لا يتم هذا الكلام جوابا عن قول الخصم ومع الجهالة لا يصح التمليك لان مقصوده الاستدلال على ان العارية هي الاباحة دون التمليك لا على انها غير صحيحة مع الجهالة فالاولى في العبارة ان يقول وانما صحت العارية مع جهالة المدة وان كانت هي التمليك لان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة الى آخره تامل قوله ومر يصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه قال صاحب العناية في تفسير قوله صريح فيه اي حقيقة في عقد العارية وفي تفسير قوله مستعمل فيه اي مجازا فيه ثم قال وفي عبارته نظر لانه اذا اراد بقوله مستعمل انه مجاز فهو صريح لانه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف في الاصول فلا فرق اذن بين العبارتين والجواب كلاهما صريح لكن احدهما حقيقة والآخر مجازا فاشار الى الثاني بقوله مستعمل اي مجازا ليعلم ان الآخر حقيقة الى هنا كلامه ورد عليه بعض الفضلاء بان قال فيه تامل فان تخصيص الاول بكونها صريحة يوهم ان الثانية ليست كذلك فلا يخص هذه الاشكال انتهى اقول هذا ساقط لان الصريح عند علماء الاصول ما انكشف المراد منه في نفسه فيتناول الحقيقة الغير المهجورة والمجاز المتعارف كما عرف في موضعه واراد المصنف رح بالصريح ههنا الحقيقة فقط بقرينة ما ذكره في مقابلته كما بينه صاحب العناية فان اراد ذلك البعض ان تخصيص الاول بكونها صريحة يوهم ان الثانية ليست كذلك اي ليست بصريحة بالمعنى الذي ذكره علماء الاصول فهو ممنوع وانما يكون كذلك لو لم يكن قرينة على انه اراد بالصريح ههنا معنى الحقيقة وليس فليس وان اراد ان تخصيص الاول بذلك يوهم ان الثانية ليست بصريحة بمعنى الحقيقة فهو مسلم ولكن لا اشكال فيه حتى لا تخصه مادته قوله ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة الى آخره قال صاحب الكافي كان ينبغي ان يقول اذا لم يرد بها التعليل وقال ويمكن ان يجاب عنه بان الضمير يرجع الى المذكور كقوله تعالى عوان بين ذلك انتهى وقال الشارح العيني بعد نقل الطعن والجواب قلت المذكور شيئان بها قوله ومنحتك هذا الثوب والآخر حملتك على هذه الدابة انتهى اقول مدار ما قاله على عدم الفرق بين المفهوم وبين ما صدق هو عليه فان الشيئين الذاتيين دون الاول وبين التاويل ههنا وفي قوله تعالى عوان بين ذلك هو الاول وهو شيء واحد لا اثنان فما ذكره في الجواب لا يقال يجوز ان يكون مراده بيان الواقع لا رد الجواب لانا نقول كون المذكور شيئين مع كونه غنيا عن البيان مما ابى عنه قطعا ذكره لفظة قلت مما بعد ذكره الطعن والجواب كما لا يخفى على ذوي الالباب قوله ولهذا كان واجب الرد وصارا كالمقبوض على سوم الشراء قال صاحب العناية في شرح هذا المقام ولهذا اي ولكون الاذن ضروريا كان واجب الرد اي مؤنة الرد واجبة على المستعير كما في الغصب وصارا كالمقبوض على سوم الشراء فانه وان كان بإذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق اذا هلك ضمن فكذا هذا انتهى كلامه اقول حمل الشارح المذكور قول المصنف ولهذا على الاشارة الى كون الاذن ضروريا وقفى اثره الشارح العيني وسكت سائر الشراح عن البيان بالكلية والحق عندي انه اشارة الى قوله لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق كان واجب الرد وصارا كالمقبوض على سوم الشراء وانما كان هذا هو الحق عندي لوجهين احدهما ان الظاهر ان قوله وصارا كالمقبوض على سوم الشراء عطف على قوله كان واجب الرد فيقتضي كون المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر الى ما قبله بصير المعنى على التقدير ان يكون لفظ هذا اشارة الى كون الاذن ضروريا وكان الاذن ضروريا وصارا كالمقبوض على سوم الشراء والظاهر ان الاذن ليس بضروري في المقبوض على سوم الشراء واما على تقدير ان يكون اشارة الى ما ذكره فيصير المعنى وكذا قبض مال الغير لنفسه لا عن استحقاق صار كالمقبوض على سوم الشراء وانه لا شك ان الامر كذلك في المقبوض على سوم الشراء وثانيهما ان هذا هو جهة السؤال عن الجواب بان مقتضى العلة في الاستدلال ان يخالف قوله لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق ولا يخفى ان ما هو العمدة في الاستدلال حتى يدفع عليه ان يقع عليه قوله وانما كان

ولنا ان القبض لا يوجب الضمان لانه لتملك المنافع بغير عوض اذ لا يجب بالقبض شيء ولا باجتهاد القبض لم يقع تعديا لكونه مأذونا فيه ولا اذن وان ثبت لا يحل الانتفاع فهو ما قبضه لانتفاع فلم يقع تعديا وانما وجب الرد مؤونة كنفقة المستعار فانها على المستعير لانتفاع القبض المقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد بمن كما خذ في العقد لحكم العقد على ما عرف في موضعه قال وليس المستعيران يؤجر ما استعاره فان آجره فعطب ضمن لان الاجارة دون الاعارة والشيء مضمون بما هو فوقه لكنا نقول صحيحة لانه حينئذ يكون بتسليط من المعير وفي نوعه زيادة ضرر للمعير لسد باب الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة وباطلا فان آجره ضمنه حين سلمه لانه اذا لم يتناوله العارية كان غصبا وان شاء المعير ضمن المستأجر لانه قبضه بغير اذن المالك لنفسه ثم ان ضمن المستعير لم يرجع على المستأجر لانه ظهر انه ملك نفسه وان ضمن المستأجر رجع على المؤجر اذا لم يعلم انه كان عارية في يده ودفع الضرر واجب على ما اذا علم

المردود صار كالمقبوض على سوم الشراء ويؤيده ان صاحب الكافي اخر حديث كون الاذن ضروريا عن تقرير هذين النوعين قوله ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتملك المنافع بغير عوض اذ لا باجتهاد القبض لم يقع تعديا لكونه ماذونا فيه قال صاحب الغاية في حل هذا المحل يعني ان الضمان انما يجب بالعقد او بالقبض او بالاذن وليس شيء من ذلك بموجب له اما العقد فلان اللفظ الذي ينعقد به العارية لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتملك المنافع بغير عوض اذ لا باجتهاد على اختلاف القولين وما وضع لتمليك لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه واما القبض وانما يوجب الضمان اذا وقع تعديا وليس كذلك لكونه ماذونا فيه واما الاذن فلان اضافة الضمان اليه فساد في الوضع لان اذن المالك في قبض الشيء ينفي الضمان فكيف يضاف اليه انتهى كلامه اقول لا يذهب عليك ان احتمال كون الاذن موجبا للضمان مما لا يخطر ببال احد اصلا ولهذا لم يتعرض المصنف رح لنفي ذلك فطن في اثناء تقرير حجتنا في هذه المسئلة قدح الشارح المزبور اياه في احتمالات ايجاب الضمان ونسبته ذلك الى المصنف رح بقوله يعني خروج عن سنن الصواب قوله والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا جواب عن قول الشافعي رح والاذن يثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه وتقرير القول بالموجب يعني سلمنا ان الاذن لم يكن الا لضرورة الانتفاع لكن القبض ايضا لم يكن الا للانتفاع فلم يكن ثمة تعد ولا ضمان بدونه كذا في العناية وغيرها اقول للخصم ان يقول اذا لم يكن القبض ايضا الا لضرورة الانتفاع كان صحة القبض مقدرة بقدر الضرورة والضرورة انما هي في حالة الاستعمال فان هلكت في هذه الحالة فلا ضمان قطعا واما اذا هلكت في غير حالة الانتفاع فينبغي ان يجب الضمان لكون هلاكها فيما وراء الضرورة فالاظهر في الجواب عن قول الشافعي رح والاذن يثبت ضرورة الانتفاع لا يظهر فيما وراءه طريقة المنع الى القول بالموجب وقد افصح عنها صاحب غاية البيان حيث قال والجواب عن قوله والاذن لقبض العين يثبت ضرورة الانتفاع قد بينا ان الحاجة والضرورة الى اظهار الاذن بالقبض في حالة الانتفاع مست الضرورة الى اظهار الاذن بالقبض في غير حالة الانتفاع ايضا وهي حالة الامساك لان الانسان انما ينتفع بملك غيره كما ينتفع بملك نفسه ولا ينتفع بملك نفسه دائما بل في الليل واطراف النهار وانما ينتفع به ساعة ويمسك اخرى ولو انتفع بالعارية دائما يضمن كما اذا ركبها ليلا ونهارا فيما لا يكون العرف كذلك فثبت ان القبض في غير حالة الانتفاع ايضا ماذون فلا يوجب الضمان الى هنا كلامه وقد اشير الى هذا الوجه من الجواب في الكافي ومعراج الدراية ايضا فتدبر قوله والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه جواب عن قول الشافعي رح وصار كالمقبوض على سوم الشراء قال صاحب العناية وتقريره انه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد لان الماخوذ بالعقد له حكم العقد فصار كالماخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان انتهى كلامه اقول لا يخفى على ذي فطنة ان تحرير هذا في تقرير الجواب يختل في الظاهر لان الضمير المستتر في فصار راجع الى الماخوذ بالعقد فيصير المعنى فصار الماخوذ بالعقد كالماخوذ بالعقد فيلزم تشبيه الشيء بنفسه وهو باطل ويمكن توجيهه بعناية وهي ان تجعل الباء في قوله لان الماخوذ بالعقد على الملابسة وفي قوله فصار كالماخوذ بالعقد على السببية فيصير معنى كلامه لان الماخوذ بملابسة العقد اي ما كان متعلقا بالعقد بان كان من مباديه له حكم نفس العقد فصار ذلك كالماخوذ بسبب نفس العقد فيئول الى ما ذكر في الكافي وبعض الشروح من قولهم ان الضمان في المقبوض على سوم الشراء لا يلزم بالقبض لنفسه ولكن بالقبض بجهة الشراء اذ القبض بحقيقة الشراء مضمون بالعقد فكذا بجهته انتهى ثم اقول لا حاجة في حل كلام المصنف رح ههنا الى ما ارتكبه صاحب العناية من التحرير الركيك المشعر بالاختلال كما عرفت بل له محملان صحيحان سالمان عن شائبة التحمل احدهما ان يكون معنى قوله لان الاخذ في العقد له حكم العقد لان الشروع في العقد بالمباشرة لبعض مقدماته له حكم نفس العقد وتمامه على ان يكون الاخذ من اخذ فيه بمعنى شرع فيه لا اخذه وثانيهما ان يكون معناه لان الاخذ في العقد اي الماخوذ لاجل العقد له حكم العقد على ان تكون كلمة في في قوله في العقد بمعنى اللام كما في قوله تعالى فذلكن الذي

قال لان يعيره اذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل وقال الشافعي رضي الله عنه ليس له ان يعيره لانه اباحة للمنافع على تفاوت من قبل والاباحة لا تملك
الاباحة وهذان المنافع غير وابيح له تملكها معدومة والحاجة انما هي موجودة في الاجارة المتعذرة فلا تدفع بالاباحة ههنا ونحن نقول
هو تملك المنافع على ما ذكرنا فيملك الاعارة كالموصى له بالخدمة والمنافع اعتبرت قابلة للتملك في الاجارة لتحصل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة والدنيا
لا يجوز ان يختلف باختلاف المستعمل دفعا للمزيد الضرر عن المعير لانه رضي باستعماله لا باستعمال غيره قال رضي الله عنه

لتنفي فيه وقوله عليه السلام ان امرأة دخلت النار في هرة حبستها على ما صرح به في معنى المبيت فالاخذ حينئذ من اخذه بمعنى تناوله ثم قال صاحب العناية اخذا من
غاية البيان فان قيل سلمنا ان الاخذ في العقد حكم العقد ولكن لا عقد ههنا اجيب بان العقد وان كان معدوما حقيقة جعل موجودا تقديرا صيانة لاموال الناس
عن الضياع اذ المالك لم يرض بخروج ملكه مجانا انتهى اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان السؤال المذكور لا يتوجه ههنا اصلا اذ لا يقتضي ان يكون للاخذ
في العقد حكم العقد بتحقق العقد بل يقتضي عدمه بتحققه او عند تحققه يكون الحكم لنفس العقد لا للاخذ فيه فاي معنى للقوله ولكن لا عقد ههنا ثم ان الجواب المزبور منظور فيه لا
وان كان في جعل العقد موجودا تقديرا صيانة لمال البائع عن الضياع لكن فيه تضييع لمال المشتري اذ قد يكون هلاك المقبوض على سوم الشراء في يد المشتري بالعقد سببا
بل بسبب اصطراري وقد اخذ من يده بالكلية فاذا وجب الضمان عليه خرج ماله الذي اداه من ملكه مجانا اي بلا عقد ولا تعد في شيء فيلزم الضرر لاحد المتعاقدين
في العقد وترك النظر عن الاخر محال قوله وله ان يعيره اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل تابعه الشراح كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة
وقال في النهاية ومعراج الدراية كذا ذكر القدوري والامام القدوري اقول في اكثر هذه المسئلة اشكال اما في مثال الحمل فلانه وان كان مطابقا لما ذكره المصنف رح
في آخر هذه المسئلة بقوله فاما استعارة دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل وليعيره غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت انتهى الا انه مخالف لما سيجيء في كتاب الاجارات في باب
ما يجوز من الاجارة وما لا يجوز من ان الحمل كالركوب واللبس مما يختلف باختلاف المستعمل وحكمه كحكمها عند الاطلاق والتقييد كما ستطلع عليه وقد اضطرب
كلام الفقهاء في غاية المعتبرات في شان الحمل حيث قالوا في كتاب العارية انه مما لا يتفاوت وقالوا في كتاب الاجارات انه مما يتفاوت ومن مظهر المخالفة
بين كلاميهم في الموضعين صاحب الكافي فانه قال هناك سواء كان المستعار شيئا يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس في الثوب والركوب في الدابة او لا
يتفاوتون في الانتفاع به كالحمل على الدابة وقال في الاجارات ويقع التفاوت في الركوب واللبس والحمل وحامله سيان لان المقصود عليه معلوم فلا يحكم بجواز
الاجارة انتهى واما في مثال الزراعة فلانه حيائي في كتاب الاجارات في الباب المزبور انه لا يصح عقد الاجارة في المستاجر الاراضي للزراعة حتى يسمي ما يزرع فيها
لان ما يزرع فيها يتفاوت فلا بد من التعيين كيلا يقع المنازعة ولا يخفى ان المفهوم منه ان الزراعة مما تختلف باختلاف المستعمل وعن هذا مثل الامام الزيلعي رح
ما يختلف باختلاف المستعمل فيما نحن فيه بالسكنى وعد منها الزراعة حيث قال كالركوب واللبس والزراعة واما في مثال السكنى فان السكنى للحداد والقصار يضر بالبناء دون سكنى غيرهما والدار
لا يدخل سكنا بجاي المستاجر الدور والحوانيت للسكنى كما ذكر في كتاب الاجارات فكان السكنى ايضا مما يختلف باختلاف المستعمل ويمكن ان يجاب عن هذا بان الاضرار بالبناء اثر الحدادة والقصارة
لا اثر السكنى لان مجرد السكنى لا يوثر في انهدام البناء فيضاف انهدام البناء الى الحدادة والقصارة كما بينه صاحب النهاية في كتاب الاجارة فلم يقع الاختلاف
باختلاف المستعمل في نفس السكنى بل في امر خارج عنه والمثال ههنا انما هو نفس السكنى فلا اشكال فيه قوله والمنافع اعتبرت قابلة للتملك في الاجارة فيجعل
كذلك في الاعارة دفعا للحاجة جواب عن قول الشافعي رح المنافع غير قابلة للتملك وتقريره لانسلم انها غير قابلة للتملك فانها تتملك بالعقد كما في الاجارة فيجعل
في الاعارة كذلك دفعا للحاجة كذا في النهاية وغيرها اقول فيه بحث لان حاصله القياس على الاجارة وقد ادرك الشافعي رح وقعه حيث قال في ذيل تعليله وانما جعلناها
موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة يعني ان علة اعتبار المنافع المعدومة قابلة للتملك في الاجارة ضرورة دفع حاجة الناس وهذه العلة منتفية
في الاعارة لاندفاع حاجتهم بالاباحة فلم تعتبر ما ذكره المصنف رح ههنا جوابا عنه اللهم الا ان يقال للناس كما يحتاجون الى الانتفاع بالشيء لانفسهم كذلك يحتاجون
الى تفويضه بغيرهم بذلك الشيء وعند كون الاعارة اباحة لا يقدرون على تفويض غيرهم بالعارية فلا يندفع حاجتهم الاخرى فضرورة دفع حاجتهم بالكلية وجب الى اعتبار
المنافع قابلة للتملك في العارية كما في الاجارة قال صاحب العناية لصدر الشريعة احد شراح المصنف رح ههنا وقد مر الكلام فيه اقول لم يمر منه كلام مناسب للمقام سوى

وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة وهي على اربعة اوجه احدها ان تكون مطلقة في الوقت والانتفاع فللمستعير فيه ان ينتفع به اي نوع شاء وفي اي وقت شاء عملا بالاطلاق والثاني ان تكون مقيدة فيهما فليس له ان يجاوز فيه ما سماه اعملا بالتقييد الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك او خيرا منه مثل الحنطة والثالث ان تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع الرابع عكسه الآتي بعد هذا فلو استعار دابة فلم يسم شيئا فله ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل يتفاوت وله ان يركب بركب غيره وان كان الركوب مختلفا لانه لما اطلق فيه فله ان يعين حتى لو ركب بنفسه ليس له ان يركب غيره لان تعيين كوبه ولو ركب غيره ليس له ان يركبه حتى لو فعله ضمن لانه تعيين لركاب **قال** وعارية الدراهم والمكيل والموزون والمعدود قرض لان الاعارة تمليك المنافع لا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فاقتضى تمليك العين ضرورة وذلك بالهبة او القرض والقرض ادناهما فيثبت اولان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فاقيم رد المثل مقامه قالوا هذا اذا اطلق الاعارة

بحثه الثالث من ابحاث الثلاثة التي اوردها في صدر كتاب العارية ودفعنا كلمه هناك لكنه ايضا ليس بمتمش هنا لان حاصله ان قياس المنافع على الاعيان ليس بتام لان من شرط القياس كون الفرع نظير الاصل والمنافع ليست من نظير الاعيان ولا شك ان المقيس والمقيس عليه فيما نحن فيه كلاهما من قبيل المنافع فكان الفرع نظير الاصل قطعا **قوله** وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة قال عامة الشراح اي ما ذكر من ولاية الاعارة للمستعير اذا صدرت الاعارة مطلقة اقول فيه اشكال لان المذكور في الكتاب هو ان للمستعير ان يعير المستعار اذا كان مما لا يختلف اختلاف المستعمل فمعناه ان للمستعير ولاية الاعارة فيما اذا كان المستعار مما لا يختلف باختلاف المستعمل وقد تقرر في عامة كتب الفقه حتى المتون ان اختصاص ولاية الاعارة للمستعير بما اذا كان المستعار مما يختلف باختلاف المستعمل انما هو اذا صدرت الاعارة مقيدة بان ينتفع به المستعير بنفسه اما اذا صدرت الاعارة مطلقة فللمستعير ولاية الاجارة مطلقا اي سواء كان المستعار مما يختلف باختلاف المستعمل او مما لا يختلف وهذا مما اطبق عليه كلمة الفقهاء الحنفية حتى المصنف رح نفسه حيث قال في آخر هذه المسئلة فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله ان يركب او يركب غيره وان كان الركوب مختلفا انتهى فقول المصنف رح وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة على تقدير ان يريد بكلمة هذا الاشارة الى ما قاله عامة الشراح كما هو الظاهر انما تتم لو لم يتم ما ذكر في الكتاب فيما قبل مقيدا بقوله اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل ولما كان ذلك مقيدا به لم تتم قوله المزبور بل كان ينبغي له ان يقول هذا اذا صدرت الاعارة مقيدة على مقتضى ما نصوا عليه قاطبة كما بيناه والعجب من عامة الشراح انهم فسروا المشار اليه بكلمة هذا الواقعة في كلام المصنف رح بما ذكروا ولم يتعرضوا لما فيه من الاشكال مع ظهوره جدا ثم ان الشارح تاج الشريعة كانه تنبه للمحذور الذي ذكرناه فقال في شرح قول المصنف رح وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة الاشارة لا تعود الى المسئلة المتقدمة بل الى ان للمستعير ان ينتفع بالعارية ما شاء اذا اطلقت العارية انتهى اقول هذا الذي ذكره هذا الشارح وجعله يعود اليه الاشارة مما لم يذكر فيما قبل قط فكيف يصلح ان يكون مشارا اليه بكلمة هذا الواقعة في كلام المصنف رح ههنا ولا يشار بها الا الى المحسوس المشاهد او الى ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد كما تقرر في موضعه فكانه هرب عن ورطة ووقع في ورطة اخرى اشد من الاولى والانصاف ان المصنف رح لو ترك قوله وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة شرع في الكلام الذي بسطه بان يقول والاعارة على اربعة اوجه لكان احرى ولقد احسن صاحب الكافي في هذا المقام حيث قال اولا وله ان يعير وذكر خلاف الشافعي رح وبين دليل الطرفين ثم قال ثم هذه المسئلة على وجهين اما ان حصلت الاعارة مطلقة في حق المنتفع بان استعار ثوبا للبس ولم يبين اللابس او دابة للركوب ولم يبين الراكب او دابة للحمل ولم يبين الحامل وفي هذا الوجه ان يعير سواء كان المستعار شيئا تتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس في الثوب والركوب في الدابة او لا يتفاوتون في الانتفاع به كالحمل على الدابة عملا باطلاق اللفظ وان حصلت الاعارة مقيدة بان استعار للبس نفسه او ليحمل نفسه او ليركب نفسه فليس له ان يعير فيما يتفاوت الناس في الانتفاع به كما في الحمل وليس له ان يعير فيما يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس والركوب ثم قال وهذا هو الكلام في اعارة المستعير وانما الكلام في انتفاعه في المستعار فهو على اربعة اوجه فذكر ما ذكره المصنف رح من الوجوه الاربعة **قوله** الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك او الى خير منه كمن استعار دابة ليحمل عليها قفيزا من هذه الحنطة فحمل عليها قفيزا من حنطة اخرى او حمل عليها قفيزا من شعير هذا في الاستحسان وفي القياس يضمن لانه مخالف فان عند اختلاف الجنس لا يعتبر المنفعة والضرر لا يرى ان الوكيل بالبيع بالف درهم اذا باع بالف دينار لم ينفذ بيعه وجه الاستحسان انه لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة اذ مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته ومثل كيل الحنطة من الشعير اخف على الدابة والتقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا كذا في العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول ما ذكروا في وجه الاستحسان ينتقض بالوكيل بالبيع بالف درهم اذا باع بالف دينار فانه لم ينفذ بيعه على ما صرحوا به مع ان ما ذكروا في وجه الاستحسان ههنا جار هناك ايضا بعينه فينبغي ان ينفذ بيعه ايضا فتامل **قوله** اولان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فاقيم رد المثل مقامه

اما اذا عين الجهة بان استعار الدراهم ليعيرها وزنا او يزين بها دكانا لم تكن قرضا ولا يكون له الا المنفعة المسماة فصار كما اذا استعار آنية ليحمل فيها او سيفا ليتقلد به

قال واذا استعار ارضا ليبني فيها او يغرس من اي الصنفين شاء كان له ذلك وله ان يرجع فيها متى شاء ويكلفه قلع البناء والغرس بالرجوع فلها بينا ان الجواز لا ينافي منفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة واذا رجع الرجوع للمستعير غرامة ارض المعير بتكلف تفريغها ثم ان لم يكن وقت العارية دل على ما مر من ان المستعير مغرور غير مغرور واعتقاد طلاق العقد من غير ان يسبق منه الوعد كان او اقت والعارية رجع قبل الوقت حيث رجوعه عما ذكرنا ولكنه يكون مانعا من خلف الوعد ضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له فالظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه بنقصان نفسه كذا ذكره القدوري في المختصر وذكر الحاكم الشهيد انه يضمن قيمة الارض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكون له الا ان يشاء المستعير ان يرفعها ولا يضمنه قيمتها ما لم يكن له ذلك لانه ملكه قالوا اذا كان في القلع ضرر بالارض فالخيار الى رب الارض لانه صار اصلا والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل ولو استعارها ليزرعها لم يؤخذ منه حتى تحصد الزرع وقت او لم يوقت لان له غاية معلومة وفي الترك بالاجر مراعاة الحقين

اقول يرد هذا التعليل خاليا عن التحصيل لان حقيقة الاعارة منتفية في عارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود اذ قد صرحوا في صدر كتاب العارية بان من شرطها كون المستعار قابلا للانتفاع به مع بقاء عينه وان الاشياء المذكورة لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها فتعذر حقيقة الاعارة فيها فجعلناها كناية عن القرض وكذا حكم الاعارة منتف في عارية الاشياء المذكورة اذ قد صرحوا بانها مضمونة بالهلاك من غير تعد من القابض فاذا لم تحقق حقيقة الاعارة ولا حكمها في عارية هذه الاشياء فلا تاثير فيها اصلا الا ان يكون من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين ولا اقامة رد المثل مقام رد العين نعم يفهم من مضمون هذا التعليل مناسبة في الجملة بين العارية والقرض صالحة لان يجعل نظما للاعارة في مستثناه هذه مجازا وكناية عن معنى الاقراض فلم يكن كلاما منافيا لصلاحية ذلك لان يكون علة اصلا في الجملة كما هو الظاهر من اسلوب التحرير فعليك بالتامل الصادق قوله واما اذا عين الجهة بان استعار الدراهم ليعيرها او يزين بها دكانا لم تكن قرضا ولا يكون له الا المنفعة المسماة اقول القائل ان يقول المفهوم من هذا الكلام امكان الانتفاع بعين الدراهم ونحوها واعتبار ذلك شرعا ايضا فكيف يتم ما ذكرته سابقا من انه لا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها ويمكن ان يجاب بان المذكور سابقا بناء على الاكثر الاغلب فالمراد انه لا يمكن الانتفاع بنحو الدراهم في الاعم الاغلب الا باستهلاك عينها فيدار الحكم عند الاطلاق على ما هو الاغلب واما عند تعيين الجهة فيظهر ان المقصود تمليك المنفعة مع بقاء العين على ملكه فحمل على ذلك فان قلت عبارة المصنف رح لا تساعد التوجيه الذي ذكرته فان الحصر المستفاد من قوله ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها يقتضي انتفاء امكان الانتفاع بها بالكناية بدون استهلاك عينها قلت يمكن حمل الحصر المذكور على الحصر الادعائي بناء على عدم الاعتداد بالاقل فلا يقتضي انتفاء ذلك بالكلية قوله وضمن المعير النقض للبناء والغرس بالقلع قال صاحب العناية اي نقصان البناء والغرس على ان ما مصدرية ويجوز ان تكون موصولة بمعنى الذي فعلى هذا يكون البناء والغرس منصوبين وعلى الاول يكونان مرفوعين انتهى كلامه وتبعه الشارح العيني اقول لا نظير وجه صحته لكون البناء والغرس منصوبين ههنا لان الذي ينقص البناء والغرس انما هو القلع فيصير المعنى على تقدير نصب البناء والغرس وضمن المعير قلع البناء والغرس وليس هذا بصحيح لان القلع ليس من جنس المضمن بل هو سبب الضمان وانما المضمون قيمة البناء متعلقة بالقلع ويمنع ايضا صحة المعنى على ذلك التقدير قوله بالقلع اي يصير المعنى حينئذ وضمن المعير القلع بالقلع فلا يخفى ما فيه فالوجه عندي ههنا رفع البناء والغرس لا غير اما على تقدير كون ما مصدرية فواضح واما على تقدير كونها موصولة فيقدر الضمير الراجع اليها على ان يكون تقدير الكلام وضمن المعير ما نقص البناء والغرس فيه بالقلع وهو القيمة فيكون كلمة نقص ههنا من نقص في زيته وعقله كما ذكر في القاموس وقال صاحب العناية ووجه قوله بانقص البناء والغرس ان نظركم يكون قيمة البناء والغرس اذا بقي الى المدة المشروطة فيضمن بانقص من قيمته يعني فاذا كان قيمة البناء الى المدة المشروطة عشرة دنانير مثلا واذا قلع في الحال يكون قيمته النقص دينارين يرجع بهما انتهى كلامه وقد كان صاحب الكفاية وتاج الشريعة ذكر معنى هذا الكلام سؤالا على المنوال الذي ذكره صاحب العناية غير انهما قالا بدل قوله يرجع فيرجع بثمانية دنانير وكان بعض العلماء اخذ ما قالا فحصته فاورد على ما ذكره صاحب العناية حيث قال فيه كلام وهو ان القلع انقص دينارين بل نقص ثمانية دنانير فينبغي ان يرجع بها كما لا يخفى انتهى اقول لعل صاحب العناية اراد بقيمة النقص في قوله يكون قيمة النقص دينارين نقصان القيمة على طريق القلب وهو لا يخفى انه اذا كان نقصان القيمة بالقلع دينارين كان التفاوت بين القيمتين بدينارين فيرجع بهما قطعا واما صاحب الكفاية وتاج الشريعة فكانهما اراد بالقيمة النقص مع صحة النقص واذا كان قيمة الناقص بالقلع دينارين يكون التفاوت بين القيمتين بثمانية دنانير فيرجع بثمانية دنانير وبهذا ظهر توجيه كلام كل من طائفتي هؤلاء الشراح وارتفع ما اورده ذلك البعض من العلماء وعلى ما ذكره صاحب العناية كما لا يخفى واجاب بعض الفضلاء عن ذلك بوجه آخر حيث قال فاقول الظاهر ان قوله قيمة النقص من اضافة الموصوف الى الصفة اي القيمة المنقوصة فلا اشكال انتهى كلامه اقول ليس هذا بسديد اذ لا يجوز اضافة الموصوف الى الصفة

الاصل

العناية

بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك **قال** اجرة رد العارية على المستعير كمؤنة الرد واجب عليه بانه قبضه لمنفعة نفسه والاجرة مؤنة الرد فتكون عليه لان الواجب على المستأجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبض سنة المؤجر معتبر بكون مؤنة رده واجبة على المستعير وهو معنى قوله لان الواجب على المستأجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبض سنة للم

كتاب الهبة

الهبة عقد مشروع لقوله عليه السلام تهادوا وتحابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع وتصح بالايجاب والقبول والقبض اما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد يتعين بالايجاب والقبول والقبض لابد منه لثبوت الملك وقال مالك يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله عليه السلام لا يجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفي الملك لان الجواز بدونه ثابت

كتاب الهبة

ذكرنا وجه المناسبة والترتيب في الوديعة وهو الترقي من الادنى الى الاعلى ولان العارية كالمفرد والهبة كالمركب لان فيها تمليك العين مع المنفعة ثم حكم الهبة لا يخفى على ذوي النهى فقد وصف الله تعالى ذاته بالوهاب فقال انك انت العزيز الوهاب وندبا يكفي لحاسنها ثم ان الهبة في اللغة اعلاما من الوهب الوهيب بتسكين الهاء وتحريكها وكذلك في كل المعتل الفاء كالوعد والعدة والوعظ والموعظة فكانت من المصادر التي يحذف اوائلها ويعوض في اواخرها التاء ومعناها ايصال الشيء الى الغير بما ينفعه سواء كان مالا او غيره يقال وهب له مالا او هبا وهبته ويقال وهب الله فلانا ولدا صالحا ومنه قوله تعالى فهب لي من لدنك وليا يرثني ويقال وهبه مالا ولا يقال وهب منه وسيمي الموهوب هبة وموهبة والجمع هبات ومواهب وتهبة منه قبله واستوهبه طلب الهبة هكذا في معراج الدراية وغيره وادامي الشريعة فهي تمليك المال بلا عوض كذا في عامة الشروح بل المتون اقول يرد عليه النقض عكسا بالهبة بشرط العوض كما ترى ولم ار احدا من شراح هذا الكتاب حال حول التعرض للجواب عن هذا النقض ولا ادري مع ظهور وروده جدا غير ان صاحب الدرر والغرر قصد الى الجواب عنه حيث قال في متنه هي تمليك عين بلا عوض وقال في شرحه اي بلا شرط عوض الا ان عدم العوض شرط فيه لينتقض بالهبة بشرط العوض فتدبر انتهى كلامه اقول فيه نظر اذ لو كان المراد بقوله بلا عوض في تعريف الهبة معنى بلا شرط عوض ليعم ما كان بشرط العوض من الهبة بناء على ما تقرر من العلوم العقلية من ان بلا شرط شيء اعم من بشرط شيء ومن بشرط لا شيء لكان تعريف الهبة صادقا على البيع ايضا كما لا يخفى فلزم ان ينتقض به طردا وعكسا على ما في المعنى الظاهر فلا يندفع الخدور بذلك بل يشتد ثم اقول يمكن الجواب عن اصل النقض بانه يجوز ان يكون المراد لقولهم بلا عوض في تعريف الهبة بلا اكتساب عوض فالمعنى ان الهبة هي تمليك المال بشرط عدم اكتساب العوض فلا ينتقض بالهبة بشرط العوض فانها وان كانت بشرط العوض الا انها ليست بشرط الاكتساب الا يرى انهم فسروا البيع بمبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب وقالوا اخرج بقولنا بطريق الاكتساب الهبة بشرط العوض ثم اقول بقي في التعريف المزبور شيء وهو انه يصدق على الوصية بالمال فانها ايضا تمليك المال بلا اكتساب عوض فلم يكن مانعا عن دخول الاغيار فلو زاد واقيد في الحال فقالوا هي تمليك المال بلا عوض في الحال تخرج ذلك فان الوصية تمليك بعد الموت لا في الحال قوله ويصح بالايجاب والقبول الى آخره قال صاحب النهاية اي تصح بالايجاب وحده في حق الواهب وبالايجاب والقبول في حق الموهوب له لان الهبة عقد تبرع فتتم بالمتبرع فصار هو عندنا بمنزلة الاقرار والوصية ولكن لا يملكه الموهوب له الا بالقبول والقبض وثمرة ذلك تظهر فيما ذكرنا في مسائل متفرقة من كتاب الايمان في قوله ومن حلف ان يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل فقد بر في يمينه بخلاف البيع انتهى كلامه واقتفى اثره صاحب معراج الدراية كما هو دابه في اكثر المحال ونسج على منواله في غاية البيان معنى المقام على هذا المنوال ايضا وغيره الى الحصر والمختلف وبنى صاحب العناية كلامه ههنا على اختيار هذا المعنى حيث قال في شرح هذا المقام وهذا بخلاف البيع من جهة العاقدين اما من جهة الواهب فلان الايجاب كاف ولهذا لو حلف ان يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل بر في يمينه بخلاف البيع واما من جهة الموهوب له فلان الملك لا يثبت بالقبول بدون القبض بخلاف البيع انتهى والشارح العيني ايضا اقتفى اثره هو لا ريب بالجملة اكثر الشراح ههنا على ان الهبة تتم بالايجاب وحده اقول هذا الذي ذكروه وان كان مطابقا لما ذكره المصنف رح في مسائل متفرقة من كتاب الايمان فانه قال هناك ومن حلف ان يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل بر في يمينه خلافا لزفر رح فانه يشبهه بالبيع لانه تمليك مثله ولنا انه عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل انتهى الا انه غير مطابق لما ذكر في هذا المقام لان قوله اما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول بمنزلة الصريح في ان عقد الهبة لا يتم الا بالايجاب والقبول كسائر العقود ويشهد بهذا ايضا قوله والقبض لابد منه لثبوت الملك اذ لو كان مراده ان الهبة عقد يتبرع

ولا لانه متبرع فلم تثبت الملك قبل القبض لان المتبرع لم يلتزم شيئا حتى يجبر به وهو التسليم فلا يجبر بخلاف الوصية لان اوان وجوبها
فيما يظهر بموت ولا التزام المتبرع بعد موته لعدم اهلية الالزام وحق الوارث متأخر عن الوصية فلهم ملكها فان قضته الموهوب له في مجلس
بغير امر الواهب جاز استحسانا لان قبض بعد لا تنزل فيه بين ان يأذن له الواهب في القبض القياس ان لا يجوز وهو

قبيل بالتسليم ولكن لا يملكه الموهوب له الا بالقبول والقبض بالقال والقبول والقبض لثبوت الملك وهذا كله مما لا استرة به عند من له ذوق صحيح ثم اصل الحاشية
ومعراج الدراية قد كان صرحا قبيل هذا الكلام بان ركن الهبة هو الايجاب والقبول ولا يخفى ان ذاك التصريح عنهما بانا في القول منهما بان الهبة يتم
بالايجاب وحده اذ لا شك ان الشيء لا يتم بعض اركانه بدون حصول الآخر ضرورة انتفاء الكل بانتفاء جزء واحد منه واعلم ان صاحب الكفاية وصاحب الكفاية
سلكا بهذا مسلكا آخر فقالا وركنها الايجاب والقبول لانها عقد وقيام العقد بالايجاب والقبول لان ملك الانسان لا ينتقل الى الغير بدون تمليكه والزام
الملك على الغير لا يكون بدون قبوله وانما يحنث لو حلف ان لا يهب فوهب ولم يقبل لانه انما منع نفسه عما هو مقدور له وهو الايجاب والقبول لانه فعل الغير
انتهى كذا هما قول هذا التقرير وان كان مناسبا لما ذكره المصنف رح ههنا الا انه غير ملائم لما ذكره في مسائل متفرقة من كتاب الايمان كما نقلناه آنفا وايضا
يرد عليه ان التعليل المذكور للحنث فيما لو حلف ان لا يهب فوهب ولم يقبل يقتضي ان يحنث ايضا فيما لو حلف ان لا يبيع فباع ولم يقبل لان المقدور له في
كل عقد هو الايجاب لا القبول مع انه لا يحنث في صورة البيع كما صرحوا به والحاصل ان كلمات القوم في هذا المقام لا يخلو عن الاضطراب وعن هذا قال
صاحب غاية البيان واما ركنها فقد اختلف المشائخ فيه قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه هو مجرد ايجاب الواهب وهو قوله وهبت ولم يجعل قبول
الموهوب له ركنا لان العقد ينعقد بمجرد ايجاب الواهب واهذا قال علماؤنا اذا حلف لا يهب فوهب ولم يقبل يحنث في يمينه عندنا وقال صاحب التحفة
ركنها الايجاب والقبول ووجهه ان الهبة عقد والعقد هو الايجاب والقبول الى هنا كلامه قال صاحب البدائع اما ركن الهبة فهو الايجاب من الواهب فاما القبول
من الموهوب له فليس بركن استحسانا والقياس ان يكون ركنا وهو قول زفر رح وفي قول قال القبض ههنا ركن وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيمن حلف لا يهب
هذا الشيء لفلان فوهبه له فلم يقبل انه يحنث استحسانا وعند زفر رح لا يحنث ما لم يقبل وفي قول ما لم يقبل ويقبض واجمعوا على انه اذا حلف لا يبيع هذا الشيء
لفلان فباعه فلم يقبل انه لا يحنث الى هنا كلامه **قوله** ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح يعني
لو ثبت الملك بمجرد العقد يتوجه المطالبة عليه بالتسليم فيؤدي الى ايجاب التسليم على المتبرع وهو لم يتبرع به وايجاب شيء لم يتبرع به مخالف موضوع التبرعات
بخلاف المعاوضات كذا في الكافي وبعض الشروح وردبان المتبرع بالشيء قد يلزمه ما لم يتبرع به اذا كان من تمامه ضرورة كمن نذر ان يصلي وهو محدث
لزمه الوضوء ومن شرع في صوم او صلوة لزمه الاتمام واجيب بانه مغالطة فان ما لا يتم الشيء الا به فهو واجب اذا كان ذلك الشيء واجبا كما ذكرت من الصور
فانه يجب بالنذر او الشروع وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء فانه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب
ما لا يتم به كذا في العناية اخذا من النهاية اقول فيه كلام اما اولا فلان قوله فانه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم ينتقض بالهبة للقريب وبالهبة للعوض
عنها وبغيرها مما يتحقق فيه المانع عن الرجوع كما سيأتي واما ثانيا فلانه اذا جاز له الرجوع قبل التسليم وبعده فلم يكن في اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع
شيئا لم يتبرع به وهو التسليم اذ بجواز الرجوع قبل التسليم ينتفي لزوم التسليم فمن اين يجب الزام التسليم فليتأمل في الدفع **قوله** ولانا ان القبض بمنزلة القبول
في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك قال الشراح قوله في الهبة متعلق بالقبض لا بالقبول فالمعنى ان القبض في الهبة بمنزلة القبول في
البيع من حيث ان الحكم وهو الملك يتوقف عليه في الهبة كما يتوقف على القبول في البيع وبه صرح في المبسوط واشار اليه في الايضاح وقال بعض الفضلاء ولا ادري
ما المانع عن تعلقه بالقبول فان التوقف لا يستلزم الايجاب التام انتهى اقول لعل المانع عنه امران احدهما ان المتبادر من كون الشيء بمنزلة الشيء ان يكون
قائما مقامه وهذا لا يتصور فيما اذا كانا في حد واحد كالقبض والقبول في الهبة فان كلا منهما حينئذ يعطي حكم نفسه فلا يأخذ احدهما حكم الآخر فلا يتحقق حينئذ

وهو قول الشافعي رح لان القبض تصرف في ملك واجب ولا ملك قبل القبض لما تقدم بدون الاذن في القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه تمام حكمه وهو الملك

منزلة الآخر وقيامه مقامه بخلاف ما اذا كانا في عقدين مختلفين كالقبض في الهبة والقبول في البيع فانه يجوز حينئذ ان ينفذ احدهما حكم الآخر فيكون بمنزلته وعنا قال في المبسوط ولما كان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع افاد حكم القبول في البيع وثانيهما ان التوقف وان لم يستلزم الايجاب التام الا ان القبول في الهبة كما يوجب ثبوت حكم عقد الهبة وهو الملك لا يتوقف عليه ايضا ثبوت حكم عقد الهبة لثبوت حكمه بدون تحقق القبول فانه لو قال وهبتك هذا الشيء فقبضه الموهوب له من غير قبول صح والملك له لوجود القبض نص عليه الامام الزيلعي في التبيين وذكر في الذخيرة ايضا فالبيع ان يقال ان القبض في الهبة بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك بخلاف القبول في البيع فانه لا يثبت الملك قطعا ولا يصح عقد البيع اصلا بدون تحقق القبول فيه وهذا الوجه الثاني قطعي في المنع كما ترى وكلام صاحب النهاية في قول المصنف رح ولنا ان القبض الى آخره حيث قال وكان ينبغي ان يقول وجه الاستحسان لانه ذكر القياس والاستحسان ولم يذكر قول الخصم في المتن فلم يكن قوله ولنا مناسبا انتهى وقصد الشارح العيني دفع ذلك فقال ابدا فاقال لما كان القياس وهو قول الشافعي رح ووجه الاستحسان قولنا ناسب ان يقول ولنا وان لم يصرح بذكر الشافعي رح انتهى اقول ان تحقق خصم يناظره بالقياس في بعض المسائل لما يجوز ان يقول ولنا ايرادا الى وقوع منازع في بعض المسائة واما مناسبة هذا القول وحسنه فانما يحصلان عند ذكر مخالفة الخصم فيما يقبل كما هو المتعارف المعتاد ومراد صاحب النهاية معاونة المصنف رح بتقوية المناسبة في تحريره لا نفي الصحة والجواز عن كلامه بالكلية فلا يدفعه ما قاله الشارح العيني كما لا يخفى واعترض على الدليل المزبور بانه لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الامر بالقبض بعد المجلس كما لا يصح امر البائع المشتري بالقبول بعد المجلس وأجيب بان الايجاب من البائع ينشئ العقد وهذا الموجب لا يبيع فباع ولم يقبل المشتري لا يحنث فاما ايجاب الواهب فعقد تام بدليل انه لو حلف لا يهب فوهب ولم القبل يحنث استحسانا فيقف على اداء المجلس فيصح الامر بالقبض وقبضه بعد المجلس وهذا السؤال والجواب مذكوران في عامة الشروح وغزاها في النهاية ومعراج الدراية الى المختلفات اقول في الجواب بحث اما اولا فانه لا يدفع السؤال المذكور بل يقرره لان حاصل ذلك السؤال المقدم في المقدمة الثانية ان القبض بمنزلة القبول بانه لو كان كذلك لما صح في القبض ما لا يصح في القبول من التاخير الى ما بعد المجلس وحاصل الجواب بيان الفرق بين ايجاب الواهب وايجاب البائع بان الاول عقد تام والثاني شطر العقد وجعل هذا الفرق سببا لصحة القبض بالاذن بعد المجلس في الهبة وعدم صحة القبول بالامر بعد المجلس في امر البيع وخلاصة هذا بيان لمنية صحة القبض في الهبة بعد المجلس وعدم صحة القبول في البيع بعده وهذا لا يدفع القدح في قولهم ان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع بل تقرر ذلك كما لا يخفى واما ثانيا فلانهم جعلوا بان الحكم في البيع الفاسد على هذا التفصيل المذكور في الهبة لافتقاره ايضا الى القبض كما ذكر في الكافي وفي نهاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهرزاده ولا يخفى ان الجواب المذكور لا يتمشى في تلك الصورة لما ان الايجاب في البيع الصحيح والايجاب في البيع الفاسد سيان في كونهما شطر العقد لا تمام فلا تتم الفرق المزبور هناك واورد بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجهين آخرين حيث قال فيه بحث فانه لو صح ما ذكر لجاز القبول بعد المجلس بامر الواهب وايضا هذا الكلام ينافض ما تقدم من المصنف رح من ان عقد العقد ينعقد بالايجاب والقبول انتهى اقول كلا وجهي بحثه ساقط اما الاول فلان الملازمة في قوله لو صح ما ذكر لجاز القبول بعد المجلس بامر الواهب فممنوع اذ قد ذكرنا فيما آنفا انه لو قال وهبتك هذا الشيء فقبضه الموهوب له من غير قبول صح على ما نص عليه في التبيين وذكر في الذخيرة ايضا فاذا صح عقد الهبة من غير قبول اصلا فلان يصح بالقبول بعد المجلس بامر الواهب اولى كما لا يخفى واما الثاني فلانا قد نقلنا عن البدائع فيما مر ان ركن الهبة هو الايجاب من الواهب واما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا والقياس ان يكون ركنا فمدار الجواب المذكور على الاستحسان ومدار ما تقدم من المصنف رح

ان ايجاب

والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه لحاجة الايفاء والتحصيل وتقييد المجلس يكفي ما يلتحق به بخلاف ما اذا اخذه من قبض في المجلس لان الدلالة لا تعمل في مقابلة التصريح قال ويعقد الهبة بقوله وهبت وملكت واعطيت لان الاول صريح فيه والثاني مستعمل فيه قال عليه السلام لكل اولاد نحلت مثل هذا لكذا الثالث يقال اعطاني الله بمعنى ملكني وكذا ان نعت بقوله انعمت بقوله انعمت بهذا الطعام وجملت هذا الثوب لك وانحمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة او انوى بالحمل الهبة لما الاول فلان الطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين

على القياس فلا تناقض بينهما كيف وقد صرح المصنف رحمه الله في مسائل متفرقة من كتاب الايمان بان الهبة عقد تبرع فيتم بالتبرع ولهذا يقال وهب فلم يقبل والعاقل لا يتكلم بما يناقض كلامه نفسه فوجه التوفيق حمل احدهما على القياس والآخر على الاستحسان **قوله** والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض يعني ان مقصود الواهب من عقد الهبة اثبات الملك للموهوب له واذا كان كذلك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض تحصيلا للمقصود فكان اذنا دلالة ونقض هذا بالبيع فان مقصود البائع من ايجاب عقد البيع هو ثبوت الملك للمشتري ثم اذا تم الايجاب والقبول هناك والمبيع حاضر لا يجاب البائع تسليطا على القبض حتى ان المشتري لو قبض المبيع بغير اذن البائع قبل نقد الثمن جاز للبائع ان يسترده ويحبسه حتى ياخذ الثمن واجيب بانا لا نسلم ان مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري بحائل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك للمشتري ضمني لا قصدي فلا معتبر به كذا في الشروح اقول لا يرد النقض المذكور راسا اذ لو سلم ان المقصود البائع من ايجاب عقد البيع هو ثبوت الملك للمشتري فذلك المقصود يحصل بقبول المشتري من غير توقف على القبض فان القبض ليس بشرط لثبوت الملك للمشتري فلا مقتضى لجعل ايجاب البائع تسليطا على القبض لحصول المقصود بدون ذلك بخلاف فصل الهبة كما تقرر **قوله** بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه لحاجة الايفاء والتحصيل وتقييد المجلس فكذا ما يلتحق به اقول لقائل ان يقول انما الحق القبض في الهبة بالقبول في البيع من حيث ان حكم العقد وهو الملك يتوقف عليه في الهبة كما يتوقف على القبول في البيع كما تقرر فيما مر آنفا لا من جميع الحيثيات الا ترى ان القبض في الهبة ليس بركن العقد بل هو خارج عنه شرط لثبوت الملك بخلاف القبول في البيع فانه ركن داخل لا يتم العقد بدونه واذا كان كذلك فلا يلزم من ان تقييد القبول بالمجلس ان تقييد ما يلتحق به من الحيثية المذكورة بالمجلس ايضا فان تقييد القبول بالمجلس من احكام كونه ركنا داخلا في العقد ولهذا لا يصح القبول بعد المجلس بامر البائع ايضا فلا يتعدى الى ما ليس بركن داخل في العقد وهو القبض وان كان ملحقا بالقبول من حيث كونه موقوفا عليه لثبوت حكم العقد والا يلزم ان لا يصح القبض بعد المجلس بالاذن ايضا فتامل والاولى في تقرير وجه الاستحسان في مسئلتنا هذه ما ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه ونقل عنه صاحب الغاية وهو انه لا بد لبقاء الايجاب على الصحة من القبض لان القبض متى فات بالهلاك قبل التسليم لا يبقى الايجاب صحيحا واذا كان من ضرورة بقاء الايجاب من الواهب على الصحة وجود القبض لامحالة كان الاقدام على الايجاب اذنا للموهوب له بالقبض اقتضاء كما في باب البيع جعلنا اقدام البائع على الايجاب اذنا للمشتري بالقبول تقتضي بقاء الايجاب على الصحة الا ان ما ثبت اقتضاء ثبت ضرورة والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة والضرورة ترتفع بثبوت الاذن في المجلس لان الايجاب يبقى صحيحا متى قبض في المجلس فلا يعتبر ثابتا فيما وراء المجلس بخلاف ما لو ثبت نصا لان الثابت نصا ثابت من كل وجه فيثبت في المجلس وبعد المجلس انتهى **قوله** اما الاول فلان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين قال صاحب غاية البيان ولنا في تقرير صاحب الهداية نظر لان قال ان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين فعلى هذا ينبغي ان يكون المراد من الاطعام في الكفارة التمليك لا الاباحة كما هو مذهب الخصم لان المراد من الاطعام طعام الطعام والطعام يوكل عينه فكان الاطعام في الآية مضافا الى ما يطعم عينه فافهم انتهى كلامه اقول يمكن الجواب عن هذا النظر بان مراد المصنف رحمه الله من اضافة الاطعام الى ما يطعم عينه ان يذكر ما يطعم عينه ويجعل مفعولا ثانيا للاطعام وفي آية الكفارة لم يكن الامر كذلك فكان الاطعام فيها على اصل وضعه وهو الاباحة ويرشدك الى هذا التوجيه انه قال في تنقيح الاصول في اوائل التقسيم الرابع وفي قوله تعالى اطعام عشرة مساكين اشارة الى ان الاصل فيه هو الاباحة والتمليك يلحق به لان الاطعام حمل الخبز طعاما لا جعله مالكا والحق به التمليك دلالة لان المقصود قضاء حوائجهم وهي كثيرة فافهم التمليك مقامها انتهى وقال في التلويح واما اطعامك

هذا لان ما اذا قال طعمتك هذه الارض حيث يكون عارية لان عينها لا يطعم فيكون المراد اكل غلتها واما الثاني فلان من حروف اللام للتمليك كذا في الباب الثالث
فقوله عليه السلام فمن اعتمر عمرى فهى للمعمر له ولورثته من بعده وكذا اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا واما الرابع فلان الحمل هو الاركاب
حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الامير فلانا على فرس وبراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته ولو قال كسوتك
هذا الثوب يكون هبة لانه يراد به التمليك قال الله تعالى او كسوهم ويقال كسى الامير فلانا ثوبا اى ملكه منه

هذا الطعام فانما كان هبة وتمليكا بقرينة الحال لانه لم يجعله طاعما قالوا والصابر انه اذا ذكر المفعول الثاني فهو للتمليك لا فلا باحة انتهى كلامه تامل ترشد
ثم انه قد ذكر في المحيط البرهاني نقلا عن الاصل واذا قال اطعمتك هذه الارض فهو عارية ولو قال اعمتك هذا الطعام فان قال فاقبضه فهو
هبة وان لم يقل فاقبضه يكون هبة او عارية انتهى اقول لا يذهب على ذي فطنة ان اطلاق رواية الكتاب وتعليل المصنف رح بما ذكر
لا يطابقان رواية الاصل لان الظاهر منهما ان يكون قوله اطعمتك هذا الطعام هبة مطلقا ورواية الاصل صريح في ان قوله المذكور انما يكون هبة
اذا قيده بقوله فاقبضه واما اذا لم يقيده بذلك فيحتمل الامرين اى الهبة والعارية وان النظر المذكور لا يتجه اصلا على ما في رواية الاصل لان
التمليك انما يستفاد على ما يتبادر الرواية من قوله فاقبضه لا من لفظة الاطعام فلا يناسب ان يكون الاطعام في آية الكفارة في اصل وضعه سوى اباحة
قوله بخلاف ما اذا قال اطعمتك هذه الارض حيث يكون عارية لان عينها لا تطعم فيكون المراد اطعام غلتها اقول لقائل ان يقول كون
الارض مما لا يطعم عينه انما يقتضي ان لا يكون الاطعام المضاف اليها على حقيقته ولا يقتضي ان لا يراد به تمليك العين مجازا كما اريد به ذلك
اذا اضيف الى ما يطعم عينه فانهم حملوا هناك على تمليك العين مع ان حقيقة الاطعام جعل الغير طاعما اى اكلا لا جعله مالكا كما صرحوا به والجواب انه
وان امكن ان يراد بالاطعام المضاف الى مثل الارض تمليك العين مجازا لكن هذا التجويز ليس بمتعارف في مثل ذلك وانما المتعارف ان
يراد اطعام الغلة على طريق ذكر المحل وارادة الحال كما في المتعارف فيما اذا اضيف الاطعام الى ما يطعم عينه ان يراد به تمليك العين وكلام
الناقد انما يجب حمله على المتعارف ولا على كل ما احتمله اللفظ تدبر قوله وكذا اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا قال صاحب العناية قوله
لما قلنا اشارة الى قوله فلان حرف اللام للتمليك واقتفى اثره الشارح العيني وسكت غيرهما عن البيان اقول الظاهر ان قول المصنف رح
هذا اشارة الى قريبة وهو قوله فلقوله عليه السلام فمن اعتمر عمرى فهى للمعمر له ولورثته من بعده ويدل على هذا ذكر هذه الصورة في ذيل الثالث اذ
لو كان مراده ما قاله الشارحان المزبوران لذكرها في ذيل الثاني بل لو كان مراده ذلك لما ذكرها اصلا اذ قد سبق ذكر ما اذا قال جعلت هذا الثوب
لك وهو الذي قال له واما الثاني ولا يرى اثره فرق بينه وبين ما اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى الا بات قال هذه الصورة على لفظة عمرى
دون ما سبق فلو كان مراده بقوله لما قلنا كون اللام في قوله لك للتمليك لا كون لفظة العمرى لاثبات الملك للمعمر له لكان ذكر هذه الصورة مستدركا
كما لا يخفى فان قلت لو كان مراده ما ذكرته يقال لما رويناكما هو دابه عند قصده الاشارة الى السنة قلت كان الشارحين المزبورين اغتر اذلك و
لكن يمكن التوجيه بحمل ما في قوله لما قلنا في عبارة عن قول نفسه وهو قوله فلقوله عليه السلام لا عن نفس الحديث وقد اشرنا اليه في تحرير مراده فتدبر قوله

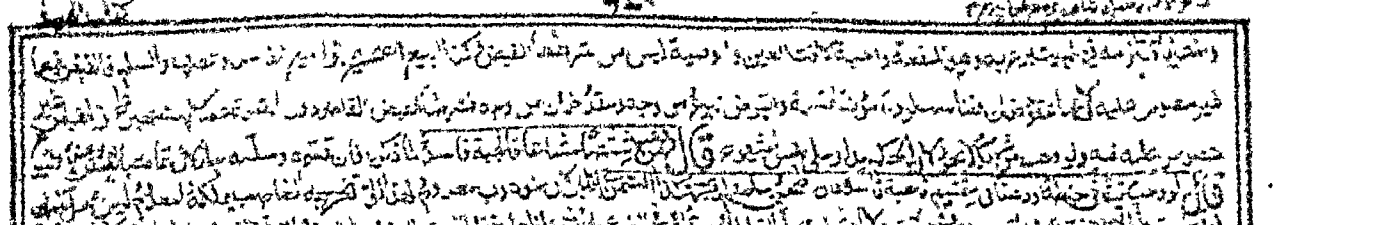
واما الرابع فلان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الامير فلانا على فرسه وبراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته يعني ان الحمل تصرف
في المنفعة فيكون عارية الا ان يقول صاحب الدابة اردت الهبة لان هذا اللفظ قد يذكر لتمليك العين فاذا نوى ما يحتمله اللفظ وفيه تشديد عليه عملت نيته
قال في الكفاية فان قيل كيف يستقيم قوله ان حقيقة الاركاب وقد ذكر في العارية ان قوله حملتك لتمليك العين قلنا حقيقة الاركاب نظرا الى الوضع
وهو لتمليك العين في العرف والاستعمال لكن الحقيقة صارت مهجورة بالعرف فكان هذا في معنى الاسم المشترك انتهى وذكر صاحب العناية نحو
ذلك بعبارة اخرى حيث قال لا يقال هذا ينا قض ما تقدم في العارية من قوله لانها تمليك العين وعند عدم ارادة الهبة يحمل على تمليك المنافع
مجازا لما اشرنا اليه هناك لانا نقول ان قوله لانها تمليك العين يعني في العرف فاستعماله في المنافع مجاز عرفي فيكون قوله ههنا لان الحمل هو الاركاب

ولو قال نحتك هذه الجارية كانت عارية لمارينا من قبل ولو قال داري لك هبة سكنى او سكنى هبة فهي عارية لان العارية تحكمية وقليلي النفعة والهبة تحتملها وتحتمل قليلك العين فتجعل المحتمل على المحكم وكذا اذا قال عمرى سكنى ومحلى سكنى او سكنى صدقة او عارية هبة لما قدمناه ولو قال هبة تسكنها فهي هبة لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير له وهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة سكنى لانه تفسير قال ولا يجوز الهبة فيما يقسم الا ان تكون مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم جائز وقال الشافعي رح يجوز في الوجهين لانه عقد تمليك فيصح في المشاع وغيره كالبيع بانواعه وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية ولنا ان القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله لا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب

حقيقته يعني في اللغة فاستعماله في الحقيقة العرفية مجاز لغوي انتهى اقول يبقى اشكال وهو انه تقرر في كتب الاصول انه اذا كانت الحقيقة مستعملة والمجاز متعارفا فعند ابي حنيفة رحمه الله المعنى الحقيقي اولى والعمل به وعندهما المعنى المجازي اولى والعمل به دائما اذا كانت الحقيقة مهجورة فالعمل بالمجاز اتفاقا اذا عرفت ذلك ففي ما نحن فيه لم تكن الحقيقة مهجورة كما صرحوا به فعلى مقتضى الاصل المذكور يلزم ان يكون العمل عند ابي حنيفة رح بما هو حقيقة بحسب الوضع وهو الارتكاب وعندهما بما هو المستعمل فيه بحسب العرف وهو تمليك العين فينبغي ان يحمل الحمل على العارية عند عدم ارادة الهبة على اصل ابي حنيفة رح وان يحمل على الهبة وان لم ينويا على اصلهما مع ان وضع المسئلة في هذا الكتاب وسائر الكتب المعتبرة على الاول من غير ان يذكر الخلاف في شئ منها فليتامل ثم ان قول صاحب الكفاية فكان هذا في معنى الاسم المشترك ليس بسديد لان حكم المشترك التامل فيه حتى يترجح احد معنييه او معانيه بالادلة او الامارات على ما تقرر في علم الاصول وفيما نحن فيه ان نوى الهبة يحمل عليها وان لم ينويا يحمل على العارية من غير تامل ولا توقف فاين هذا من ذلك قوله ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لمارينا من قبل يعني ما ذكره في كتاب العارية من قوله عليه السلام المنحة مردودة كذا في الشروح اقول ههنا كلام اما اولا فلان المتبادر من ذكر هذه المسئلة منفصلة عن مسئلة الحمل وعدم تقييدها بعدم ارادة الهبة ان يكون قوله منحتك هذه الجارية عارية وان نوى بالمنحة الهبة وقد ذكر في كتاب العارية ان قوله منحتك هذا الثوب وقوله حملتك على هذه الدابة عارية اذا اراد به العارية وقال في التعليل لانهما تمليك العين وعند عدم ارادة الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزا فكان بين كلاميه في المقامين نوع تناف واما ثانيا فلان تعليل هذه المسئلة بما ذكره في كتاب العارية من قوله عليه السلام المنحة مردودة منظور فيه اذ قد ذكر في المحيط نقلا عن الاصل انه اذا قال منحتك هذه الدراهم او هذا الطعام فهو هبة ولو قال منحتك هذه الارض او هذه الجارية فهو عارية وقال فالاصل ان لفظ المنحة اذا اضيفت الى ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو هبة واذا اضيفت الى ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو عارية انتهى وهكذا ذكر في عامة المعتبرات وقوله عليه السلام المنحة مردودة لا يفرق بين الفصلين فتعليل الفصل الثاني به ينتقض بالفصل الاول فتامل في التوجيه قوله لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير اذ الفصل لا يصلح تفسيرا للاسم كذا في المبسوط والمحيط وعليه عامة الشراح قال تاج الشريعة لان قوله تسكنها فعل المخاطب فلا يصلح تفسيرا للقول المتكلم وتفطن صاحب العناية فقبل بعد ان ذكر مختار العامة اقول ليس هذا بصحيح لان قوله تسكنها ليس بفعل المخاطب الساكن الذي دل عليه لفظ تسكنها والكلام في عدم صلاحية هذا اللفظ للتفسير فهل لقول العاقل ان لفظ المتكلم فعل المخاطب قوله وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية قال صاحب العناية في حل هذا الكلام وهذا اي جوازه باعتبار ان المشاع قابل لحكمه اي لحكم عقد الهبة وهو الملك كما في البيع والارث وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح ان يكون محلا له لان الحكم عين القابلية او لازم من لوازمها فكان العقد صادرا من اهله مضافا الى محله ولا مانع ثمة وكان جائزا فان قيل لا نسلم انتفاء المانع فانه عقد تبرع فلم لا يجوز ان يكون الشيوع مبطلا اجاب وكونه تبرعا يعني لم يعهد ذلك مبطلا في التبرعات كالقرض والوصية بان دفع الف درهم الى رجل على ان يكون نصفه قرضا عليه ويعين في النصف الآخر شركته وبان اوصى لرجلين بالف درهم كان ذلك صحيحا فدل على ان الشيوع لا يبطل التبرع حتى يكون مانعا انتهى كلامه اقول تعسف الشارح المذكور في بيانه هذا من وجوه الاول انه جعل لفظ هذا في قول المصنف وهذا لان المشاع اشارة الى جواز عقد الهبة فيقتضي هذا ان يكون قول المصنف رح وهذا لان المشاع الى آخره دليلا على اصل مدعى الشافعي رح وهو قوله يجوز في الوجهين فيكون دليلا ثانيا عليه فكان ينبغي ان يقول المصنف رح ولان المشاع بدل قوله وهذا لان المشاع والثاني انه ارتكب لتقدير مقدمات

ويكون في ضمن الهبة شيء لم يلتزمه وهو القسمة ولهذا امتنع جواز قبل القبض كيلا يلزمه التسليم بخلاف ما لا يقسم لان القبض القائم وهو المكان فيكتفى به ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة

حيث قال فكان العقد صادرا من اهله مضافا الى محله ولا مانع ثمة فكان جائزا والباعث عليه جعله لفظ هذا اشارة الى جوازه والثالث انه حمل قول المصنف وكونه تبرعا الى آخره على الجواب عن سؤال يرده بطريق المنع على مقدمة من المقدمات التي قدرناها وهي قوله ولا مانع ثمة وليس بمتعين بل المقصود ان قوله هذا لان المشاع الى آخره اثبات الكبرى للدليل السابق وهي قوله فيصح في المشاع لاثبات اصل المدعى لفظ هذا اشارة الى ان مضمون هذا الكبرى فالمعنى هذا اى صحته في المشاع او كونه صحيحا في المشاع لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له فلا يلزم حينئذ الوجهان الاولان من وجوه التعسف اللازمة لتقرير صاحب العناية اما الاول منهما فظاهر جدا واما الثاني فلسقوط الاحتياج حينئذ الى ما قدره من المقدمات الزائدة كما يظهر بادنى التامل الصادق ثم ان قوله وكونه تبرعا لا يمنعه الشيوع جواب عن سؤال يرد على الدليل المذكور بطريق المعارضة وهو ان يقال ان عقد الهبة عقد تبرع فلو قلنا بجوازه في المشاع لزم في ضمنه وجوب ضمان القسمة والواهب لم يتبرع به فيكون الزاما عليه ما لم يلتزمه وهو باطل فقال كونه عقد تبرع لا يمنعه الشيوع كالقرض والوصية يعني ان الشيوع في القرض والوصية كما لا يمنع كونهما عقد تبرع كذلك لا يمنع في الهبة فلا يلزم حينئذ الوجه الثالث ايضا من وجوه التعسف اللازمة لتقرير صاحب العناية وهو حمل الكلام المذكور على الجواب عما يرد على مقدمة غير مذكورة كما عرفت فتبصر **قوله** ولان في تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو القسمة يعني ان في تجويز عقد الهبة في المشاع الزام الواهب شيئا لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة وذلك لا يجوز لزيادة الضرر فان قيل هذا ضرر مرضي لان اقدامه على هبة المشاع يدل على التزامه ضرر القسمة والضرر من الضرر ما لم يكن مرضيا اجيب بان المرضي منه ليس القسمة بل الاقدام على الهبة ولا يلزم منها الجواز ان يكون راضيا بالملك المشاع وهو ليس بقسمة ولا يستلزمها كذا في العناية اخذا من شرح تاج الشريعة وتبعهما الشارح العيني اقول في الجواب بحث لانه اذا لم يكن الملك المشاع قسمة ولا مستلزما لها لم تتم نفس هذا الدليل اعني قوله ولان في تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو القسمة لان الذي يستلزمه تجويز هبة الشيء انما هو الزام وهبة حكم الهبة وهو ثبوت الملك للموهوب له وشيئا يستلزمه حكمها واما ما ليس بحكم الهبة ولا شيئا من لوازم حكمها فلا يستلزمه تجويز الهبة في شيء فاذا لم يكن القسمة نفس حكم الهبة ولا شيئا يستلزمه حكمها فاين يلزم من تجويز هبة المشاع الزام الواهب مؤنة القسمة حتى يلزم الزامه ما لم يلتزمه لا يقال الذي لا يستلزم القسمة هو الملك المشاع وهو الذي ذكر في الجواب وما هو حكم الهبة هو الملك المفرز وهو يستلزم القسمة لانا نقول لانسلم ان حكم الهبة مطلقا هو الملك المفرز بل حكمها هو الملك مطلقا الا يرى ان هبة المشاع الذي لا تحتمل القسمة جائزة بالاتفاق وحكمها ثابت قطعا مع ان حكمها هناك ليس الملك المفرز بالبديهة بل هو الملك المشاع ولو سلم ان حكمها مطلقا هو الملك المفرز لم يصح قول المجيب ان المرضي منه ليس القسمة ولا يستلزمها لان من اقدم على الهبة يرضى بحكمها قطعا فلو كان حكمها مطلقا هو الملك المفرز تعين الرضى منه بما يستلزم القسمة وهو الملك هذا واعترض بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجه آخر حيث قال فيه بحث فانه يعلم انه اذا طلب شريكه القسمة لا ينفعه اباؤه على ان له ان يرجع عن هبته ولا يلزمه المؤنة فليتامل انتهى اقول كل واحد من اصل بحثه وعلاوته ساقط اما الاول فلانه وان علم انه اذا طلب شريكه القسمة لا ينفعه اباؤه الا ان طلب شريكه اياه غير متعين بل محتمل والاقدام على الاقدام على العقد انما يقتضي الرضى بما هو من ضروريات ذلك العقد ولو لازمه لا بما هو من محتملات ذلك واما الثاني فلان في رجوعه عن هبته ضررا آخر له وهو حرمانه عن ثواب الهبة فلزم ان يتوقف دفع ضرر مؤنة القسمة عن نفسه عن ارتكاب ضرر آخر لنفسه فكان في تجويز هبة المشاع الزام الواهب احد الضررين وذلك لا يجوز ايضا هل يجوز ايضا ان يكون مما قالوا جواز هبة المشاع على جواز الرجوع عنها وليس هذا بمنزلة ما تحقق الشيء لتحقق شيء آخر على انه ليس له الرجوع عن هبته في كثير من المواد وهي التي تحقق فيها الموانع عن الرجوع كما سيأتي



في الكتاب فيلزم المحذور في مثل ذلك ثم اقول بقي شيء في اصل هذا التعليل وهو ان ما هب للمشاع اما ان يرضى بالقسمة او يمتنع عنها فان رضي بها كان متبرعا بها فلم يكن في الزام مؤنة القسمة الزام مالم يلتزمه وان امتنع عنها لم يلزمه مؤنة القسمة عند ابي حنيفة رح لان مؤنة القسمة على الطالب دون الممتنع عنده على ما يجيء في كتاب الهبة فلم يتمش هذا التعليل على قوله قوله والمهايأة يلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين بناء على سؤال مقدر تقريره انه ان لم يلزمه فيما لا يقسم مؤنة القسمة فقد لزمته المهايأة وفي انها الزام مالم يلتزم مع ان ذلك العقد جائز فليكن مؤنة القسمة فيما لا يقسم كذلك فاجاب بان المهايأة يلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة لان المهايأة قسمة المنفعة والهبة التي هي عقد التبرع انما لاقت العين ولا الزام فيه فيما لا يقسم فلم يكن ذلك ضمانا في عين ما تبرع به بخلاف مؤنة القسمة فيما لا يقسم هذا خلاصة ما في جملة الشروح والكافي ههنا وقال صاحب العناية بعد ذلك ولقائل ان يقول الزام مالم يلتزم الواهب بعقد الهبة ان كان مانعا عن جوازها فقد وجد وان خصصتم وجوده الى ما تبرع به كان تحكما والجواب تخصيصه بذلك ويدفع التحكم بان في عوده الى ذلك الزام زيادة عين هي اجرة القسمة على العين الموهوبة باخراجها عن ملكه وليس في غيره ذلك لان المهايأة لا يحتاج اليها انتهى كلامه اقول لا يرى في الجواب الذي ذكره كثير طائل في دفع سؤال سائل لان حاصله ان في دعواه الى ما تبرع به الزامه اخراج عين هي اجرة القسمة عن ملكه وليس ذلك في المهايأة فلقائل ان يقول ان لم يكن في المهايأة الزامه اخراج عين في ملكه فقد الزامه ازالة نفع في زمان معين عن تصرفه وكون الاول اكثر ضررا من الثاني مطلقا غير مسلم فكم من منفعة كمنفعة دار ونحوها يكون اعز واشرف من مقدار عين تصير اجرة قسمة فيكون ازالة التصاعن الانتفاع بها اشق على الانسان واكثر ضررا من اخراج مقدار عين ليصير اجرة قسمة عن ملكه واما الزيادة على العين الموهوبة فمتحققة في الصورتين معا غير ان الزائد عليها في احديهما العين وفي الاخرى المنفعة والاظهر في الجواب عندي ان يقال تخصيص ذلك بما اذا عاد الى ما تبرع به ولا يلزم التحكم لان المحذور في الزامه الم يلتزمه فيما اذا عاد الى ما تبرع به لزوم المنافاة فان التبرع فسخ اللزوم فيها لا يجتمعان في محل واحد وفيما اذا لم يعد الى ما تبرع به لا يلزم المنافاة فان المهايأة لاقت المنفعة والهبة لاقت العين فلم يعارض الالزام والتبرع اذ ذاك محلا واحدا فلا محذور فيه ثم ان صاحب غاية البيان لما بين مراد المصنف رح على النهج المزبور قال والجواب الصحيح ان يقال هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة لما لم يلزمه ههنا ضمان القسمة على الواهب صحت وقولهم يؤدي ذلك الى الزام التهائي فنقول لا نسلم لان التهائي ليس بواجب لان فيه اعارة كل منهما نصيبه من صاحبه والاعارة لا يكون واجبة انتهى كلامه اقول لعل هذا الجواب ليس بصحيح لان التهائي يجب ويجبر فيه جبر القاضي اذا طلبه احد الشركاء سيما فيما لا يقسم نص عليه في عامة الكتب وسياتي بيان ذلك في فصل المهايأة من كتاب القسمة وما ذكره بقوله لان فيه اعارة كل واحد منهما نصيبه الى آخره وجيه القياس وقد صرحوا بان القياس يأباه ولكنا تركنا القياس بقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهو المهايأة بعينها وللحاجة اليه اذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة فقولهم في هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة يؤدي ذلك الى الزام التهائي مما لا يقبل المنع اصلا قوله واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجد دفيها قبضا الى قوله اما قبض الهبة غير مضمون فينوب عنه والاصل في ذلك ان مجالس القبضين يجوز نيابة احدهما عن الآخر وتغائرهما يجوز نيابة الاعلى عن الادنى دون العكس فاذا كان الشيء مودعا في يد شخص او عارية فوهبه اياه لا يحتاج الى تجديد قبض لان كلا القبضين ليس قبض ضمان فكانا متجانسين ولو كان بيده مغصوبا او مبيعا فاسدا فوهبه اياه لم يحتج الى تجديده

وكذلك كل من يعوله ان هلك هبة قبض الكل بهلاك عليه الدراهم الناضة والضائعة وان هلك الناضة وان في عياله الناضة وفي عياله الضائعة هبة قبض هبته لليتيم وهو وصي لاخ في حجر وصيه الاخ ووصيه الاخ لو كان في حجر امه فقبضه الى حجر الاخ وحفظه الاخ فهو من ابيه كالقبض الى حجر الاب فالقبض من غير ولاية تحصيل الناقع وكذا اذا كان في حجر جده يتيم كان له ان يقبض له لان الجد كالاب ولو كان الجد في حجر اخيه يتيم كان للاخ ان ينزعه من يد الجد ويقبض له لان قبض الاخ كقبض الجد وان قبض الجد لنفسه جاز هذا اذا كان عالما بهبته فاما في حقه فهو كمن هلك فيما وهب له فيما يجب المصيدة بحكم قبض وجهها طب بل الوقوف لتفويض الاب امر الهبة اليه كالة بقبض ما قبل الوقوف وملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكه بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة في العصير كمن حضرة مراد الله منقطعة لا يتوقع حضوره عادة قال واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز وله ان يسلم لاحدهما وهو حق قبضها جملة فان تنازعوا وهبها واحد من اثنين لا يجوز عليهما حتى قبضه كل واحد منهما حصته لان هبة الشيوع لا يتصور لان منها ان التمايز احد فلا يتحقق الشيوع كما اذا رهن من رجلين دارا وله ان هذه هبة النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت الهبة بينهما لا يقسم فقبل احدهما صح

لان الاول اقوى فينوب عن الضعيف ولو كانت وديعة فباعه منها نائبه يحتاج اليه لان قبض الامانة ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان كذا في العناية وغيره وما اقول يرد على ظاهر قوله او بيع فاسد فوهبه اياه ان البيع الفاسد يفيد الملك للمشتري عند اتصال القبض كما مر في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع واشار اليه المصنف رح فيما ياتي بعد اسطر بقوله او في ملك غيره على ما صرح به الشراح فاطلبه هناك فكيف يتصور هبة المقبوض ببيع فاسد وهو ملك الغير حتى يصح قوله فوهبه اياه بعد قوله او بيع فاسد فالجواب انه قدم ايضا في باب البيع الفاسد ان لكل واحد من المتعاقدين بالبيع الفاسد فسخه على القبض وبعده رفعا للفساد فالمراد بقوله فوهبه اياه فوهبه في البيع الفاسد بعد ان فسخ العقد فح ينتقل الملك الى البائع فيصح هبته اياه بل لا يبعد ان يجعل نفس الهبة فسخا للبيع الفاسد اقتضاء وقصد بعض الفضلاء توجيه هذا المحل بوجه آخر فقيد قول صاحب العناية او بيع فاسد بقوله بلا اذن البائع وقال فلا يرد ان المقبوض في البيع الفاسد يكون ملكا للقابض على ما سيجيء بعد اسطر فكيف يصح هبته انتهى اقول لا يخفى على ذي فطنة انه لا حاصل لما ذكره اذ لا يتصور بيع فاسد بلا اذن البائع لان البيع مطلقا لا ينعقد الا بايجاب وقبول والايجاب هو الاذن من البائع لا يقال يحتمل ان يكون مراده بالبائع في قوله بلا اذن البائع هو المالك فيجوز ان يبيع فضولي مال احد بغير اذن مالكه بيعا فاسدا ويقبضه المشتري لانا نقول اذا اذن المالك في ذلك يكون البيع باذن البائع اي المالك وان لم باذن له فيه لا ينفذ البيع اصلا فيكون يد القابض يد الغصب او يد الامانة لا يد القبض بالبيع الفاسد والكلام فيه تدبر قوله وكذلك كل من يعوله اي قبض الهبة لاجل اليتيم يصح من كل من يعوله نحو الاخ والعم والاجنبي كذا في الشروح قال صاحب النهاية ومن يحذو حذوه بعد هذا البيان لا يطلق في الكتاب جواز قبض هؤلاء ولكن ذكر في الايضاح ومختصر الكرخي ان ولاية القبض لهؤلاء اذا لم يوجد واحد من الاربعة وهم الاب ووصيه والجد ابو الاب بعد الاب ووصيه فاما مع وجود واحد منهم فلا سوا كان الصبي في عيال القابض او لم يكن وسوا كان ذا رحم محرم منه او اجنبيا لانه ليس لهؤلاء ولاية التصرف في ماله فكيف ولاية من يملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له فاذا لم يبق واحد جاز قبض من كان الصبي في عياله لثبوت نوع ولاية له حينئذ الا ترى انه يودعه ويسلمه في الصنائع فقيام هذا القدر من الولاية يطلق حق قبض الهبة لكونه من باب المنفعة انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك يقبل واري انه لم يطلق ولكنه اقتصر في التقييد وذلك لانه قال او كان كل من يعوله وهو معطوف على قوله وكذلك اذا وهبت لامه وهو مقيد بقوله والاب ميت ولا وصي له فيكون ذلك في المعطوف ايضا لكنه اقتصر عن ذكر الجد ووصيه للعلم بان الجد الصحيح مثل الاب في اكثر الاحكام ووصيه كوصي الاب انتهى كلامه اقول ليس هذا بتوجيه صحيح اذ قد تقرر في كتب العربية ان القيد اذا كان مقدما على المعطوف عليه فالظاهر تقييد المعطوف به كقولنا يوم الجمعة سرت وضربت زيدا وليس ذاك بقطعي ولكنه السابق الى الفهم في الخطابيات واما اذا كان موخرا عن المعطوف عليه فلا يفهم منه تقييد المعطوف به ايضا اصلا وقيد المعطوف عليه فيما نحن فيه موخر فلا يدل على تقييد المعطوف به في شيء فتحصل ما توهمه صاحب العناية قوله ويملك مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكون الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح قال صاحب النهاية قوله في الصحيح متعلق بقوله ويملك مع حضرة الاب اي ويملك الزوج قبض الهبة لاجل امراته الصغيرة مع حضرة ابيها في الصحيح وكان هذا احترازا عما ذكر في الايضاح بقوله وتاويل هذه المسئلة ان قبض الزوج انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا وقال انما قلت هذا الان في قوله بخلاف الام وكل من يعول غيرها حيث لا يملكون الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة ليست رواية اخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازا عنها انتهى كلامه وقفى اثره صاحب العناية ومعراج الدراية اقول فيه نظر لان شيخ الاسلام خواهرزاده قال في مبسوطه فمن مشايخنا

من سوى بين الزوج وبين الاجنبي والام والجد والاخ وقالوا يجوز قبض هؤلاء عن الصغير اذا كان في عيالهم وان كان الاب حاضرا كما في الزوج وفصل من فرق وقال بان قبض الزوج يجوز على امرأة الصغير اذا كانت في عياله حال حضرة الاب وحال غيبته في الاجنبي يجوز قبضه في عياله حال حضرة الاب وحال غيبته قريب آخر الصغير وفيما ذكر من الاقارب حق القبض حال غيبة الاب اذا كان الصغير في عيالهم فلا يكون لهم القبض عن الصغير حال حضرة الاب الى هنا كلامه فظهر منه ان في قوله بخلاف الام وكل من يعولها غير ها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة قولا آخر يخالف القول المذكور فيصح ان يقع قوله في الصحيح احترازا عنه كما لا يخفى وانا اتعجب من صاحب العناية انه يعد ان رأى ما صرح به في مبسوط شيخ الاسلام من اختلاف المشايخ في هذه المسئلة مذكورا في غاية البيان مع تفصيلات اخر بالطريق النقل عن مبسوط شيخ الاسلام ذلك العلام كيف جمع مع رأي صاحب النهاية في جعل قول المصنف رح في الصحيح تعليقا بقوله ويملكه مع حضرة الاب مع كونه بعيدا من حيث اللفظ والمعنى اما بعيد من حيث اللفظ فظاهر لانه يقع حينئذ فصل كثير بين التعلق والمتعلق به من غير ضرورة تدعو اليه واما بعيد من حيث المعنى فلانه لو كان مراد المصنف رح بقوله في الصحيح هو الاحتراز عما ذكر في الايضاح من ان قبض الزوج انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا يقال ويملك مع حضرة الاب بدل قوله ويملكه مع حضرة الاب لان الحضرة انما تقابل الغيبة دون عدم الحيوة تامل تنقح **قوله** ولان الملك ثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع قال صاحب العناية في شرح هذا الدليل ولان الملك ثبت لكل واحد منهما في النصف وهو غير ممتاز فكان الشيوع وهو يمنع القبض على سبيل الكمال وليس مع الشيوع جواز الهبة الا لذلك واذا ثبت الملك مشاعا وهو حكم التمليك ثبت التمليك كذلك اذ الحكم يثبت بقدر دليله وهذا استدلال من جانب الملك انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال لو كان تقرير الدليل ما حرره الشارح لم قول المصنف رح فيكون التمليك كذلك وقال والظاهر من مساق المصنف رح ان كلا الدليلين استدلال من جانب التمليك انتهى اقول كانه فهم من قول صاحب العناية وهذا استدلال من جانب الملك ان مراده ان هذا الاستدلال تمم بجانب الملك فقط فاورد عليه انه لغا حينئذ قول المصنف رح فيكون التمليك كذلك وليس كذلك بل مراده ان هذا هو الاستدلال هو جانب الملك كما يفصح عنه من الابتداء بقوله من جانب الملك وهذا لا ينافي ان يتفرع عليه كون التمليك ايضا كذلك فيحصل من المجموع تمام الدليل ثم ان قوله والظاهر من مساق المصنف ان كلا الدليلين استدلال من جانب التمليك ممنوع كما لا يخفى على الناظر في الكتاب **قوله** ولو وهب لرجلين دارا لاحدهما نصفها وللآخر نصفها لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح يجوز ولو قال لاحدهما نصفه وللآخر نصفه عن ابي يوسف رح فيه روايتان اعلم ان التفصيل في الهبة اما ان يكون ابتداء من غير سابقة الاجمال او يكون بعد الاجمال فان كان الاول لم يجز بلا خلاف سواء كان التفصيل بالتنصيف او بالتثليث او بالتساوي كالتنصيف وان كان الثاني لم يجز عند ابي حنيفة رح مطلقا اي سواء كان متفاضلا او متساويا وجاز عند محمد رح مطلقا وفرق ابو يوسف رح بين المفاضلة والمساواة ففي المفاضلة لم يجز وفي المساواة جوز في رواية وقد اشار اليه المصنف رح بقوله عن ابي يوسف رح فيه روايتان ثم ان صاحب النهاية جعل المصنف رح ولو قال لاحدهما نصفه وللآخر نصفه عن ابي يوسف رح فيه روايتان تفصيلا ابتدائيا حيث قال ولو فصل ابتداء بالتنصيف من غير سابقة الاجمال بان قال احدهما وهبت لهذا نصف الدار ولهذا نصفها لم يجز بلا خلاف بهذا ذكر في عامة النسخ من الذخيرة والايضاح وغيرهما وذكر في الكتاب عن ابي يوسف رح فيه روايتان انتهى كلامه وقال صاحب العناية بعد ذكر ما ذهب اليه صاحب النهاية ههنا وليس هذا بظاهر لان المصنف رح عطف ذلك على التفصيل بعد الاجمال فالظاهر انه ليس ابتدائيا انتهى اقول يرشد الى ما قال صاحب العناية ان المصنف رح قال ولو قال لاحدهما نصفه وللآخر

باب ما يصح رجوعه وما لا يصح

قال او لو وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها وقال الشافعي رحمه الله لا رجوع فيهما لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته كالوالد فيما يهب لولده ولنا قوله عليه السلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي يعوض والعقل يقتضي ما يضاد شبه الهبة الا ترى ان على اصله لا يتم التمليك لكونه تبرعا وله ولنا قوله عليه السلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي يعوض

ولم يقبل ولو وهب لاحدهما نصفه وللآخر نصفه او لو كان مراده العطف على اول المسئلة الاولى لكانت المسئلة الثانية مسئلة مستقلة مبتدأة فيجب ان يقول ولو وهب بدل ولو قال كما في سائر مسائل الهبة ولما قال ولو قال علم ان مراده العطف على ما في آخر المسئلة الاولى من التفصيل الواقع بعد الاجمال فيكون الفرق بين المسئلتين لوقوع التفصيل بعد الاجمال في الاولى بطريق المفاضلة وفي الاخرى بطريق المساواة

باب الرجوع في الهبة لما كان حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له بلا عوض لازم حتى يصح الرجوع احتاج الى بيان مواضع الرجوع وموانعه وبذا بابه **قوله** واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها قال صاحب النهاية بذا اللفظ يحتاج الى الفيود اي اذا وهب هبة للاجنبي اولذي رحم ليس بمحرم اولذي محرم ليس برحم وسلمها اليه ولم يقترن بها ما يمنع الرجوع من الزوجية والعوض والزيادة وغيرها حالة عقد الهبة فله الرجوع فيها اما بالقضاء او بالرضاء من غير استحباب بل هو مكروه وبين وجه كون هذه القيود محتاجا اليها بما لا مزيد عليه وقال صاحب العناية والمراد بالاجنبي ههنا من لم يكن ذا رحم محرم منه فخرج منه من كان ذا رحم وليس بمحرم كبني الاعمام والاخوال ومن كان له محرما ليس بذي رحم كالاخ الرضاعي وخرج بالتذكير في قوله وهب واجنبي الزوجان ولا بد من قيدين آخرين احدهما وسلمها اليه والثاني لم يقترن من موانع الرجوع شئ حال عقد الهبة ولعله تركهما اعتمادا على انه يفهم ذلك في اثنا كلامه انتهى اقول في قوله وخرج بالتذكير في قوله وهب واجنبي الزوجان خلل فاحش اذ لو قصد بالتذكير في قوله وهب واجنبي اخراج المونث لخرج من هذه المسئلة كل هبة كانت بين الامرأتين وكل هبة كانت بين الامرأتين وكل هبة كانت بين الرجل والمرأة وانما يبقى فيها الهبة التي كانت بين الرجلين ولا يخفى فساد ذلك بل الصواب ان التذكير الواقع في هذه المسئلة ليس لاخراج المونث وانما هو للجري على ما هو المتعارف في امثالها من تغليب الذكور على الاناث كما في خطابات الشرع على ما تقرر في علم الاصول وان الزوجين انما يخرجان من هذه المسئلة ثانيا في القيدين اللذين اعترف الشارح المذبور ايضا بانه لا بد منهما واعتذر عن تركهما بما ذكره وذلك ان لم يقترن من موانع الرجوع شئ حال عقد الهبة اذ لا شك ان الزوجية من جملة تلك الموانع ثم اقول المانع ان يمنع انفهام القيد الاول من ذينك القيدين في اثنا كلام القدوري في مختصره والعهدة في هذه المسئلة على القدوري لانها من مسائل مختصره انتهى قال **قوله** ولنا قوله عليه السلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي لم يعوض لا يقال يجوز ان يكون المراد منه ما قبل التسليم فلا يكون حجة لانا نقول لا يصح ذلك لانه اطلق اسم الهبة على المال وذا لا يكون قبل القبض والتسليم ولانه عليه السلام جعله احق بها وهذا يقتضي ان يكون لغيره فيها احق وذلك انما يكون بعد القبض ولانه لو كان كذلك تخلا قوله ما لم يثب منها عن الفائدة اذ هو احق وان شرط العوض قبله كذا في النهاية والكفاية وهكذا ذكر في العناية ايضا الا الوجه الاول من الوجوه الثلثة المذكورة في الجواب وقد اشار في الكافي ايضا الى تلك الوجوه الثلثة حيث قال ولنا قوله عم الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي لم يعوض والمراد حق الرجوع بعد التسليم لانها لا تكون هبة حقيقة قبل التسليم واضافتها الى الواهب باعتبار انها كانت له كرجل يقول اكلنا خبز فلان انجازوان كان اشتراه منه ولانه اثبت الواهب حقا اغلب من حق الموهوب له ولا يجتمع الحقان وحق الواهب اغلب الا بعد تمام الهبة بالقبض اذ لا حق للموهوب له قبل القبض ولما ثبت هذا الحق الى وصول العوض اليه وذا في حق الرجوع بعد التسليم انتهى اقول في الوجه الاول والثاني من تلك الوجوه بحث اما في الاول فلان عدم صحة اطلاق اسم الهبة على المال حقيقة قبل القبض والتسليم ممنوع فان القبض ليس من اركان عقد الهبة بل هو شرط تحقق حكمه كالتقرير فيما مر فكان خارجا عن حقيقة الهبة ولئن سلم عدم صحة اطلاق اسم الهبة على المال حقيقة قبل القبض فلم لا يجوز اطلاق ذلك عليه مجازا باعتبار

وان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة تثبت ولاية الفسخ عند فواته اذ العقد يقبله والمراد بما روى في سجود السهو ونحوه

مائل اليه كما في بجوار اني اعصر خمرا وقد جوزت اضافتها الى الواهب باعتبار انها كانت له ونحو اليس بابعد من ذاك وامافي الثاني فلانه قد تقرر في علم العربية انه يجوز استعمال افعل مجردا عن معنى التفضيل مؤولا باسم الفاعل او الصفة المشبهة حال كونه عاريا عن اللام والاضافة ومن وسنه قوله تعالى وهو اهون عليه اذ ليس شئ اهون على الله تعالى من شئ فلفظ احق في الحديث المذكور عار عن الامور الثلثة المذكورة فلم لا يجوز ان يعتبر مجردا عن معنى التفضيل فيصير المعنى الواهب حقيق بهبته ما لم تثبت منها فلا يقتضي ان يكون لغيره فيها حق لعم الظاهر الشائع ان يكون صيغة افعل مستعملة في معنى التفضيل لكن المعترض مانع مستند باحتمال ان لا يكون معنى التفضيل مقصودا في الحديث المذكور الذي استدلوا به على جواز الرجوع في الهبة بعد القبض ولا يخفى ان الاحتمال كاف في مقام المنع قادح في مقام الاستدلال على ان لقائل ان يقول لو كان معنى التفضيل مقصودا بالحديث المذكور فصار المراد ان يثبت للواهب في هبته حقا اغلب من حق الموهوب له فيها لما كان الرجوع عنها مكروها ولما قال النبي عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه لان الرجوع ح يصير في حكم تفضيل الفاضل وترجيح الغالب فالوجه تحرير اللاحق في الحديث المذكور عن معنى التفضيل تطبيقا للمقامين وتوفيقا للكلامين فتامل ثم ان بعض الفضلاء قدح في الوجه الثالث ايضا من تلك الوجوه حيث قال هذا يجر الى القول بمفهوم الغاية وقد نفاه الشارح يعني صاحب العناية اقول صرح المحقق التفتازاني في التلويح في باب المعارضة والترجيح بان مفهوم الغاية متفق عليه فكيف ينفيه الشارح المذكور **قوله** ولان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فيثبت ولاية الفسخ عند فواته اذ العقد يقبله قال صاحب العناية في تعليل قوله ان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة لان العادة الظاهرة ان الانسان يهدي الى من فوقه ليصونه بجاهه الى من دونه ليخدمه والى من يساويه ليعوضه انتهى وقال بعض الفضلاء المفهوم من هذا التقرير خلاف المدعى حيث خص التعويض بالمتساويين والمدعى كان اعم انتهى وقد سبقه الى هذا الدخل الشارح العيني حيث قال بعد نقل كلام صاحب العناية قلت فعلى هذا ليس للرجوع الا في الثالث ومع هذا الرجوع في الكل مالم يعوض انتهى اقول يمكن توجيه ما ذكر في العناية بان المراد بالتعويض في قوله لان المقصود بالعقد هو التعويض ما يعم التعويض في قوله والى من يساويه ليعوضه هذا التعويض المالي وبالتعويض في قوله ان المقصود بالعقد هو التعويض ما يعم التعويض بالصيانة وبالخدمة وبالمال فالمخصوص بالمتساويين هو التعويض المالي واما التعويض المطلق فيوجد في الاعلى والادنى والمساوي والتعليل المذكور يشمل الصور الثلث فلا ضير لكون المدعى اعم فانه يدل على جواز الرجوع في الكل مالم يعوض تامل تفهم واعلم ان صاحب العناية ليس بمنفرد في ذلك التقرير بل سبقه اليه صاحب النهاية وغيره فقال في النهاية توضيحه ان المقصود من الهبة للاجانب العوض والمكافاة لان الانسان يهدي الى من فوقه ليصونه بجاهه والى من دونه ليخدمه والى من يساويه ليعوضه ومنه يقال الايادي فروض انتهى ثم ان صاحب التسهيل اعترض على اصل هذا الدليل حيث قال اقول على هذا التعليل لو قيد بنفي العوض ينبغي ان يمتنع الرجوع لانه ظهر ان العوض ليس بمقصود ولكن قوله عليه السلام مالم يعوض يدل على جواز الرجوع وان قيد بنفي العوض انتهى اقول يمكن ان يجاب عنه بانا لا نسلم ظهور ان العوض ليس بمقصود عند التقييد بنفي العوض فان التعويض من الموهوب له ليس بايجاب الواهب اياه والتماسه بل بسبب مروة الموهوب له وجرى العادة على التعويض ونفي الواهب التعويض لا يفوت ذلك بل ربما يكون نفسه اياه سببا ليجان مروة الموهوب له فيجوز ان تقصد الواهب بنفيه اياه ذلك المعنى ولئن سلمنا ظهور ذلك فنقول الوجه المذكور علة توجيه لا بانا نرجح الحكم وذلك لا يستلزم الاطراد في كل صورة كما قالوا مثل هذا في الوجه الثاني من وجهي عدم جواز هبة المشاع فيما يقسم فيما مر فتدكر

فانه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا وقوله في الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم اما الكراهة فلازمة لقوله عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه وهذا استقباحه ثم الرجوع مع ما نع ذكر بعضهم ما **فقال** الا ان يعوضه عنها لحصول المقصود او بزيادة متصلة لانه كرجوعه الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولعدم الزيادة لعدم دخولها تحت العقد **قال** او بموت احد المتعاقدين لان تمام الموهوب له ينتقل الملك الى الورثة فصار كهما او انتقل في حال حياته واذا مات الواهب فوارثه اجنبي عن العقد وهو ما اوجبه ويخرج الهبة عن ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه فلا ينقضه وانه يتحول الملك بتحول سببه

قوله لانه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا اى باعتبار الظاهر وان لم يكن رجوعا في الحكم كذا في الكافي وعامة الشروح وقال بعض الفضلاء بل شراء اضرابا عن قولهم وان لم يكن رجوعا في الحكم اقول ليس هذا الصحيح لان المراد تملك الولد ههنا تملكه بطريق الاتفاق على نفسه لا بطريق الشراء لان الشراء مما لا مساس له بالهبة فلا يناسب تاويل الحديث المذكور قطعا ولان قولهم للحاجة تعين الاول لعدم الاحتياج الى الحاجة في تملكه بالشراء على انهم صرحوا بالاول حيث قال في البدائع فانه يحل له اخذه من غير رضى الولد ولا قضاء القاضي اذا احتاج اليه للانفاق على نفسه انتهى وقال في الكفاية من شروح هذا الكتاب فانه لينتقل بالرجوع فيما يهب لولده عند احتياجه الى ذلك للانفاق على نفسه انتهى الى غير ذلك من المعتبرات **قوله** وقوله في الكتاب فله ان يرجع لبيان الحكم اما الكراهة فلازمة لقوله عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه وهذا استقباحه قال الشارح العيني قيل قد استدل المصنف رح على كراهة الرجوع بهذا الحديث الصحيح ثم يشترطون في جوازه الرضا او القضاء فاذا كان الرجوع بالرضا فلا كلام فيه ولا اشكال واما اذا كان بالقضاء فكيف يسوغ للقاضي الاعانة على مثل هذه المعصية وكيف يكون اعانة على المعصية التي هي معصية اخرى منتجة للجواز واذا كان الرجوع قبل القضاء غير جائز فبعده كذلك لان قضاء القاضي لا يحلل الحرام ولا يحرم الحلال وانما قضاء القاضي اعانة لصاحب الحق على وصوله الى حقه فاذا كان الرجوع في الهبة لا يحل لا يصير بالقضاء حلالا وقد اعترف المصنف رح بعد ذلك بان في اصل الرجوع في الهبة وهاء فكيف يسوغ للقاضي الاقدام على امر مكروه انتهى كلامه اقول هذا الاشكال انما نشا من عدم الوقوف على ان محل القضاء فيما نحن فيه ماذا فان الذي كان مكروها انما هو نفس الرجوع عن الهبة لا جواز الرجوع عنها والذي يكون محلا للقضاء انما هو جواز الرجوع عنها لا نفس الرجوع فان القاضي لا يقول للواهب في حكمه عند المترافع مع الموهوب له ارجع عن هبتك بل يقول لك الرجوع عنها مع كراهة فيه وليس في قضائه هذا اعانة على امر مكروه بل فيه اجراء حكم شرعي على اصل اثبتناه وهو جواز الرجوع عن الهبة مع كراهة فيه فان رجع الواهب عنها بعد ذلك كان مرتكبا للمكروه بطوع نفسه لا باعانة القاضي عليه وان امتنع الموهوب له بعد ذلك عن دفعها اليه يلزمه للقاضي دفعها اليه وليس فيه ايضا الزام المكروه لان دفع الهبة الى الواهب ليس بمكروه بل هو واجب على الموهوب له بعد ان رجع الواهب عنها بلا مانع عن الرجوع وان كان نفس الرجوع مكروها ثم ان القاضي لا يحلل الحرام ولا يحرم الحلال ولكن يجعل الضعيف قويا والمختلف فيه متفقا عليه يتعلق حكمه بذلك كما تقرر في موضعه ثم ان الضعيف اذا كان ناشيا من اختلاف العلماء في مسئلة لا يمنع القاضي عن الاقدام على الحكم بها سيما اذا وافق مذهبه وما نحن فيه من هذا القبيل كما ترى فاندفع الاشكال المذكور بحذافيره بهذا ينبغي ان يفهم هذا المقام **قوله** او بزيد زيادة متصلة قال صاحب العناية ولا بد من قيد آخر وهو ان يقال يورث زيادة في قيمة الموهوب انتهى اقول بل من ذلك القيد الآخر بقوله او بزيد زيادة متصلة لان لا يورث ذلك زيادة في قيمة الموهوب نقصان في الحقيقة وان كان في صورة الزيادة كما صرح به قاطبة حتى صاحب العناية نفسه حيث قال فيما بعد واما اشتراط كونها موثرة في زيادة القيمة فلانها لو لم يكن كذلك عادت نقصانا تدبر زيادة صورة كانت نقصانا في المعنى كالاصبع الزائدة مثلا انتهى والظاهر ان الاعتبار للمعنى دون الصورة فلا احتياج الى قيد زائد ولقد احسن صاحب النهاية في البيان ههنا حيث قال ثم اعلم ان المراد من الزيادة المتصلة هو الزيادة في نفس الموهوب بشيء يورث زيادة في قيمة الموهوب كالسمن والجمال اما الوزن الموهوب في نفسه لكن لا يورث تلك الزيادة زيادة في قيمته فهو بمنزلة زيادة حقيقة فلا يمنع الرجوع فانه قد يكون الشيء زيادة صورة نقصانا معنى كالاصبع الزائدة وما اشبه ذلك وقال هذا كله في الذخيرة ثم اقول بقي ههنا شيء وهو انهم صرحوا بان الزيادة الصورية التي لا تورث زيادة في القيمة

قال وان وهب عبدا فقبضه وقبض معه ثوبا وقبضه ثم استحق الثوب او رد بعيب بقضاء او بغير قضاء رجع في العبد ولا يرجع في الثوب لان الثوب هلك على ملك الموهوب له فلا يرجع فيه ولان الثوب لم يدخل في ضمان الواهب فلا يرجع به كما لو وهب عبدا ومات قبل القبض وقوله وكان ذلك قضاء فيهما اشارة الى ان الرد كان بقضاء القاضي وقوله ولا يرجع في الثوب بالنقصان لان الهلاك يقع على الكل فلا يرجع بالبعض كما لو هلك الكل وقوله ولا يرجع في العبد بالزوائد لان الزوائد حدثت على ملك الموهوب له فلا يرجع بها كما لا يرجع بالثوب الهالك وقوله ولا يرجع بقيمة الولد لان الولد حدث على ملك الموهوب له فلا يرجع بقيمته كما لا يرجع بقيمة الثوب الهالك وقوله ولا يرجع بقيمة النقصان لان النقصان حدث على ملك الموهوب له فلا يرجع بقيمته كما لا يرجع بقيمة الثوب الهالك قال وان وهب عبدا فقبضه ثم وهبه من رجل وسلمه اليه ثم رجع الواهب على الموهوب له بقضاء او بغير قضاء فان الموهوب له يرجع على الموهوب له الاول بقيمة العبد لان الرجوع بقضاء القاضي فسخ للعقد من الاصل فكان الموهوب له الاول قابضا العبد من الموهوب له الثاني بالهبة والتسليم فيرجع عليه بقيمته لان الرجوع بغير قضاء بمنزلة الرجوع بقضاء لان الرجوع بغير قضاء لا يتم الا بالرد على الموهوب له الثاني وبالرد عليه يفسخ العقد من الاصل فيرجع بقيمته عليه وقوله لان الرجوع بغير قضاء بمنزلة الرجوع بقضاء اشارة الى ان الرد كان بغير قضاء القاضي وقوله ولا يرجع بقيمة الولد لان الولد حدث على ملك الموهوب له الثاني فلا يرجع بقيمته كما لا يرجع بقيمة الثوب الهالك وقوله ولا يرجع بقيمة النقصان لان النقصان حدث على ملك الموهوب له الثاني

بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا قال واذا تلفت العين الموهوبة فاستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشئ لانه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل فيه والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب للرجوع لا في ضمن غيره قال واذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في المجلس في العوضين ويبطل بالشيوع لانه هبة ابتداء فان تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب خيار الرؤية وتجب الشفعة لانه بيع انتهاء وقال زفر والشافعي هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعوض في العقد للمعاوضة وهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا

اذا ضعف انتهى وقد نقله عنه كثير من الشراح ههنا ولم يتعرضوا له بشئ ونقله صاحب العناية ايضا وقال وهو خطأ لان هذا المقصور السماعي ليس بخطأ وتخطئته ليس بخطأ خطأ انتهى ولا يذهب على ذي فطانة ان الخطأ ههنا انما هو في كلام صاحب العناية فانه زعم ان الوهب في قول صاحب المغرب وانما هو الوهب بمعنى المقصور الوهاب وليس كذلك قطعا اهل هو على وزن الفعل بفتح الواو وسكون الهاء كالرهب ومن لا يتبين فيه قول صاحب المغرب مصدر والوهب بمعنى رهبا حيث قال وهبا ولو كان بمقصور القال وهابا كما لا يخفى وقد تفطن الشارح العيني لهذا حيث قال وقول صاحب العناية لان هذا المقصور بمعنى رهبا حيث قال وهبا ولو كان بمقصور القال وهابا كما لا يخفى وقد تفطن الشارح العيني لهذا حيث قال وقول صاحب العناية لان هذا المقصور السماعي ليس بخطأ خطأ لان جواز اقتياس السماعي مبني على وجود المقصور حتى يعد والمصدر ههنا على وزن فعل بتسكين العين فمن اين يتأتى الماهية ولكن خطأ صاحب المغرب بوجه آخر حيث قال فصاحب المغرب مصيب من وجه في قوله وانما هو الوهب يعني بتسكين العين ومخطئ من وجه في قوله الوهاب بالمد خطأ لان هذا ايضا مصدر على وزن فعال كما يقال سقى يسقي سقيا على وزن فعل وهذا كذلك وقد قال الجوهري القلى البغض فان فتحت القاف مددت تقول قلاه يقليه قلاء مثل وقلاه يقليه قلى مثل وقلاه انتهى كلامه اقول خطأ هذا الشارح ايضا في تخطية صاحب المغرب لان كون الوهاب على وزن بعض المصادر لا يقتضي ان يكون نفسه ايضا مصدرا اذ قد تقرر في علم الادب ان مصدر الثلاثي سماعي لا يثبت بالقياس فمجئ القلاء مصدرا من قلاه يقليه كما ذكره الجوهري لا يقتضي ان يكون الوهاب ايضا مصدرا من وهابي فان الاول مسموع دون الثاني وقول صاحب المغرب الوهاب بالمد خطأ بناء على انه غير مسموع فلا غبار فيه على ان تخطئته اياه في قوله الوهاب بالمد خطأ بناء على تصويبه اياه في قوله وانما هو الوهب لان في قوله هذا قصر مصدر وهب يهب على الوهب بتسكين العين فكون الوهاب ايضا مصدرا منه يدانيه في ذلك قطعا ثم ان صاحب الكافي ومن اخذ منه ومن الشراح كصاحبي الكفاية ومعراج الدراية استدلوا على مسئلتنا هذه بدليل آخر غير مذكور في الكتاب حيث قالوا ولان الرجوع فسخ العقد فلا يصح الا من له ولاية عامة وهو القاضي او منهما ولاية على انفسهما كالرد بالعيب بعد القبض انتهى اقول فيه نظر اما اولا فلانه منقوض بفسخ العقد في البيع الفاسد اذ قد مر في فصل احكام البيع الفاسد من كتاب البيوع ان المشتري اذا قبض المبيع في البيع الفاسد باذن البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته ثم ان لكل واحد من المتعاقدين فيه فسخ العقد قبل القبض وكذا بعده ان كان الفساد في صلب العقد ولمن له الشرط ان كان بشرط زائد فصح فسخ العقد هناك من احدهما بدون رضى الآخر ولا انتقاض به فصار الدليل المذكور منقوضا به بل هو منقوض ايضا بسائر العقود الغير اللازمة لان كل واحد من المتعاقدين تمكن من فسخها باعتبار ما كما صرحوا به في مواضعها واما ثانيا فلان قولهم كالرد بالعيب بعد القبض ليس بسديد اذ الحق هناك للمشتري في وصف السلامة لا في الفسخ والحق ههنا للواهب في نفس الفسخ كما صرحوا به فيما سياتي وفرقوا بينهما بهذا الوجه فلا يقتضي عدم انفراد المشتري هناك بالفسخ عدم انفراد الواهب ههنا به فلا يتم القياس ولا التشبيه تدبر

قوله بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا قال صاحب العناية في تعليل قوله لا في الفسخ لان العيب لا يمنع تمام العقد فاذا كان العقد تاما لم يقبض الفسخ انتهى اقول فيه بحث لانه ان اراد انه اذا كان العقد تاما لم يقبض ثبوت الفسخ بالفعل البتة فهو ممنوع مسلم ولكن الكلام في حق الفسخ لا في ثبوت الفسخ بالفعل لا يتم التقريب وان اراد انه اذا كان العقد تاما لم يقبض ثبوت حق الفسخ فهو ممنوع الا ترى ان عقد الهبة يتم بالقبض بعد الايجاب والقبول ومع هذا يقتضي ثبوت حق الفسخ بموجب قوله عليه السلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها ولفوات المقصود وهو العقد عادة عند عدم التعويض منها كما تقرر فيما مر فلم لا يجوز ان يثبت للمشتري ايضا حق الفسخ عند تحقق العيب بناء على فوات مقصوده وهو سلامة المبيع فالاظهر في تعليل ذلك ان يقال لان البيع عقد لازم من المعاوضات فيمتنع ان يقتضي ثبوت حق الفسخ لاحد المتعاقدين لكونه مناقضا للزوم العقد

ولنا انه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما امكن عملا بالشبهين وقد امكن لان الهبة من حكمها ناجز الملك في القبض وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما بخلاف بيع نفس العبد منه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح مالكا لنفسه **فصل قال** ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وهذا هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع والاجارة والرهن لانها تبطل بها ولو اعتقها فاذا بطنها تم وهبها جازت لانه لم يسق الجنين على ملك المكاتب شيئا لاستثناء ولو دبرها وبطنها تم وهبها لم يجز لان الحمل باق على ملكه فلم يكن شبيها بالاستثناء

بخلاف عقد الهبة فانه عقد تبرع غير لازم فلا ينافيه ثبوت حق الفسخ لاحد المتعاقدين **قوله** ولنا انه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما امكن عملا بالشبهين وقد امكن قال صاحب العناية في تقرير هذا الدليل ولنا انه اشتمل على جهتين جهة الهبة لفظا وجهة البيع معنى وامكن الجمع بينهما وكل ما اشتمل على جهتين امكن الجمع بينهما وجب اعمالهما لان اعمال الشبهين ولو بوجهين اولى من اعمال احدهما انتهى اقول فيه مناقشة وهي ان قوله لان اعمال الشبهين ولو بوجه اولى من اعمال احدهما ليفيد الوجوب اعمال الشبهين والمدعى وجوب اعمالهما كما ترى فالتقريب ان يمكن وجعلها بعناية فتامل

فصل لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة نوع من التعلق وصارت بمنزلة مسائل شتى ذكرها في فصل على حدة **قوله** ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة قوله هذا الدليل الا الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا والعقد لا يرد على الاوصاف مقصودا حتى لو وهب الحمل لا غير لا يصح فكذا اذا استثنى على ما مر في البيوع فاذا لم يكن الاستثناء صالحا لان ينقلب شرطا فاسدا لان اسم الجارية يتناول الحمل تبعا لكونه جزءا منها فلما استثنى الحمل كان الاستثناء مخالفا لمقتضى العقد وهو معنى الشرط الفاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الملك في باب الهبة معلق بفعل حسي وهو القبض والقبض لا يفسد بالشروط وانما يؤثر الشروط في العقود الشرعية هذا زبدة ما في الشروح وذكر صاحب الكفاية دليلا آخر على بطلان الاستثناء بعد ان ذكر ما في الكتاب حيث قال ولان الاستثناء تصرف في اللفظ فلا يعمل الا في الملفوظ والحمل جزء من اجزائها فيكون في حكم الاوصاف واللفظ يرد على الذات لا على الاوصاف فلا يصح استثناؤه انتهى اقول فيه بحث اذ لو صح هذا الدليل لدل على بطلان استثناء الحمل في الوصية ايضا بجريانه فيها بعينه وليس كذلك قطعا على ما مر جوابه قاطبة وسيأتي في وصايا هذا الكتاب ان من اوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد بالوصية صح افراده ولانه يصح افراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه منه انتهى وقال في الكافي فان قيل اذا لم يتناوله اللفظ فينبغي ان لا يصح الاستثناء لانه تصرف في اللفظ قلنا كفى لصحة التصرف تبرير كما في استثنا بليس على ان صحته لا يقتضي التناول اللفظي بدليل صحة استثناء قفيز خلة من الف درهم انتهى فيدل ذلك على عدم صحته ما في الكفاية هنا ولو ليس الفرق هنا بين الحمل وبين الصوف على ظهر الغنم واللبن في الضرع فاذا وهب لرجل ما على ظهر الغنم من الصوف او ما في الضرع من اللبن او مر مختصر الوقاية وحلب اللبن وقبض الموهوب له ذلك فانه جائز استحسانا وفي الحمل لا يجوز واجيب بان ما في البطن ليس بمال اصلا ولا يعلم وجوده حقيقة بخلاف الصوف واللبن وبان اخراج الولد من البطن ليس اليه فلا يمكن ان يجعل في ذلك نائبا عن الواهب بخلاف الجز في الصوف والحلب في اللبن كذا في الشروح وغيره في النهاية الى المبسوط اقول في كل من وجهي الجواب المذكور نظر اما في وجهه الاول فلان ما في البطن لو لم يكن مالا اصلا او لم يعلم وجوده حقيقة لما صح اعتاقه وتدبيره وايلاؤه وقد صح كل منها على ما نصوا عليه في مواضعه ويدل على صحة الاولين منها الآيتان بهذا دون الاخيرين فانهما تدلان على صحة اعتاقه وتدبيره وايلائه ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز وقوله ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز واما في وجهه الثاني فلان كون اخراج الولد ليس اليه انما يقتضي عدم صحة الهبة فيما اذا امره ليقبض الحمل في الحال واما فيما اذا امره ليقبضه بعد الولادة فلا اذ يمكن له حينئذ ان يقبضه بعد الولادة احالة بمؤونة الغناء عن الواهب وبهذا يعلم ما في قول بعض الشراح ان قال لبعض اصحابنا ان امره في الحمل ليقبضه بعد الولادة فقبض يجوز استحسانا كما في الصوف واللبن على ما ذكروه صاحب العناية في اول الجواب المذكور وقال ولكن الاصح انه لا يجوز في الحمل اصلا لان ما في البطن ليس بمال الى آخره ثم اقول على فرض ان يكون الجواب المذكور وجيها سالما عما ذكرناه ولا يندفع

ولا يمكن قبض الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع او هبة شيء هو مشغول بملك المالك فان وهبه له على ان يرده عليه او على ان يقتلها او يتخذها ام ولد او وهبه دارا او تصدق عليه بدار على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل لان هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها الا ترى ان النبي عليه السلام اجاز العمرى وابطل شرط العمر بخلاف البيع لانه عليه السلام نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى الربوا وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات

به السؤال المذكور لان مورد ذلك السؤال قول المصنف والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وقفا على ما بيناه في البيوع وحاصله ان الصوف على الظهر الغنم واللبن في الضرع ايضا من اوصاف الحيوان كالحمل على ما قرر في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع فما الفرق بين الحمل وبين الصوف واللبن حتى يصح الهبة فيما دون الحمل والجواب المذكور انما يفيد الفرق بين الفصلين من حيثية اخرى وهذا لا يجدي شيئا يندفع به مطالبة الفرق بينهما من الحيثية المذكورة في الكتاب فلا تتم المطلوب **قوله** ولا يمكن قبضه الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع او هبة شيء هو مشغول بملك المالك فان قيل هب انها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهبة جائزة اجيب بان عرفية الانفصال في ثاني الحال ثابتة لا محالة فانزل منفصلا في الحال مع ان الجنين لم يخرج من ملك الواهب فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة كذا في العناية اخذا من النهاية اقول ليس الجواب بسديد اما اولا فلانه لو جعل الحمل منفصلا في الحال بناء على كونه في عرفية الانفصال في ثاني الحال كان في حكم المقرر المقسوم لا في حكم المشاع المحتمل للقسمة فكان اولى بجواز هبته فلا تتم التقريب واما ثانيا فلانه لا يلزم من عدم خروج الجنين عن ملك الواهب كونه في حكم مشاع يحتمل القسمة اذ لا شك ان احتمال القسمة وعدم احتمالها لا يدوران على الدخول في الملك والخروج عنه بل على عدم اضرار التبعيض واضراره كما عرف فيما مر فلم تتم قوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة نعم يلزم من عدم خروج الجنين عن ملك الواهب كون الجارية الموهوبة مشغولة بملكه كما في هبة الحمل الذي في بطن الواهب ولكنه امر وراء احتمال القسمة فان قلت المراد بقوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة فكان من قبيل هبة مشغول بملك الواهب لانه كان مشاعا يحتمل القسمة حقيقة ولهذا قال فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة ولم يقل فكان مشاعا يحتمل القسمة ويرد عليه ان صاحب النهاية قال بعد قوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة كما في هبة الحمل والجنين وفيه لطعام الواهب لم يصح الهبة لان هبة ما هو مشغول بملك الواهب بمنزلة الشيوع في الهبة حكما لوجوب احتياط الملاك في الصورتين جميعا انتهى قلت مورد وصل السؤال قول المصنف فبقي هبة المشاع لا قوله او هبة شيء هو مشغول بملك الواهب وما ذكرته انما يصلح توجيها للثاني دون الاول فلا تتم الجواب تامل تنقف ثم ان صاحب العناية بعد ان ذكر السؤال والجواب المزبورين قال وكان المصنف لما استشعر هذا السؤال اردفه بقوله او هبة شيء مشغول بملك الواهب فهو كما اذا وهب الجارق وفيه لطعام الواهب فذلك لا يصح كهبة المشاع انتهى اقول فيه ركاكة ظاهرة لان الجواب المزبور ان كان مقبولا عنده فاستشعار السؤال المفهوم لا يستقيم اراد ان الوجه الاول بشيء آخر ليكون ذلك السؤال مندفعا عن الوجه الاول غير وارد عليه وان لم يكن مرضيا عنده كان عليه بيان خلله ولم يبينه فتدبر فقط **قوله** او وهب له دارا او تصدق عليه بدار على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل قال صاحب النهاية هذا على طرق الالف والنشر والاصح اعني ان قوله على ان يرد عليه شيئا متصل بقوله او وهب دارا وقوله او يعوضه شيئا منها متصل بقوله او تصدق عليه بدار وانما قلنا هذا لانه لو وصل قوله او يعوضه شيئا منها بقوله او وهب دارا كان هبة بشرط العوض والهبة بشرط العوض صحيح كما مر وانما يصح اشتراط العوض في الصدقة لا في الهبة وذلك انما يكون ان لو كان اشتراط التعويض موصولا بقوله او تصدق عليه بدار اللهم الا ان اراد بقوله او يعوضه شيئا منها او يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار فصح حينئذ صرف قوله او يعوضه شيئا منها الى قوله او وهب دارا الا انه يلزم التكرار المحض من غير فائدة تشفي بقوله على ان يرد عليه شيئا منها انتهى كلامه وقد تفشى اثره صاحب معراج الدراية كما هو دابه في اكثر المواضع اقول فتحرير ما تقرر اذا لا يذهب على ذوي فطرة سليمة ان معنى قوله او يعرضه شيئا منها سيما بعد قوله على ان يرد عليه شيئا منها انما هو ان يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بالطريق العوض عن كل الدار والمعنى الآخر محالا يساعده اللفظ الا بتعسف بعيد فهو ان يرجع ضمير منها في قوله او يعوضه شيئا منها الى الدار

قال ومن كان له على آخر الف درهم فقال اذا جاء غد فهي لك او انت بريء منها او قال اذا ادیت الي النصف فلك النصف او انت بريء من النصف لما في فهو باطل لان الابراء تمليك من وجه اسقاط من وجه وهبة الدين من عليه ابراء وهذا لان الدين مال من وجه ومن هذا الوجه كان تمليكا ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان اسقاطا وهذا تبرع تام بالرد ولا يتوقف على القبول

غير مذكور ههنا اصلا كلفظ الاعواض فيصير المعنى او يعوضه شيئا من الاعواض لا مر الدار فاستبعد ارادة المعنى الاول كما يشعر به لفظ اللهم في قولهما اللهم الا ان اراد بقوله او يعوضه شيئا منها ان يريد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار مما لا يخفى بالنظر الى نفس عبارة الكتاب ثم ان هذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير ولفظ جامع الصغير في هذه المسئلة قطع في المعنى الاول فانه قال فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في الرجل يهب للرجل هبة او يتصدق عليه بصدقة على ان يرد عليه ثلثها او ربعها او يعوضه ثلثها او ربعها قال الهبة جائزة ولا يرد عليه ولا يعوضه شيئا منها الى ههنا لفظه ولا شك ان ثلث الدار وربعها بعض منها فاستبعد ارادة ذلك المعنى بل تجويز ارادة معنى آخر بالنظر الى لفظ جامع الصغير الذي هو ماخذ عبارة الكتاب خطأ ظاهرا لكن بقي في لزوم التكرار وسنذكر ما يتعلق به وكان الامام الزيلعي تنبه لمساحة الاستبعاد التي لحم الشعر به لفظ اللهم الواقعة في كلام الشارحين المذكورين حيث غير في شرح الكنز اسلوب تحريرها فقال وقوله او يعوضه شيئا منها فيه اشكال فانه ان اراد به الهبة بشرط العوض فهي والشرط جائز ان فلا يستقيم قوله لبطل الشرط وان اراد به ان يعوضه عنها شيئا من العين الموهوبة فهو تكرار محض لانه ذكره بقوله او على ان يرد عليه شيئا منها انتهى كلامه اقول ولو اطلع على اصل هذه المسئلة وهو ما ذكره في الجامع الصغير لترك الترديد الفاسد بل قصر على الشق الثاني فلا كان ذلك نصا في هذا الشق كما نبهت عليه آنفا ثم ان صاحب العناية كانه قد اطلع على اصل المسئلة ايضا حيث لم يعترض الشق الاول اصلا بل ساق كلامه على ان تقدير الشق الثاني ولا يلزم التكرار فقال ولا يتوهم التكرار في قوله على ان يرد عليه شيئا او يعوضه لان الرد عليه لا يستلزم كونه عوضا فان كونه عوضا انما هو بالفاظ تقدم ذكرها انتهى اقول فيه ما فيه اذ لا نظر لان الرد عليه وان لم يستلزم التعويض البتة لم يخصص به الا انه يشمل ذلك ويعمه اذ التصدق على كل شيء من الدار الموهوبة اعطاء الموهوب له الواهب عنها عن كل الدار انه مردود على الواهب فكان قوله على ان يرد عليه شيئا منها منبئا عن قوله او يعوضه شيئا منها فلم يكن في ذكر الثاني فائدة وهذا مراد من ادعى لزوم التكرار على تقدير كون قوله او يعوضه شيئا منها مقدرا ايضا الى الهبة دون التصدق وليس مراده على ما لزم ولا يجدي في المفهوم او في الصدق بين القولين المزبورين على ذلك التقدير حتى يفيد ما ذكره صاحب العناية قال صدر الشريعة في شرح الوقاية في هذا المقام رائحة في بعض الحواشي ان قوله او يعوضه شيئا منها يرجع الى التصدق فانه اذا تصدق بشرط العوض بطل الشرط واذا وهب بشرط العوض فالشرط صحيح اقول اذا وهب بشرط ان يعوض شيئا فالشرط باطل وشرط العوض انما يصح اذا كان معلوما فعلم ان قوله او يعوضه يرجع الى الهبة والصدقة الى ههنا كلامه وهو التوجيه الذي ذهب اليه صدر الشريعة فخالف ما اراده وانفع هذه المسئلة فان فاتحها الامام محمد رحمه الله تعالى وموضعها الجامع الصغير ولفظه فيه او يعوضه ثلثها او ربعها ولا يخفى ان ثلث الجارية وربعها امر معين معلوم فكان وضع المسئلة فيما اذا كان العوض معلوما الا ان مشائخنا المصنفين لما قصدوا الاجمال غيروا عبارة الجامع الصغير في هذه المسئلة فقالوا او يعوضه شيئا منها فلفظ شيئا من كلامهم لا من كلام الواهب حتى يتوهم اشتراط العوض المجهول ثم ان بعض العلماء رد على صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال فيه كلام وهو ان المفهوم من هذا القول انه اذا وهب بشرط ان يعوضه شيئا معينا من الموهوب يصح الشرط لان العوض معلوم مع انه ليس كذلك اذ قد صرح في غاية البيان بانه اذا وهب دارا وجعلها بشرط ان يعوض بيتا معينا منها او درهما واحدا من تلك الدراهم يصح الهبة والشرط فاسد لان بعض الهبة لا يصلح ان يكون عوضا والمواهب ان يرجع في هبته لانعدام العوض وقال ذلك البعض ومن هذا الظهر فساد ما في بعض الحواشي ايضا كما لا يخفى انتهى اقول كلامه ناش من عدم تحقيق المقام وفهم المرام فان مدار ما اراده صدر الشريعة في بعض الحواشي وما ذكره نفسه في رد ذلك على ان يكون المراد بالتعويض في قوله او يعوضه شيئا منها هو التعويض بعوض خارج عن العين الموهوبة فالمفهوم مما ذكره صدر الشريعة ومما ذكر في بعض الحواشي انما هو كون شرط العوض لعين الخارج عن العين الموهوبة صحيحا والامر كذلك بلا ريب ومما ذكر

والتعليق بالشرط يخص الاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعلق بها قال والعمرى جائزة للعمر لحال حيوته ولورثته من بعده لما روينا ومعناه ان يجعل داره له مدة عمره واذا مات رجعت اليه فصح التمليك ويبطل الشرط لما روينا وقد بينا ان الهبة لا تبطل بالشرط الفاسد والرقبى باطلة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله جائزة لان قوله داري لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى ولهما انه عليه السلام اجاز العمرى وابطل الرقبى ولان معنى الرقبى عندهما ان مت قبلك فهو لك والا فهو لي فكان تعليقا للتمليك بالخطر فبطل واذا لم تصح تكون عارية عندهما لانه يفيد اطلاق الانتفاع به فصل في الصدقة قال الصدقة كالهبة تصح الا بالقبض لانها تبرع كالهبة فلا تجوز فيشتاع يحمل القسمة لما بينا في الهبة ولا رجوع في الصدقة لان المقصود هو الثواب وقد حصل كذلك اذا تصدق على غني يستحسنه لانه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب وقد حصل كذلك اذا وهب لغني قال ومن تصدق بصدقة ثم بدا له ان يتصدق بها على غير الذي تصدق عليه اول كان له ان يفعل ذلك لان الاول لم يستوجب بالتصدق عليه شيئا فله ان يتصدق بها على من شاء وقد ذكرنا وجه هذا القول

في غاية البيان بل في عامة المعتبرات هو انه اذا شرط الواهب ان يعوضه بعضا من العين الموهوبة تصح الهبة وتفسد الشرط وهذا ايضا امر مقرر الا عند زفر ولكن كون الشرط صحيحا في هذه الصورة ليس بمسلم مما ذكره صدر الشريعة ولا مما ذكر في بعض الحواشي فلا يرد على شيء منها ما توهمه ذلك البعض نعم يرد على مدار ما انه مما لا يساعده اللفظ اصلا في اصل وضع هذه المسئلة كما نبهت عليه فيما مر ولكنه كلام آخر فليتأمل جدا فان تحقيق هذا المقام على هذا المنوال والتدقيق فيما صدر عن القوم من الاقوال مما لم يسبق اليه فاشكروا تؤجروا وتوكل عليه قوله والتعليق بالشرط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها قال صاحب العناية هذا اشارة الى ان من الاسقاطات المحضة ما لا يحلف بها كالحجر على المأذون وعزل الوكيل والابراء عن الدين منها انتهى اقول في قوله والابراء عن الدين فيها خبط ظاهر اذ قد مر آنفا ان الابراء تمليك من وجه اسقاط من وجه فكيف يكون من الاسقاطات المحضة وكانه غفل عن قيد المحضة وهذا اعجب منه قوله وقال ابو يوسف رح جائزة لان قوله داري لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وعند ابي يوسف رح جائزة لان قوله داري لك هبة وقوله رقبى شرط فاسد لانه تعليق بالخطر لان الرقبى مأخوذة من المراقبة وكان مأخوذ من الارقاب وكانه قال رقبة داري لك فصار كالعمرى انتهى اقول في هذه العبارة الثانية بحث اذ على تقدير ان يكون معنى قوله داري لك رقبى هكذا يكون الرقبى مأخوذة من الرقبة رقبة داري لك لا يثبت قوله وقوله رقبى شرط فاسد اذ لا فساد لان يقال رقبة داري لك فتشكر كما مر ولا تتم قوله فصار كالعمرى كما لا يخفى قوله ولان معنى الرقبى عندهما ان مت قبلك فهو لك والا فلي الخ قال صاحب العناية يشير الى ان ابا يوسف رح قال بجواز الا بهذا التفسير بل بتفسير آخر وهو ان يجعلها من الرقبة كما ذكرنا وقيل عليه ان اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به احد وابداع الشيء في اللغة بعد استقرارها اجل مما عنه مندوحة ليس بمستحسن الى هنا كلامه اقول لا اشكال ان المشار اليه بقوله المذكور الى ان ابا يوسف رح قال بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر ولكن ليس مراده بتفسير آخر ما ذكره الشارح المزبور وهو ان يجعلها من الرقبة حتى يتجه عليه ان اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به احد بل مراده بذلك ما بينه علي صاحب الكافي وجمهور الشراح تبعا لهم وحاصل الاختلاف بينهم راجع الى تفسير الرقبى مع اتفاقهم انحاء من المراقبة فحمل ابو يوسف رح هذا اللفظ على انه تمليك للحال مع انتظار الواهب في الرجوع فالتمليك جائز وانتظار الرجوع باطل كما في العمرى وقالا المراقبة في نفس التمليك لان معنى الرقبى هذه الدار لآخرنا موتا كانه قال اراقب موتك وتراقب موتي فان مت قبلك فهي لك وان مت قبلي وهبتها لك فكان هذا تعليق التمليك ابتداء بالخطر وهو موت المالك قبله وذا باطل انتهى قولهم فعلى هذا الا يتجه عليه اصلا ما ذكره صاحب العناية بقوله وقيل عليه ان اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به احد الى آخره كما لا يخفى ثم ان صاحب غاية البيان قال في هذا المقام وعندي قول ابي يوسف رح اصح اذ في غاية ما في الباب ان يقال الشرط فاسد ولا يلزم من فساد الشرط فساد الهبة لان الهبة كما تبطل بالشروط الفاسدة كما في العمرى انتهى اقول فيه نظر لان الهبة انما تبطل بالشروط الفاسدة اذا لم يمنع الشرط ثبوت التمليك ابتداء واما اذا منع ذلك فلا محال لان لا يقبل الهبة بالضرورة امتناع تحقق الهبة بدون تحقق التمليك وفيما نحن فيه يمنع الرقبى ثبوت التمليك ابتداء على تفسيرهما ايا ما كما تحققته آنفا ويؤيد هذا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وصح العمرى للعمر له حال حيوته ولورثته من بعده ولو قال داري لك رقبى او حبس فهو باطل عند ابي حنيفة رح ومحمد خلافا لابي يوسف رح والاصل ان الشرط في الهبة اذا كان يمنع ثبوت الملك للحال يمنع صحة الهبة وان كان لا يمنع ذلك صح الهبة ويبطل الشرط ثم تفسير العمرى ان يقول جعلت هذه الدار لك عمرك فاذا مت فهي لورثتي فيصح الهبة لان هذا الشرط لا يمنع اصل التمليك وتفسير الحبس ان يقول هي حبيس عندك فان مت فهي لك وتفسير الرقبى ان يقول هذه الدار لآخرنا موتا وهي من المراقبة لان كل واحد منهما يراقب موت صاحبه كانه يقول اراقب موتك وتراقب موتي فان مت فهي لك وان مت فهي باطلة لان هذا الشرط يمنع ثبوت الملك للحال الى هنا كلامه فتأمل جدا قاله صاحب العناية

کتاب الاجارات

الاجارۃ عقد یرد علی المنافع بعوض

کتاب الاجارات

لما فرغ من بیان احکام التملیک الاعیان بغیر عوض وھو الھبۃ شرع فی بیان احکام تملیک المنافع بعوض وھو الاجارۃ وقدم الاولی علی الثانیۃ لان الاعیان مقدمۃ علی المنافع ولان فی الاولی عدم العوض والعدم مقدم علی الوجود ثم لعقد الاجارۃ مناسبۃ خاصۃ بفصل الصدقۃ من حیث انھما یقعان لازمین فلذلک اورد کتاب الاجارات متصلا بفصل الصدقۃ کذا فی الشروح قال صاحب العنایۃ وانما جمعھا اشارۃ الی انھا حقیقۃ ذات افراد فان لھا نوعین نوع یرد علی منافع الاعیان کاستیجار الدور والارافید والدواب ونوع یرد علی العمل کاستیجار المحترفین للاعمال نحو القصارۃ والخیاطۃ وغیرھا انتھی اقول فیہ اختلال لانہ ان اراد بالافراد فی قولہ ذات افراد الاشخاص الخارجیۃ کما ھو المتبادر من لفظ الافراد لم یحصل فائدۃ فی جمعھا اذ لا یحتمل عند احد ان یکون تحقیقتھا فرد واحد شخصی او فردان شخصیان فقط حتی یجمعھا للاشارۃ الی انھا ذات افراد کثیرۃ وعلی ان قولہ فان لھا نوعین لا یطابق المدعی حینئذ کما لا یخفی وان اراد بالافراد فی قولہ المذکور الانواع الکلیۃ لم تتم بیانہ بقولہ فان لھا نوعین الخ او نجبر وتحقق النوعین لھا لا یصح ایرادہ بصیغۃ الجمع علی ما ھو المذھب المختار من کون اقل الجمع ثلاثۃ واما الحمل علی ما ھو المذھب السخیف جدا من کون اقل الجمع اثنین فمما لا ینبغی ان یرتکب ویحمل علیہ کلام المصنف الذی ھو علم فی التحقیق فالحق عندی ان یقال جمعھا اشارۃ الی ان لھا انواعا مختلفۃ نوع یصیر المنفعۃ فیہ معلومۃ بالمدۃ کاستیجار الدار للسکنی ونوع یصیر المنفعۃ فیہ معلومۃ بالتسمیۃ کاستیجار رجل علی خیاطۃ ثوب او خیاطتہ ونوع یصیر المنفعۃ فیہ معلومۃ بالتعیین والاشارۃ کاستیجار رجل لینقل ھذا الطعام الی موضع معلوم وھذہ الانواع الثلاثۃ ھی التی اشیر الیھا فی الکتاب بقولہ والمنافع تارۃ تصیر معلومۃ بالمدۃ وتارۃ تصیر معلومۃ بالتسمیۃ وتارۃ تصیر معلومۃ بالتعیین والاشارۃ علی ما سیاتی تفصیلھا عن قریب

قولہ الاجارۃ عقد علی المنافع بعوض قال بعض الفضلاء ولو قال تملیک المنافع ونحوہ لکان اولی لعدم تناولہ النکاح فانہ لیس تملیکا وانما ھو استباحۃ المنافع بعوض کما صرح بہ الزیلعی بخلاف تعریف الکتاب حیث یشملہ الا ان یقال المراد عقد تملیک بقرینۃ الشھرۃ فلیتامل انتھی کلامہ اقول لیس ھذا ببعید اذ لو قال تملیک المنافع ونحوہ لم یتفاوت الامر فان النکاح ایضا تملیک قطعا لا استباحۃ محضۃ والا لما وجب الاعتیاض عنہ بل لما جاز وقد افصحوا عن ھذا فی اول کتاب النکاح حیث فسروا النکاح فی شرح عامۃ الشروح بل المتون بانہ عقد موضوع لملک المتعۃ وقال المستوفی بالنکاح مملوک لا عاقد بدلالۃ جواز الاعتیاض وبدلالۃ انہ اختص بہ انتفاعا وحجرا وقالوا لا ینعقد النکاح بلفظ الاباحۃ والاحلال لانہ لیس بسبب لملک المتعۃ وذکرہ الزیلعی ھھنا فی شرحہ للکنز من ان النکاح لیس تملیکا وانما ھو استباحۃ المنافع بعوض مناقض لما اجمعوا علیہ فی کتاب النکاح من ان النکاح تملیک حتی ان صاحب الکنز نفسہ صرح فی اول النکاح بانہ عقد یرد علی تملیک المتعۃ قصدا ومخالف لما تقرر عندھم من ان الاعتیاض لا یجوز فی الاباحۃ فان من اباح شیئا فانما یتلفہ علی ملک المبیح وسلم لکن ذلک مما یقتضی بہ ویلتفت الیہ العجب ان ذلک البعض قال بعد کلامہ المزبور ثم اعلم ان ما ذکرہ الزیلعی من قولہ النکاح لیس تملیکا بل ھو اباحۃ مخالف لما سبق فی اوائل کتاب النکاح من انہ سبب لملک المتعۃ ولھذا لا ینعقد بلفظ الاباحۃ انتھی ولا یخفی ان بین کلامیہ تدافعا فان مدار الاول صحۃ ما ذکرہ الزیلعی ومقتضی الثانی فی عدم صحتہ لکونہ مخالفا لما تقرر فیما سبق ثم اقول یمکن ان یقال فی تناول تعریف الکتاب وغیرہ للنکاح ان المصنف قال فی اوائل کتاب النکاح ولا ینعقد النکاح بلفظ الاجارۃ فی الصحیح لانہ لیس بسبب للملک للمتعۃ وقال صاحب الکافی والشراح ھناک وعن الکرخی انہ ینعقد بلفظ الاجارۃ لان المستوفی بالنکاح منفعۃ حقیقۃ وقد سمی اللہ تعالی العوض فی النکاح اجرا بقولہ تعالی فاتوھن اجورھن وھو یشعر بانہ مشاکل للاجارۃ ولنا ان المملوک بالنکاح فی حکم العین حتی لا ینعقد الا مؤبدا والاجارۃ لا تنعقد الا موقتۃ

لان الاجارة في اللغة بيع المنافع والقياس يأبى جوازه لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة واضافة التمليك الى ما سيوجد لا يصح الا انا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الآثار

فبينهما تباين فاذا فسد البيع لا يصح الاستعارة انتهى كلامهم فاذا كان المملوك بالنكاح في حكم العين حتى لم يصح بذلك جعل لفظ الاجارة استعارة للنكاح لم يتناول تعريف الاجارة بانها عقد على المنافع بعوض او بانها تمليك المنافع بعوض او نحو ذلك للنكاح تامل تفطن وقال في غاية البيان وينبغي ان يقال عقد على منفعة معلومة بعوض معلوم الى مدة معلومة حتى يخرج النكاح لان التوقيت يبطله انتهى اقول وهذا ايضا ليس ببعيد اذ على تقدير ان يقال كذلك يخرج من التعريف كثير من الاجارات كما يخرج النكاح فانهم صرحوا بان المنافع في الاجارات تارة تصير معلومة بالمدة كاستيجار الدور للسكنى والارضين للزراعة وتارة تصير معلومة بالتسمية كاستيجار رجل على صبغ ثوب او خياطته وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة كاستيجار رجل لينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم وتعيين المدة انما يجب في القسم الاول من كتاب الاقسام الثلاثة دون القسمين الاخيرين منها فتخرج الاجارات المندرجة تحت هذين القسمين من تعريف الاجارة على الوجه المذكور فتحتاج قطعا قوله لان الاجارة في اللغة بيع المنافع قال الشارح العيني قيل فيه نظر لان الاجارة اسم للاجرة وهي ما اعطيت من كراء الاجير كما صرحوا به قلت قد بينت لك عن قريب الاجارة يجوز ان يكون مصدرا فيستقيم الكلام انتهى اقول النظر المزبور ظاهر الورود لان المذكور في كتب اللغة انما هو ان الاجارة اسم للاجرة لا امر آخر وانما الذي هو بيع المنافع الايجار وقد كان هذا خطر ببالي حتى كتبته في سؤالي من تلقاء نفسي قبل ان ارى ما كتبه غيري واما الجواب الذي ذكره بقوله قلت قد بينت لك عن قريب الى آخره فليس بشيء لان مراده بقوله قد بينت لك عن قريب ان الاجارة يجوز ان تكون مصدرا ما ذكره في صدر كتاب الاجارات بقوله ولا يمتنع ان يكون مصدرا منه كما تقول كتب يكتب كتابة بعد قوله وهو جمع اجارة على فعالة بالكسر اسم للاجر بمعنى الاجرة من اجره اذا اعطاه اجره ولا يذهب عليك ان ذلك لا يجدي شيئا في الجواب عن النظر المزبور اذ قد تقرر في علم الادب ان مصدر الثلاثي سماعي لا قياس فيه فكون الكتابة مصدرا من كتب لا يقتضي كون الاجارة ايضا مصدرا من اجر فان الكتابة سمعت مصدرا من كتب واما الاجارة فلم تسمع مصدرا قط والكلام فيما سمع من اهل اللغة لا في الاحتمال العقلي على انه لو سلم مجيء الاجارة في اللغة مصدرا من اجره اذا اعطاه اجره يجيء الاجر مصدرا منه لم يستقم الكلام ايضا اذ لا يكون الاجارة حينئذ ايضا في اللغة بيع المنافع بل يكون اعطاء الاجر وقد قال المصنف ان الاجارة في اللغة بيع المنافع فلا استقامة ثم ان صاحب الغاية قال ههنا بين المفهوم الشرعي وقبل اللغوي لان اللغوي هو الشرعي بلا مخالفة وهو في بيان شرعيتها فالشرعي اولى بالتقديم انتهى اقول غير بحث لان كون المفهوم الشرعي اولى بالتقديم بناء على انه في بيان شرعيتها انما يقتضي تقديم المفهوم الشرعي على المفهوم اللغوي في جميع المواضع سواء كان المعنى الشرعي موافقا للمعنى اللغوي او مخالفا له مع ان دأب المصنفين عن آخرهم جرى على تقديم بيان المعنى اللغوي على بيان المعنى الشرعي لكون اللغوي هو الاصل المتقدم فالوجه عندي ههنا ان المصنف سلك مسلك الاستدلال على كون الاجارة في الشرع عقدا على المنافع بعوض ولكن لا يلوي الصغرى فكانه قال لان معنى الاجارة في الشرع هو معناها في اللغة ومعناها في اللغة بيع المنافع ولا يخفى ان هذا المسلك لا يقتضي تقديم مفهومها الشرعي بناء على ما اشتهر من تقديم المبنى على الدليل فتدبر فانه وجه حسن قوله الا انا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الآثار قال صاحب الغاية في شرح هذا المحل الا انها جوزت على خلاف القياس بالاثر لحاجة الناس فكان استحسانا بالاثر انتهى اقول في تقرير قوله اذ المتبادر من قوله الا انها جوزت على خلاف القياس بالاثر ومن قوله فكان استحسانا بالاثر ان منحصر دليل شرعيتها في الاثر والا لم يكن فائدة في ذكر قيد الاثر في المصنفين وليس ذلك بمنحصر في الاثر بل الكتاب ايضا دليل عليها كقوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن وكقوله تعالى حكاية عن شعيب عليه السلام اريد ان انكحك احدى ابنتي هاتين على ان تاجرني ثماني حجج وكذا اجماع الامة ايضا دليل عليها

وھی قولہ علیہ السلام اعطوا الاجیر اجرہ قبل ان یجف عرقہ وقولہ علیہ السلام من استاجر اجیرا فلیعلمہ اجرہ و
ینعقد ساعۃ فساعۃ علی حسب حدوث المنفعۃ والدار اقیمت مقام المنفعۃ فی حق اضافۃ العقد الیھا لیرتبط الایجاب
بالقبول ثم عمل یظھر فی حق المنفعۃ تملکا او استحقاقا حال وجود المنفعۃ ولا یصح حتی تکون المنافع معلومۃ والاجرۃ معلومۃ
لما رویناہ ولان الجھالۃ فی المعقود علیہ وفی بدلہ تفضی الی المنازعۃ کجھالۃ الثمن والمثمن فی البیع وما جاز ان یکون ثمنا فی البیع جاز ان
یکون اجرۃ فی الاجارۃ لان الاجرۃ عن المنفعۃ فیعتبر بثمن المبیع وما لا یصلح ثمنا یصلح اجرۃ ایضا کالاعیان فھذا اللفظ لا ینفی صلاحیۃ غیرہ

کما ذکر فی الکافی وغیرہ بخلاف تقریر المصنف کما لا یخفی علی الفطن المتامل **قولہ** وھو قولہ علیہ السلام اعطوا الاجیر اجرہ قبل ان یجف عرقہ قال الشارح
فان الامر باعطاء الاجر دلیل علی صحۃ اقول لقائل ان یقول سیاتی فی باب الاجارۃ الفاسدۃ انہ یجب فیھا اجر المثل او لا نسلم ان الواجب الشرعی
بامور باعطائہ من قبیل الشرع فلم یکن الامر باعطاء الاجر دلیل صحۃ العقد اللھم الا ان یقال وقع الامر فی الحدیث المذکور باعطاء الاجر المضاف الی الاجیر
حیث قیل اعطوا الاجیر اجرہ وذلک یفید کون المراد بالاجر المامور باعطائہ الاجر المسمی للاجیر دون اجر المثل مطلقا والامر باعطاء الاجر المسمی للاجیر
لا یتصور الا فی الاجارۃ الصحیحۃ تبصر **قولہ** وینعقد ساعۃ فساعۃ علی حسب حدوث المنفعۃ والدار اقیمت مقام المنفعۃ فی حق اضافۃ العقد لیرتبط الایجاب
بالقبول قال بعض الفضلاء لا بد ان یتامل فی ھذا المقام فان الانعقاد ھو ارتباط القبول بالایجاب فاذا حصل الارتباط فاقامۃ الدار مقام المنفعۃ
تتحقق الانعقاد فای معنی للانعقاد ساعۃ فساعۃ بعد ذلک انتھی کلامہ اقول جواب ھذا الاستشکال ینکشف مما ذکرہ صاحب غایۃ البیان ھنا حیث
قال والمراد من انعقاد العلۃ ساعۃ فساعۃ فی کلام مشائخنا علی حسب حدوث المنافع ھو عمل العلۃ ونفاذھا فی المحل ساعۃ فساعۃ لا ترتباط الایجاب
بالقبول کل ساعۃ وان کان ظاھر کلام مشائخنا یوھم ذلک ثم قال وفسر بعض مشائخنا علی وجہ آخر فقال اللفظان الصادران منھما مضافین الی
محل المنفعۃ وھو الدار صحا کلاما وھو عقد بینھما اذ العقد فعلھما ولا فعل یصدر منھما سوی ترتیب القبول علی الایجاب ثم الانعقاد حکم الشرع یثبت وصفا
لکلامیھما شرعا والعلۃ الشرعیۃ مغایرۃ للعلل العقلیۃ فانہا یجوز ان ینفک عن معلولاتھا فجاز ان یقال انعقد وجدانہ عبارۃ عن کلامیھما والانعقاد
تراخی الی وجود المنافع ساعۃ فساعۃ بخلاف العلل العقلیۃ فان الانکسار لا یصح انفکاکہ عن الکسر الی ھنا کلام صاحب الغایۃ فکان ذلک لا یستشکل لان
ھذا الکلام اولم یقع بہ وکلا ھما مما لا ینبغی کما لا یخفی ثم ان صاحب العنایۃ جعل قول المصنف والدار اقیمت مقام المنفعۃ الی آخرہ جوابا عن سوال مقدم
حیث قال بعد شرح قولہ وینعقد ساعۃ فساعۃ علی حسب حدوث المنافع فان قیل اذا کان کذلک وجب ان یصح رجوع المستاجر فی الساعۃ الثانیۃ
قبل ان ینعقد العقد فیھا واذا استاجر شھرا مثلا لیس لہ ان یمتنع بلا عذر اجاب بقولہ والدار اقیمت مقام المنفعۃ فی حق اضافۃ العقد لیرتبط
الایجاب بالقبول الزاما للعقد فی المقدار المعین انتھی کلامہ وقد تبعہ الشارح العینی اقول فیہ نظر لانہ ان تحقق انعقاد العقد شیئا فشیئا بذلک المقدار
کلہ بمجرد اقامۃ الدار مقام المنفعۃ فی حق اضافۃ العقد لیرتبط الایجاب بالقبول لم یظھر معنی قولھم وینعقد ساعۃ فساعۃ علی حسب حدوث المنافع
اذ یلزم حینئذ ان تنعقد فی الساعۃ الاولی وھی ساعۃ العقد بالایجاب والقبول وارتباط احدھما بالآخر وان تحقق ذلک الانعقاد بمجرد تلک
الاقامۃ بل حصل ساعۃ فساعۃ علی حسب حدوث المنافع کما ھو الظاھر من کلامھم یرد السوال المقدر المزبور علی قولھم وتنعقد ساعۃ فساعۃ ولا تم
قول المصنف والدار اقیمت مقام المنفعۃ الی آخرہ جوابا عن ذلک السوال بل یحتاج الی جواب آخر کما لا یخفی فالاظھر ان لیس مراد المصنف بقولہ
المذکور الجواب عن السوال المزبور بل مرادہ بہ توجیہ صحۃ العقد فی المنافع المعدومۃ علی اصل ائمتنا کما فصل فی الکافی وسائر الشروح
سیما فی غایۃ البیان فانہ قال فیھا بیان ما قلنا ھو ان العقد لا بد لہ من محل لان المحل شرط صحۃ العقد لان العقد لا یصح بلا محل ولھذا
قال الفقھاء المحال شرط ومحل العقد ھنا ھی المنافع وھی معدومۃ ولا یصلح المعدوم محلا للعقد فجعلت الدار محلا للعقد باقامتھا
مقام المنافع التی ستوجد لان الدار محل المنافع تصحیحا للعقد حتی یرتبط الکلامان وھما الایجاب والقبول احدھما بالآخر علی وجہ یکون ان
علۃ ماسکتہ فی افادۃ الحکم وھو ملک المنافع التی ستوجد انتھی فتدبر **قولہ** وما لا یصلح ثمنا لا یصلح اجرۃ ایضا کالاعیان ای کالاعیان التی

لا بد عوض مالي والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستيجار الدور للسكنى والاصبين لمن راعى صحة العقد على مدة معلومة اى
مدة كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة معلوما اذا كانت المنفعة كذلك تفاوت وقولنا اى مدة كانت اشارة الى ان التأبيد
حال السلطنة اذا قدرت لكونها معلومة وتحقق الحاجة الداعية لان في الاذن بالاجارة الطويلة كذلك دفعا لما ربما يدعى من ان الاجارة

ليست من ذوات الامثال كالحيوان والثياب مثلا فانها اذا كانت معينة يصح ان يكون اجرة كما اذا استاجر دارا بثوب معين وان كان المبيع ثمنا لما تقرر
في البيوع ان الاموال ثلثة ثمن محض كالدراهم وسلع محض كالاعيان التي ليست من ذوات الامثال وما كان منها كالمكيلات والموزونات كذا في الشرح وح
قال صاحب العناية وفيه نظر فان المقايضة بيع وليس فيها الا العينين من الجانبين فلو لم تصلح العين ثمنا كانت بيعا بلا ثمن وهو باطل ويمكن ان يجاب عنه بان النظر
على المثال ليس من ذوات المتباينين فاذا كان الاصل صحيحا جاز ان تمثل بمثال آخر فليمثل بالمنفعة فانها تصلح اجرة اذا اختلف جنس المنافع كما اذا استاجر
سكنى دار بركوب دابة ولا يصلح ثمنا اصلا الى منها كلامه اقول لا انظر شيء ولا الجواب بما انظر فان مراد المصنف بالثمن ههنا ما يجب في الذمة وعن هذا
ترى صاحب الكافي وكثيرا من الشراح يقولون بعد قولهم لان الاجرة عوض مالي فيعتمد وجود المال واما الثمن فهو ما يجب في الذمة فيختص بما ثبت في الذمة
وقد اقتبس منه صاحب العناية نفسه ايضا فيما بعد حيث قال ان الثمن مشترط بكونه مما يجب في الذمة فيختص بذلك بخلاف الاجرة ولا شك في عدم صلاحية الاعيان التي ليست من ذوات
الامثال ان يكون ثمنا بهذا المعنى. لا في عدم الصلاحية ليكون المساومة بيعا بلا ثمن لهذا المعنى الا يرى ان الشارح المذكور نفسه قال في اول كتاب البيوع انواع البيع اربعة
بيع السلم بمثلها ويسمى مقايضة ومبادلة بالعين اعني الثمن وبيع الثمن بالثمن كبيع النقدين ويسمى الصرف وبيع الدين بالعين ويسمى سلما اذا عرفت حينئذ
الدين مقابلا للعين وفسر الدين بالثمن وجعل احد انواع البيع وهو المسمى بالمقايضة مالا ثمن فيه اصلا نعم الثمن بمعنى آخر وهو ما يكون عوضا عن المبيع
نص عليه في المغرب وغيره وذلك المعنى يعم الدين والعين وهو الذي لا يتحقق البيع بدونه ويلزم من كون المقايضة بيعا بلا ثمن بذلك المعنى ولكنه ليس مراد المصنف
بالثمن في قوله وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا كالاعيان فلا يرد النظر المذكور عليه جدا واما الجواب فلانه من ضيق العطن اذ فيه اعتراف بطلان المثال
الذي ذكره المصنف وحاشاله ثم اقول بقي ههنا شيء وهو ان لقائل ان يقول لا شك ان مراد المصنف بالثمن في قوله وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا انه
يجب في الذمة وان تمثيله بما لا يصلح ثمنا بقوله كالاعيان صحيح على هذا المعنى المراد الا انه لم يحمل الثمن الواقع في لفظ القدوري في قوله وما جاز ان يكون ثمنا في البيع
ان يكون اجرة على المعنى الذي يعم الدين والعين وهو العوض المقابل للمبيع كما حمل الزيلعي الثمن الواقع في قول صاحب الكنز وما صح ثمنا صح اجرة
على ذلك المعنى الاعم مع ان ما ذكره المصنف في تعليل مسئلة القدوري بقوله لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع تحمل التسمية احوج الى الدين
والعين كما ترى ويمكن ان يجاب عنه بانه لما كان المتبادر من لفظ الثمن في عرف الفقهاء هو معنى ما يجب في الذمة وكان لفظ القدوري غير معروف
حق المقاسم على تقدير حمل الثمن على المعنى الآخر العام للعين ايضا فان ما لا يجوز ان يكون ثمنا في البيع على المعنى العام للعين جاز ان يكون اجرة ايضا
كالمنفعة فانها لا تصلح ثمنا في البيع اصلا وتصلح اجرة فيما اذا اختلف جنس المنافع كما صرحوا به حمل المصنف لفظ الثمن الواقع في مسئلة القدوري
على ما هو المتبادر منه وقال تسميها لها تيك المسئلة وبالا يصلح اجرة ايضا كالاعيان كما قال الشيخ ابو نصر البغدادي في شرح مختصر القدوري وهذا الذي
ذكره ليس على وجه الجزم وانه لا يجوز غيره تبين ذلك ان الاعيان لا يكون اثمانا وقد تكون اجرة وانما ذكر ذلك لانه هو الغالب اي ههنا فتأمر وتبين
الانصاف ان المنفعة كانت حقيقا بان يذكر في تمثيل ما لا يصلح ثمنا وتصلح اجرة فان كون المنفعة مما يصلح اجرة اخفى من كون الاعيان منه وليس ذلك
مما يمكن ان يستناد من مسئلة القدوري بخلاف كون الاعيان منه فانه يمكن ان يستفاد منها بحمل الثمن على المعنى العام للعين ايضا كما عرفت آنفا فتدبر
لانه عوض مالي اي لان الاجرة على تأويل الاجر عوض مالي فيعتمد وجود المال والاعيان مال فصح ان يكون اجرة كذا في النهاية وغيرها
قال صاحب العناية بعد ما شرح المحل على هذا المنوال وقائل ان يقول الثمن عوض مالي الى آخره ويمكن ان يجاب عنه بان الثمن مشترط بكونه

وقال زفر الاجارة فاسدة في القدر مع صحة ذكر المدة لانه يختلف باختلاف الاشخاص والاوقات فتصير المنفعة مجهولة فتفسد العقد كما لو استأجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما او يركبها مسافة سماها لان اختلاف الحمل والراكب يوجب اختلاف المنفعة ولنا ان المعقود عليه هو العمل في الذمة والمسافة تصير ظرفا للعمل لا معقودا عليها ولهذا لو هلكت الدابة في بعض الطريق لا يسقط شيء من الاجر فصارت المنفعة معلومة فصح العقد وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل كما في استئجار الظئر والخياط ولا بد ان يكون العمل معلوما وذلك في الاجير المشترك وقد يكون عقدا على المنفعة كما في اجير الوحد ولا بد من بيان الوقت قال وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والاشارة كمن استأجر رجلا بان ينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم لانه اذا راى ما ينقل والموضع الذي يحمل اليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد

مما يجب في الذمة فيختص بذلك كالنقود والمقدرات الموصوفة التي يجب في الذمة بخلاف الاجرة اه ههنا كلامه اقول ولقائل ان يقول اذا كان الثمن مشروطا كونه مما يجب في الذمة كان الاجرة ايضا مشروطا لكونها ثمن المنفعة كما صرح به المصنف في تعليل مسئلة القدوري فان قيل ان الشرط ذلك ثمن البيع لا ثمن المنفعة قلنا فلقائل ان يقول اذا كان ثمن المنفعة مخالفا لثمن المبيع في ان يكون احدهما مشروطا بالشيء دون الآخر فهل تم القياس المستفاد من قول المصنف لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع فليتامل وادرج بعض الفضلاء على الجواب الذي ذكره صاحب النهاية بوجه آخر حيث قال فيلزم خلو البيع عن الثمن فيما اذا باع الدار بالدار اذ لا يجب العقار في الذمة كما لا يخفى انتهى اقول ان كان مراده بهذا الكلام مجرد الزام صاحب العناية بما قاله في نظيره السابق من انه لو لم تصلح العين ثمنا كانت المقايضة بيعا بلا ثمن وهو باطل فله وجه وان كان مراده به ايراد اشكال على ذلك الجواب في الحقيقة فليس بصحيح اذ اللازم من الجواب المذكور خلو البيع عن الثمن بمعنى ما يجب في الذمة فيما اذا باع الدار بالدار لا خلوه عن الثمن بمعنى العوض المقابل للمبيع في تلك الصورة والمحذور خلوه عن الثمن بالمعنى الثاني دون المعنى الاول كما بيناه من قبل

قوله وتارة تصير معلومة بنفسه اي بنفس عقد الاجارة كذا ذكر الشراح قاطبة ولم ينقل عامتهم نسخة اخرى واما صاحب غاية البيان فقال بعد ذكر ذلك وفي بعض نسخ المختصر وتارة تقدر معلومة بالتسمية اقول لعل الصواب هذه النسخة لان المنافع لا تصير معلومة في هذا النوع بنفس العقد فقط بل انما تصير معلومة بتسمية امور كبيان الثوب والوان الصبغ وقدره في استيجار رجل على صبغ ثوبه وبيان الثوب ونفس الخياطة في استيجار رجل على خياطة ثوب وبيان القدر المحمول وجنسه والمسافة في استيجار دابة للحمل او الركوب على ما اشار المصنف الى ذلك كله حيث قال لانه اذا بين الثوب والوان الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فصح العقد وكما ان المنافع لا تصير معلومة في النوع السابق والنوع اللاحق بنفس العقد فقط انما تصير معلومة في النوع السابق ببيان المدة في النوع اللاحق بالتعيين والاشارة كذلك لا تصير معلومة في هذا النوع بنفس العقد فقط بل انما تصير معلومة بتسمية مما لا بد منه في الامور اللازمة البيان كما اشير اليه بعضها في الامثلة المذكورة فلم يكن لنسبة صيرورة المنافع معلومة في هذا النوع الى نفس العقد وجه ظاهر وعن هذا الاثر عبارة بنفسه مذكورة في شيء من الكتب المعتبرة سوى نسخة هذا الكتاب على ما ذكره الشراح وانما المذكور في سائر الكتب موضع بنفسه بالتسمية كما وقع في الكنز والمختار ونذكر العمل كما وقع في الوقاية وبعض المتون قوله وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل الى قوله ولا بد من بيان الوقت اقول في هذا التقسيم نوع اشكال اذ قد مر في صدر الكتاب ان الاجارة عقد على المنافع بعوض فكيف يصح تقسيمها الى العقد على العمل والى العقد على المنفعة وهذا يلزم منه تقسيم الشيء الى نفسه والى غيره اللهم الا ان يحمل عبارة التقسيم على المسامحة فيكون المراد الاجارة قد تكون عقدا على منفعة العمل او قد تكون عقدا على منفعة الاعيان لكنه غير منفهم من نفس الالفاظ كما لا يخفى ثم اقول كان حقا على المصنف ان يؤخر بيان هذا التقسيم الذي ذكره بعض الشراح كصاحب الاسرار وغيره عن ذكر القسم الثالث من التقسيم المذكور في نفس الكتاب وقد وسطه في البين كما ترى وكان صاحب الكافي بنى مسامحة هذا التحرير حيث آخر بيان هذا التقسيم الثنى عن تمام ذكر اقسام ذلك التقسيم الثلث واعترض صاحب النهاية على قول المصنف كما في اجير الوحد حيث قال وفيه نظر لان اجارة اجير الوحد ايضا عقد على العمل ولكن يشترط فيها بيان المدة ولهذا جعله صاحب التحفة احد نوعي الاستيجار على الاعمال كما ذكرناه انفا فلو قال صاحب الهداية وقد تكون عقدا على المنفعة كاستيجار الدور والحوانيت ونحوها كان اولى انتهى كلامه اقول ليس هذا بشيء لان اجارة اجير الوحد ليست بعقد على العمل ولهذا يستحق اجير الوحد الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كما صرحوا به قاطبة وسياتي في ذلك ولو كانت عقدا على العمل لما استحقها

باب الاجر متى يستحق

قال الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق باحدى معان ثلثة اما بشرط التعجيل او بالتعجيل من غير شرط او باستيفاء المعقود عليه

بدون العمل بل انما هو مقابل منافع نفسه مثلا ولهذا لا يتمكن من ايجاب منافعه لغيره وتعيين العمل في بعض الصور كرعي الغنم ونحوه لصرف المنفعة المستحقة الى ذلك بجهة وسيظهر هذا كله في باب ضمان الاجير وجعل صاحب التحفة ذلك حد نوعي الاستيجار على الاعمال لا يكون حجة على المصنف ولو شمل المصنف ما يكون عقدا على المنفعة باستيجار الدور ونحوها دون اجير الواحد لذات التبنية على ان اجارة اجير الواحد من هذا القسم وهو مقصود بالخيار وذلك على البعض فتنبه

باب الاجر متى يستحق قال صاحب النهاية لما ذكر ان صحة الاجارة موقوفة على ان تكون الاجرة معلومة احتاج الى بيان وقت وجوبها فذكره وما يتعلق به من المسائل في هذا الباب انتهى كلامه واقتفى اثره في هذا التوجيه جماعة من الشراح اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ركاكة هذا التوجيه وسخافته اذ لا يشك ذو مجرد ان صحة الاجارة موقوفة على كون الاجرة معلومة بيان وقت وجوبها فضلا عن الاحتياج الى بيان وقت وجوبها فذكره في باب على حدة الا يرى ان معلومية البدلين شرط في كثير من العقود ولم يحتج في شيء منها الى بيان وقت الوجوب في باب على حدة وقال صاحب النهاية لما كانت الاجارة تخالف غيرها في تخالف الملك من العقد بلا خيار شرط وجب افرادها بباب على حدة لبيان وقت التملك وما يتعلق به من المسائل انتهى كلامه اقول وفيه شيء وهو ان تخالف الملك عن العقد موجد في غيرها ايضا كالهبة فان الملك لا يثبت هناك ايضا بنفس العقد بل يتوقف على القبض لا مر كالوصية فان الملك هناك ايضا يتأخر الى وقت الموت فلا يتم القول بان الاجارة تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط ثم اقول الاظهر ان يقال لما كان وقت استحقاق الاجرة فيما وقع فيه الاختلاف بين ائمة الشرع وكان يتعلق به كثير من المسائل حسن افراد باب لبيان وقت استحقاق الاجرة وما يتعلق به من المسائل قوله الاجرة لا تجب بالعقد قال تاج الشريعة اراد وجوب الاداء اما نفس الوجوب فيثبت بنفس العقد قال صاحب الكفاية المراد بنفس الوجوب لا وجوب الاداء وبيان ذلك اجمالا وتفصيلا اما اجمالا فلان الاجرة لو كانت عينا فاعتقه الموجر قبل وجود احد معاني ثلثة لا يعتق فلو كان نفس الوجوب ثابتا بالعقد لصح اعتاقه كما في البيع واما تفصيلا فلانه معاوضة فتعتبر المساواة ولم يوجد في جانب العقود عليه لانا نفس الوجوب ولا وجوب الاداء فكذا في جانب العوض انتهى وقال صاحب النهاية الاجرة لا تجب بالعقد اي لا يجب تسليمها اداء او بمجرد العقد لكنه وجدت بخط شيخي وذكر في الذخيرة ما يويد هذا فقال يجب ان يعلم ان الاجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب ايفاؤها الا بعد استيفاء المنفعة اذا لم يشترط التعجيل في الاجرة سواء كانت الاجرة عينا او دينا هكذا ذكر محمد رحمه الله في الجامع وفي كتاب التحري وذكر في الاجارات ان الاجرة اذا كانت عينا لا تملك بنفس العقد واذا كانت دينا تملك بنفس العقد وتكون بمنزلة الدين المؤجل فعامة المشائخ على ان الصحيح ما ذكره في الجامع وكتاب التحري وقال بعضهم ما ذكره في الاجارات قول محمد والا ما ذكره في الجامع والتحري قوله آخرا الى هنا لفظ النهاية اقول تائيده ما ذكر في الذخيرة كون معنى عبارة الكتاب ما قاله صاحب النهاية ممنوع فانه قال في الذخيرة ان الاجرة لا تملك بنفس العقد قبل ان قال ولا يجب ايفاؤها الا بعد استيفاء المنفعة اذا لم يشترط التعجيل في الاجرة فعلم منه ان الاجرة لا تملك بنفس العقد عندنا كما لا يجب اداؤها بنفس العقد فتم بحمد الله ما في الكتاب فانه لم يذكر فيه شيء قبل ان قال الاجرة لا يجب في العقد فلو كان معناه الاجرة لا تجب تسليمها واداؤها بمجرد العقد لم يفهم منه ان الاجرة لا تملك بمجرد العقد اذ يلزم من عدم وجوب الاداء بمجرد العقد عدم تملكها بمجرده الا ترى ان الثمن ما يملك البائع بمجرد عقد البيع بلا خيار ولا يجب تسليمه واداؤه في الحال بمجرد ذلك في البياعات الموجلة بل يتأخر الى حلول الاجل فاذا لم يفهم منه ذلك لم يفد ما هو المذهب عندنا فلزم ان لا يتم وقال صاحب العناية قال صاحب النهاية الاجرة لا يجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها واداؤها بمجرد العقد وليس بواضح لان نفي وجوب التسليم لا يستلزم نفي التملك كالمبيع فانه يملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه عالما لقبض الثمن فالصواب

وقال الشافعي رحمه الله تملك بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فتثبت الحكم فيما يقابله من البدل ولنا ان العقد يعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فيضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر واذا استوفى المنفعة تثبت الملك في الاجرة لتحقق التسوية

ان يقال معنا ولا تملك لان محمدا ذكر في الجامع ان الاجرة لا تملك وما لا يملك لم يجب ايفاؤه بما قال فان قلت فاذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان اعم منه وذكر الاعم واراده الاخص ليس بمجاز شائع لعدم دلالة الاعم على الاخص انما قلت اخرج الكلام مخرج الغالب وهو ان يكون الاجرة مما يثبت في الذمة ونفي الوجوب فيها وهو يستلزم نفي التملك لاستحالة انتهى اقول لا السؤال شيء ولا الجواب اما الاول فلان ذكر الاعم واراده الاخص انما ليس بمجاز شائع اذا لم تحقق قرينة مخصصة واما اذا تحققت القرينة فذلك مجاز شائع وقوعه في كلمات القوم حتى تعريفاتهم التي يجب فيها التحرز عما يورث خفاء المراد وفيما نحن فيه قد تحققت القرينة على اراده الاخص وهي قوله وقال الشافعي يملك بنفس العقد كما عرف به الشارح المذكور حيث قال فيما بعد بل على هذا الكلام فحوى قال الشافعي يملك بنفس العقد والالم يكن محل الخلاف متحدا واما قول الشافعي فلان ان اراد بقوله ونفي الوجوب فيها انه قصد نفي الوجوب في الذمة بدون ان يجعله مجازا عن نفي التملك لم يكن مطابقا للمقول والصواب ان يقال معناه يملك وانما عدل الى قوله ونفي الوجوب فيها اراده لما جعل نفي الوجوب مجازا عن نفي التملك لاستلزام لم يحتج الى قوله اخرج الكلام مخرج الغالب بدون ان يكون الاجرة مما يثبت في الذمة لان الاجرة كلها سواء كانت دينا او عينا مما يملك وان كان مما يثبت في الذمة منها هو الدين دون العين ففي التملك بالعقد تنتظم في جميع انواع الاجرة ولا تختص بما هو غالب منها وهو الدين الثابت في الذمة حتى يحتاج الى ان يقال اخرج الكلام مخرج الغالب على ان قوله وهو يستلزم نفي التملك لاستحالة ممنوع فان العين مما لا يجب في الذمة مع انه مما يملك قطعا وقال بعضهم فان في صورة التعجيل يوجد الملك بلا وجوب

قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فتثبت الحكم فيما يقابله من البدل قال صاحب العناية في حل هذا المحل واستدل الشافعي بقوله لان المنافع المعدومة صارت موجودة ضرورة تصحيح العقد ولهذا صحت الاجارة مؤجلة ولو لم تجعل موجودة كان دينا بدين وهو حرام لاستحالة واذا كانت موجودة وجب ثبوت الملك بالعقد بوجود المقتضي وانتفاء المانع فتثبت الحكم فيما يقابله من البدل انتهى واورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله لوجود المقتضي وانتفاء المانع ممنوع فان انتفاء الوجود حقيقة ممنوع عنه انتهى قول هذا الايرد ساقط لان المنافع المعدومة اذا جعلت موجودة في حكم الشرع يجب ان يترتب عليه ثبوت الملك بالعقد ولا يبقى لانتفاء الوجود حقيقة فعلا حينئذ للمنع عنه لان الشرع انما يجعلها موجودة لاجل ان يترتب عليه ذلك الحكم فلو كان انتفاء وجودها حقيقة مانعا عنه لزم ان لا يتمكن الشرع ايا ما موجودة وبهذا اخلف وعن هذا قالوا والشارع ولايته جعل المعدوم حقيقة موجودة كما جعل النطفة في الرحم ولا حيوة فيها كالحي حكما في حق الارث والعتق والوصية على ما ذكره في الكافي وعامة الشروح ونعم يرد على استدلال الشافعي كلام آخر من قبل امتناعا كما اشير اليه في عامة المعتبرات وهو ان جعل المعدوم موجودا في الشرع انما يكون فيما اذا دعت الضرورة اليه وفيما نحن فيه لا تدعو الضرورة اليه لامكان تصحيح العقد بطريق آخر اوضح واوسع منه وهو اقامة العين التي هي سبب لوجود المنفعة كالدار مثلا مقام المنفعة في حق صحة الايجاب والقبول ثم انعقاد العقد في حق المعقود عليه على حسب حدوث المنافع اقامة السبب مقام المسبب اصل شائع في الشرع كاقامة السفر مقام المشقة واقامة البلوغ مقام كمال العقل وعلم جرا من النظائر ثم قال صاحب العناية فان قيل الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة العقد الى افادة الملك قلنا الضرورة اذا ثبت يتبعها لوازمه افادة الملك من لوازم الوجوب عند العقد انتهى اقول في الجواب بحث لانه ان اراد ان افادة الملك في الحال من لوازم الوجوب عند العقد فهو ممنوع كيف وقد تقرر فيما ان حكم العقد يجوز ان ينفصل عنه كالبيع بشرط الخيار فان الملك فيه يتراخى الى وقت سقوط الخيار مع وجوب البيع عند العقد وان اراد افادة الملك وقوعا فان من لوازم الملك فهو مسلم لكن هذا لا يفيد صحة ما قاله الشافعي فان ما هو ان الاجرة تملك في الحال والجواب الذي ذكره انما هو لتصحيح ما ادعاه فلا يتم التقريب واعترض بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجه آخر حيث قال

وكذا اذا شرط التعجيل او عجل من غير شرط لان المساواة ثبت جقاله وقد ابطله

ان يراد ان افادة الملك من لوازم الوجوب حقيقة فمسلم ولا يفيده وان اراد انها من لوازم الوجوب لو حكما فغير مسلم انتهى اقول ما ذكره في كل من شقي تردده ليس بسديد اما الاول فلانه مسلم كون افادة الملك من لوازم الوجوب حقيقة مع ان افادة الملك في الحال كما هو مدعى الشافعي ليس من لوازم الوجوب حقيقة الا يرى ان البيع يجب ان يكون موجبا حقيقة عند العقد مع ان البيع بشرط الخيار لا يفيد الملك في المال كما مر واما الثاني فلان الوجوب الحكمي لا يكاد ان يخالف الوجوب التحقيقي في اللوازم الشرعية والملائم الجعيل فائدة في جعل الشرع الوجوب الاعتباري في حكم الوجوب التحقيقي فلما سلم اولا كون افادة الملك من لوازم الوجوب حقيقة تلزم تسليم كونها من لوازم الوجوب حكما ايضا فالوجه الوجيه في الترديد في المنع والتسليم ما ذكرناه من قبل قوله وكذا اذا شرط التعجيل او عجل لان المساواة ثبت حتى له وقد ابطله قال في العناية واعترض بان شرط التعجيل فاسد لانه يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد العقد والجواب انه يخالف مقتضى العقد من حيث كونه اجارة او من حيث كونه معاوضة والاول مسلم وليس اشتراط التعجيل باعتباره والثاني ممنوع فان تعجيل البدل لا شرط له لا يخالفه من حيث المعاوضة انتهى اقول في الجواب نظر اما اولا فلان حيثية كونه اجارة حيثية كونه معاوضة مخصوصة فما يخالف مقتضى العقد من احدى هاتين الحيثيتين يخالف مقتضاه من الحيثية الاخرى فما معنى قوله والاول مسلم والثاني ممنوع وهل يستلزم الاول تسليم الثاني ومنع الاول فان قيل مراده بحيثية كونه معاوضة ما مع قطع النظر عن خصوصية فلا يلزم اتحاد الحيثيتين قلنا فيلزم ان يكون صحة اشتراط التعجيل في عقد الاجارة باعتبار كونه معاوضة ما مع قطع النظر عن خصوصية كونه اجارة ولا يخفى ان ذلك الاعتبار لا يحتاج بال احد من المتعاقدين عند اشتراط التعجيل على انها لو صرحا بانها اشترطا التعجيل في عقد الاجارة من حيث انه اجارة لم تفسد العقد قطعا واما ثانيا فلان قوله فان تعجيل البدل اشتراطه لا يخالفه من حيث المعاوضة غير تام فان من قضية المعاوضة المساواة فشرط تعجيل الاجرة قبل ثبوت الملك في المعقود عليه يفوت المساواة كما لا يخفى والاولى في الجواب ما ذكر في الكفاية شرح تاج الشريعة وهو ان شرط التعجيل في الاجارة لا يخالف مقتضى العقد فان عقد الاجارة يقتضي التعجيل كالبيع الا انه يسقط للمانع وهو وجوب المساواة وهو حق المستاجر فاذا اسقطه بالتعجيل زال المانع فصح ثم قال صاحب العناية وعورض دليلنا بان الابراء عن الاجرة والارتهان بها والكفالة بها صحيحة بالاتفاق ولولا الملك لما صحت واجيب بان صحة الابراء على قول ابي حنيفة رح وابي يوسف رح ممنوعة وجوزه محمد لان العقد سبب في جانب الاجرة اذ اللغو صالح لاثبات الحكم به بعدم الانعقاد في جانب المنفعة لضرورة العدم ولا ضرورة في الاجرة فظهر الانعقاد في حقه وصح الابراء لوجوده بعد السبب وكذلك الكفالة كالكفالة بما يذوب له على فلان وصحة الرهن لوجوبه بثبوت يد الاستيفاء او استيفاء الآخر قبل استيفاء المنفعة صحيح بالتعجيل واشتراطه فكذا الرهن بها انتهى كلامه اقول هذا كله ما خوذ من النهاية الا ان التعليل المذكور لتجويز محمد رحمه الله الابراء عن الاجرة ليس بسديد لانه كما تحققت ضرورة في عدم الانعقاد في جانب المنفعة به كون المنافع معدومة كذلك تحققت ضرورة في عدم الانعقاد في جانب الاجرة ايضا وبه اقتضى عقد المعاوضة المساواة وعن هذا قال المصنف والعقد بمعاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر فلا وجه لقوله ولا ضرورة في الاجرة فظهر الانعقاد في حقه على ان ذلك التعليل لا يتمشى اصلا فيما اذا كانت الاجرة منفعة ايضا من خلاف جنس المعقود عليه فانه صحيح بالاجماع على ما صرح به في عامة المعتبرات مع ان كلا من البدلين معدوم هناك قطعا فلا فرق في الجانبين اصلا كما لا يخفى واورد بعض الفضلاء على قوله فظهر الانعقاد بوجه آخر حيث قال ان اراد الانعقاد في حق الحكم فليس بمنعقد في حق الحكم باجماع علمائنا وان اراد غيره فليبين على انه مخالف لما سبق في كتاب الاقرار من ان قوله ابراتني اقرار بالمال المدعى فليتامل انتهى كلامه اقول قد اخذ اصل ايراده من البدائع وفاته ساقطا وما بيان اخذه من البدائع فلان صاحب البدائع ذكر لقول محمد رحمه الله في جواز الابراء عن الاجرة وجهين واجاب عن الثاني بما ذكره ذلك الفاضل هنا حيث قال وجه قول محمد رح ان الابراء لا يصلح الا بالقبول فاذا قبل المستاجر فقد قبض صحة نفرفها

واذا قبض المستاجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها لان بالتسليم عين المنفعة لا يتصور فانما التسليم التخلي مقاما واذا تمكن من الانتفاع يثبت به وان غصبها او اصب حتى سقطت الاجرة لان تسليم المحل انما قام مقام تسليم المنفعة وقد تمكن من الانتفاع فاذا انتفى التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فيسقط الاجر وان وجد الغصب في بعض المدة سقط بقدره اذ الانفساخ في بعضه وهو مستاجر دارا فللمواجر ان يطالبه باجر كل يوم لانه استوفى منفعة مقصودة الا ان يبين وقتا لاستحقاق في العقد لانه بمنزلة التاجيل وكذلك اجارة الارض والبناء ومن استاجر بعيرا الى مكة فللجمال ان يطالبه باجرة كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود وكان ابو حنيفة رح يقول اولا يجب الاجرة الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر رح

ولان حق الامساك يثبت الملك فيثبت الملك مقتضى التصرف صحيحا له كما في حمول الرجل لغيره اعتق عبدك عني على الف درهم فقال اعتقت ولان الاجارة استحقاق

يسقط الحق به بسبب الوجوب جائزا كالعفو عن القصاص بعد الجرح قبل الموت وسبب الوجوب ههنا موجود وهو العقد المنعقد والجواب انه ان كان

يضاف بالانعقاد والانعقاد في حق الحكم فهو غير منعقد في حق الحكم بلا خلاف بين اصحابنا وان كان لغير به شيئا آخر فهو غير مشغول الى ههنا لفظ البدائع والاولى ان

انه ساقط فلانه يجوز ان يراد بالانعقاد الانعقاد في حق المتعاقدين لا في حق الحكم كما نص عنه صاحب المحيط حيث قال ومعنى جواز الاجارة على هذا انعقاد

العقد فيما بين المتعاقدين وهو الدرجة الاولى وانعقاده في حق الحكم وهو الدرجة الثانية وقال الاترى ان البيع بشرط الخيار ينعقد فيما بين المتعاقدين لا فيما يحكم في الحال ثم انفساخ العقد حتى

المتعاقدين انعقاد في حق الحكم بالامر عليه ومن يطالب ذلك فليراجع محله وهو او آخر الفصل الاول من اجارات المحيط البرهاني واما ما ذكره ذلك المرد

في علاوته من حديث المخالفة لما سبق في كتاب الاقرار فليس بتمام اينا ولا مخالفة بين المقامين اصلا كما لا يخفى على المتامل الصادق ثم اقول لو ترك صاحب البدائع

قيد المنعقد عند تقرير الوجه الثاني من وجهي قول محمد رحمه الله بقوله وسبب الوجوب ههنا موجود وهو العقد المنعقد بل اكتفى بقوله وهو العقد لما اتضح الجواب

الذي ذكره بترديد المراد بالانعقاد اصلا وكفى في اثبات قول محمد رحمه الله وكذا لو لم يتعرض صاحبا النهاية والعناية لحديث الانعقاد في حديث الاجرة

دون المنفعة بل كتفيا بان يقال ان الابراء وقع بعد وجوب وهو العقد فصح كالعفو عن القصاص بعد الجرح كما اكتفى به في بعض الشروح لما مر وعليه

ما ذكرناه من تحقق الضرورة في جانب الاجرة ايضا وكفى في اثبات قول محمد وذلك لان العقد نفسه وهو الايجاب والقبول الصادران من المتعاقدين مضافين

الى محل المنفعة وهو الدار مثلا مربوطا احدهما بالآخر كالاب في السببية والحاجة الى اعتبار الانعقاد وفي مرتبة السببية فان انعقاد حكم الشرع يثبت وصفا له

وشرعا والعلل الشرعية معرفات والعلل العقلية في جواز التخلف كما في معلولاتها فجاز ان يقال العقد وجد والانعقاد تراخى الى وجود المنافع ساعة فساعة

وهذا هو الذي بعض مشائخنا في تفسير قول ائمتنا ان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع كما ذكره صاحب الغاية في صدر هذا الكتاب فتفطن

هناك فنعم يجوز ان يعتبر للعقد الانعقاد قبل حدوث المنافع كما ذكره صاحب الغاية في معنى الانعقاد وفي حق المتعاقدين دون الانعقاد في حق الحكم كما ذكره

صاحب المحيط ونقلنا عنه فيما مر آنفا لكن لا سلم في توجيه قول محمد ههنا هو الطريقة الاخرى تامل ترشد قوله واذا قبض المستاجر الدار فعليه الاجر

وان لم يسكنها قال في النهاية هذه المسئلة مقيدة بقيود احدها التمكن من الاستيفاء حتى انه اذا لم يتمكن من الاستيفاء بان منعه المالك او الاجنبي او سلم الدار

مشغولة بمتاعه لا يجب الاجر والثاني ان يكون الاجارة صحيحة فان في الاجارة الفاسدة لا يشترط لوجوب الاجر حقيقة الاستيفاء ولا يجب بمجرد تمكن

الاستيفاء في المدة والثالث ان التمكن من المستاجر يجب ان يكون في المكان الذي وقع العقد في حقه حتى اذا استاجر دابة الى الكوفة فسلمها المؤجر فسلمها

المستاجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها الى الكوفة فلا اجر عليه وان ساقها معه الى الكوفة ولم يركبها وجب الاجر والرابع ان يكون متمكنا من الاستيفاء

في المدة فانه لو استاجر دابة الى الكوفة في هذا اليوم وذهب اليها بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركب لا يجب الاجر وان تمكن من الاستيفاء في المكان الذي ضيع العقد لانه انما تمكن بعد مضي المدة انتهى وقال صاحب العناية بعد ان تبين اعتبار القيود المذكورة تحرير آخر فان قيل كلام المصنف ساكت عن اكثر هذه القيود

فما وجه قلت وجه الاقتصار للاختصار اعتمادا على دلالة الحال والعرف فان حال المسلم والله على ان يباشر العقد الصحيح والفاسد ممنوعا

يمنعه عن الاقدام من الانتفاع به وعلى ان العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغا عما يمنع عن الانتفاع به

والعرف فاش في تسليم المعقود عليه في مدة العقد ومكانه فكان معلوما عادة وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع فاقتصر على ذكر ذلك اعتمادا عليهما

انتهى كلامه اقول في خرجوا به خلل اما اولا فلان قوله وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع ان كان معطوفا على قوله على ان يباشر العقد الصحيح

لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل ووجه القول المرجوع اليه ان القياس يستحق الاجر ساعة ساعة لتحقق المساواة لان الطالبة في كل ساعة يقضى الى ان لا ينفرغ لغيره فيتضرر به فقدرناه بما ذكرنا قال وليس للقصار والخياط ان يطالب بالاجرة حتى يفرغ من العمل لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب الاجر به وكذا اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا قال الا ان يشترط التعجيل لما مر ان الشرط فيه لازم

او على قوله وعلى ان العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغا حتى صار المعنى فان حال المسلم دالة ايضا على ان الاكراه والغصب ممانعان عن الانتفاع فمع كاله هذا كما لا يخفى يلزم الفصل بين المعطوف والمعطوف عليه باجنبي وهو قوله والعرف فاش الى آخره وان كان معطوفا على قوله على دلالة الحال والعرف حتى صار المعنى اعتمادا على دلالة الحال والعرف على دلالة ان الاكراه والغصب ممانعان عن الانتفاع يلزم ان لا يتم قوله فاقتصر من ذكر ذلك اعتمادا عليهما اذ الظاهر ان ضميرهما راجع الى الحال والعرف وعلى المعنى المزبور لا تصير علة الاقتصار لاختصاصه الاعتماد على الحال والعرف فقط بل يصير علة ذلك هو الاعتماد على الحال والعرف وعلى ان الاكراه والغصب ممانعان عن الانتفاع واما ثانيا فلان قوله وعلى ان الاكراه والغصب ممانعان عن الانتفاع يدل على ان الغصب الصامن للتفويت والمقتصر عن ذكره كما مع ان المصنف ذكر مرة الغصب صراحة

كما ترى **قوله** لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل قال صاحب العناية في شرح هذا المقام لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة وهو جملة في المدة لا يكون مسلمة في بعضها لان اجزاء الاعواض تنطبقه على اجزاء الزمان فلا يستحق الموجر قبل استيفاء جملة المنفعة شيئا كما في البيع فانه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن وصار كما اذا كان المعقود عليه هو العمل كالخياطة فان الخياط لا يستحق شيئا من الاجرة قبل الفراغ كما سيأتي انتهى اقول في قوله كما في البيع فانه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن بسبوط ظاهر اذ قد مر في البيوع انه اذا بيع سلعة بثمن قبل للمشتري ان دفع الثمن اولا واذا بيع سلعة بسلعة او ثمن بثمن قبل لهما سلما سواء في صورة الاولى يستحق قبض الثمن قبل تسليم المبيع وفي الصورتين الاخريين يستحق قبض البدلين معا واما ان لا يستحق قبض الثمن الا بعد تسليم المبيع فما لم نقل به احد والصواب ههنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال كما في البيع فانه لا يتوزع وجوب تسليم المبيع على تسليم الثمن بل له حق حبس جملة المبيع ما بقي شيء من الثمن انتهى **قوله** وكذا اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا قال صاحب النهاية هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الاسلام والذخيرة والمغني وشرح الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضيخان والتمرتاشي والفوائد الظهيرية فانه ذكر في المبسوط في باب من استاجر اجيرا يعمل له في بيته وقال لو استاجر خياطا يخيط له في بيت المستاجر قميصا فخاط بعضه فسرق الثوب فله الاجر بقدر ما خاط فان كل خرز من العمل يصير مسلما الى صاحب الثوب بالفراغ منه ولا يتوقف التسليم في ذلك الجزء على حصول كمال المقصود وذكر في الفصل الثاني من الذخيرة وفي الاجارة التي ينعقد على العمل وقيد له اثرا في العينين يجب عليه ايفاء الاجير الا بعد ايفاء العمل كله الا ان يكون العمل الخياطة والصباغ في بيت صاحب المال حينئذ يكون الجواب فيه كالجواب في الخياط على قوله الاجر يجب على الموجر ايفاء الاجر بقدر ما استوفى من المنفعة اذا كانت له حصة معلومة من الاجر كما في الجامع وذكر الامام قاضيخان وكذا لو استاجر خياطا ليخيط له في منزله كلما عمل عملا يستحق الاجرة بقدره وكذا ايفاء وغيرها ولكن نقل من التجريد ان الحكم قد ذكر فيه كما ذكر في الكتاب فيحتمل ان المصنف اتبع صاحب التجريد ايا ما نفضل الكلام فيه في هذا الحكم والله اعلم بما هو الحق عندي ههنا انتهى صاحب النهاية وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية واقول كلام صاحب الذخيرة على ما نقلته يدل على ان استحقاق بعض الاجرة انما هو اذا كان له حصة معلومة وارى ان ذلك انما يكون اذا عينا لكل جزء حصة معلومة اذ ليس الكم مثلا او البدن او الدوامل حصة معلومة من كل الثوب عادة فلم يكن الحصة معلومة الا بتعيينها وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة باجرة معلومة قد فرغ من عمله فيستوجب اجره كما في كل الثوب ولعل هذا معتمد المصنف انتهى كلامه اقول ليس ما قاله بشيء اما اولا فلانا لا نسلم ان ما يدل عليه كلام صاحب الذخيرة من ان استحقاق بعض الاجرة انما هو اذا كان له حصة معلومة انما يكون اذا عينا لكل جزء حصة معلومة بل يكون ايضا اذا كان له حصة معلومة عند اهل الخبرة بتوزيع اجرة الكل على كل جزء منه بدون تعيين المتعاقدين لكل جزء منه حصة معلومة بل هذا مراد صاحب الذخيرة كما يستفيض مما سنذكره وقوله اذ ليس للكم او البدن او الدوامل حصة معلومة من كل الثوب عادة ممنوع ايضا نعم ليس يشترط في ذلك حصة معتبة في العقد عادة وقد لا ينافي ان يكون حصة كل منهما معلومة بتوزيع اجرة الكل على الاجزاء كما لا يخفى واما ثالثا فلانه لو كان مراد صاحب الذخيرة كما اذا

قال ومن استاجر خياطا ليخيط له قميصا من قطن هذا لم يستحق الاجر حتى يخرج القميص من التنور لان الخياط لا يخرج القميص من التنور فلا يمكنه الوفاء بالعقد قبل ذلك وقال زفر يستحق الاجر بالفراغ من العمل لان الخياط يخرج القميص من التنور عادة وعندنا ليس من عادته ذلك فلا يمكنه الوفاء بالعقد قبل ذلك وقال ومن استاجر رجلا ليحمل له طعاما الى موضع سماه فحمل له دون ذلك فله من الاجر بحساب ذلك لان الاجر يستحق بالعمل وقال ومن استاجر رجلا ليحمل له طعاما على دابته فحمل له على دابة غيره فله الاجر كاملا لان الاجر يستحق بالعمل وقال ومن استاجر رجلا ليحمل له طعاما على دابته فحمل له على دابته وعلى

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

قال ويجوز استيجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه اذ لا يتفاوت نعم العقد لبيان يعمل كل شئ للاطلاق الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا

لو كان مراده بيان الحاكمين بعد ما قال هكذا تدبر

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها قال في النهاية ومعراج الدراية لما ذكر مقدمات الاجارة ذكر في هذا الباب ما هو المقصود منها وهو بيان ما يجوز من عقود الاجارة وما لا يجوز فيها انتهى اقول فيه نوع خلل مما لم يذكر في هذا الباب ما لا يجوز من الاجارة واخذ ذكر ذلك في آخر آت عقيب هذا الباب وهو باب الاجارة الفاسدة بل انما ذكر في هذا الباب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها من المستأجر لا بحسبه كما وقع في عنوان الباب وقال في غاية البيان والعناية لما فرغ من ذكر الاجارة وشرطها ووقت استحقاق الاجرة ذكر هنا ما يجوز من الاجارة بالاطلاق اللفظ وتقييده وذكر البناء من الافعال التي خلاف من الاجير للموجر وما لا يعد خلافا انتهى اقول فيه ايضا شئ فتامل **قوله** ويجوز استيجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها قال تاج الشريعة قوله للسكنى صلة الدور والحوانيت لا صلة الاستيجار يعني ويجوز استيجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لان يقول زمان العقد استأجرت هذه الدار للسكنى لانه لو لم يذكر هذا وقت العقد لا يكون له ان يعمل فيها غير السكنى والتعليل يدل على ما ذكرت انتهى كلامه قال الكثر الشراح الى تتمته في تصوير هذه المسألة غير ان صاحب العناية بعد ان ذكر ذلك المعنى وصححه قال ويجوز ان تعلق قوله للسكنى بالاستيجار اي يجوز استيجار الدور والحوانيت للعمل السكنى وان لم يبين ما يعمل فيها وله ان يعمل كل شئ لا يهون البناء ولا ينقبه وهو الظاهر من كلام القدوري التهى هنا كلامه اقول فيما قاله تاج الشريعة كلام اما اولا فلانه لو كان قوله للسكنى صلة الدور والحوانيت وكان المعنى ويجوز استيجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لم يظهر لتقييد بقوله للسكنى فائدة اصلا لانه امكان يقصد به الاحتراز عن الدور والحوانيت الغير المعدة للسكنى او يقصد به مجرد بيان حال الدور والحوانيت بانها معدة للسكنى فان كان الاول فمع عدم تحقق داره وحانوت لم يعد للسكنى في الخارج لم يصح الاحتراز اذ الظاهر ان الحكم في استيجار كل دار وحانوت ما ذكر في الكتابة وهو الجواز وان كان الثاني فهو من قبيل اللغو فان كون الدور والحوانيت مما يعد للسكنى غني من البيان غير غني واما ثانيا فلان قوله لو لم يذكر وقت العقد لا يكون له ان يعمل فيها غير السكنى ممنوع لانه لو لم يذكر وقت العقد على استيجار الدور والحوانيت للعمل السكنى وعمل فيها غير السكنى مما هو انفع للبناء من السكنى ينبغي ان يجوز لان التقييد فيما لا يتفاوت غير معتبر على ما صرحوا به ولهذا ان اشترط السكنى واحد فله ان يسكن غيره وكما سياتي في الكتاب فقيما هو انفع مما شرط وقت العقد ولي ان لا يعتبر التقييد ثم الانصاف انه لو لم يقع في عبارة مختصر القدوري قيد للسكنى في موضع هذه المسألة كما لم يقع في عبارة عامة معتبرات المتون لكان اولى واحسن كما لا يخفى **قوله** لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح كما رد على صدر الشريعة حيث قال لانه العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فيصح العقد لانه لا ينتظمه قوله ولان يعمل كل شئ سوى ما هو من البناء لان الاصل ان كل عمل لا يضر البناء يستحقه مطلق العقد انتهى كلامه اقول ليس شئ من شرحي كلامه بسديد اما شرحه الاول فلان مراد المصنف وغيره ان العرف يصرف مطلق العمل الى السكنى وبعد ذلك يبقى اعمال السكنى على اطلاقها فلان يعمل كل شئ سوى ما هو من البناء لتحقق الضرر الظاهر فيه ولا منافاة بين القول بصرف العرف مطلق العمل الى اعمال السكنى وبين القول بان لان يعمل كل شئ من اعمال السكنى لاطلاق عمل السكنى نظرا الى انواعه وصنافه وعدم التفاوت فيه فلا ضير في التعليل الذي ذكره المصنف وغيره واما شرحه الثاني وغيره فلانه لو كان الاصل ان كل عمل لا يضر البناء يستحقه مستاجر الدور والحوانيت بمطلق العقد بدون التصريح بالعمل المتعارف فيها هو السكنى لزم ان يستحق العمل الذي ليس من جنس السكنى ايضا ولم يقل به احد بل صرحوا في عامة المعتبرات بانه معروف بالعرف الى عمل السكنى وغيره وهو لا يتفاوت فيصح العقد من غير بيان وقالوا ان الاستحسان وفي القياس لا يصح لان مطلق العمل والانتفاع يتفاوت عمل السكنى وغيره فيتفاوت فلا يكون بد من البيان للجهالة المفضية الى النزاع كما في استيجار الارض للزراعة **قوله** وانه لا يتفاوت فيصح العقد قال صاحب العناية هذا جواب عما عسى ان يقال سلمنا ان السكنى متعارف لكن قد يتفاوت السكان فلا بد من بيانه وقال بعض الفضلاء لا مناسبة لهذا السؤال بالمقام اذ الكلام في عدم وجوب بيان ما يعمل فيها لا في بيان من يسكن انتهى اقول لفظ السكان

في كلام صاحب العناية وقع سهوا من الكاتب بدلا من لفظ السكنى فحينئذ مسائل السؤال بالمقام ظاهرة وإما على ما وقع في النسخ المشهورة فالمراد ولكن قد يتفاوت السكنى إلى آخره تأمل

بتفاوت السكان في العمل فلا بد من بيان ما يعمل فيها وإلا كان تفاوت السكان في العمل سببا للتفاوت نفس العمل الذي هو السكنى كما يذكر تفاوت السكان قصر المسافة ويشير إليه قوله وجهه يعني وجه الجواب ان السكنى لا يتفاوت وما لا يتفاوت لا يشتمل على ما يفسد العقد فصح انتهى حيث قال ان السكنى لا يتفاوت ولم يقل ان السكان لا يتفاوتون بل برتر شد وقال الشارح العيني وفي بعض النسخ ولانه لا يتفاوت وهكذا الصحيح صاحب العناية ولهذا قال هذا جواب عما عسى ان يقال سلمنا ان السكنى متعارف الى آخره او قول خلافه يعين التصحيح اما أولا فلان صاحب العناية لم يصحح تلك النسخة بل لم يتعرض لها قط وأما ثانيا فلان جعل صاحب العناية قول المصنف هذا جوابا عن سؤال مقدر لا يدل على نسخة ولا نسخة بل يأباه او مقتضى هذه النسخة ان يكون قول المصنف هذا وليلا آخر مستقلا والذي يكون جوابا عن سؤال مقدر انما يكون من متمات ما قبله فلم يصح قوله وانه قال هذا جواب عما عسى ان يقال الى آخره وان اراد ان المذكور في لفظ العناية بعد الشرح عبارة هذه النسخة لا غير فليس كذلك اذ ليس فيما ذكر من نسخ العناية عبارة وانه بدون اللام قوله لان فيه نظر اذ الظاهر الا نرى من البناء تقييد العقد بما وإلا له اقول لقائل ان يقول الظاهر من هذا الكلام ان اعمال السكنى يتفاوت فبعض منها لا يرى من البناء وبعض آخر منها يرى منه كالامثلة المذكورة فصار مخالفا للقوله فيما مر آنفا وانه يعني السكنى لا يتفاوت ويمكن ان يقال ان معنى قوله السابق انه لا يتفاوت غالبا فالذي يغير البناء ويرى منه خارج عن العقد بدلالة الحال وذلك القسم الغالب باق على حاله فله ان يعمل من ذلك ما شاء فتأمل

قوله ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لانها قد تستأجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت لا بد من التعيين كيلا يقع المنازعة اقول لقائل ان يقول في تعليل شائبة الاستدراك اذ يكفي تمامه ان يقال لان ما يزرع فيها متفاوت وقوله انها قد تستأجر للزراعة ولغيرها لا يطابق المدعى ولا ينفع له في اثباته فالجواب انه لا بد في صحة عقد استيجار الاراضي للزراعة من امرين احدهما بيان انه يستأجرها للزراعة لانها قد تستأجر لغيرها ايضا فلا بد من نفي الجهالة وثانيهما بيان ما يزرع فيها كما صرح به في الكتاب بقوله ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها ولم يصطلح على اندراج الاول ايضا بالتزامي في مدلول قوله حتى يسمي ما يزرع فيها بناء على ان تسمية ما يزرع فيها فرع التسمية بنفس الزراعة اشار الى تعليل كلا الامرين اما الى تعليل الاول فبقوله لانها قد تستأجر للزراعة ولغيرها واما الى تعليل الثاني فبقوله وما يزرع فيها متفاوت فلا يتمشى في تعليل الامر الموجه استدراك بل كان فيه زيادة فائدة وكان صاحب العناية تفطن لهذه الدقيقة حيث قال في تقرير المقام وجواز استيجار الاراضي للزراعة لانها منفعة معلومة فيها وهي ان يذكر انه يستأجرها للزراعة لانها يستأجر لغيرها ايضا فلا بد من البيان نفيا للجهالة ولا بد من بيان ما يزرع فيها لانه يتفاوت في الضرر بالارض وحده فلا بد من التعيين قطعا للمنازعة انتهى قوله وان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء عملا بالاطلاق اعلم ان استيجار الدواب للركوب على ثلثة اوجه لان المستأجر اما ان يقول عند العقد استأجرتها للركوب ولم يزد عليه شيئا او زاد فعلى هذا اما ان يقول على ان يركب من شاء او يقول على ان يركب فلان ففي الوجه الاول يفسد العقد لان الركوب مما يختلف اختلافا فاحشا فيكون المعقود عليه مجهولا فان اركب شخصا ومضت المدة فالقياس ان يجب عليه اجر المثل لانه استوفى المعقود عليه بعقد فاسد فلا يقلب الى الجواز وفي الاستحسان ان لا يجب المسمى ويقلب جائزا الان الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستيفاء وهكذا اذا ارتفعت من الابتداء لان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة بحسب ما يستوفي المنافع وفي الوجه الثاني يصح العقد ويجب المسمى لان من ركب سواه كان المستأجر اذن غيره لانه تعين مرادا من الاصل فصار كما لو نص على ركوبه ابتداء وفي الوجه الثالث ليس له ان يتعداه لانه تعيين مفيد لا بد من اعتباره فان تعدى صار ضامنا وحكم الحمل كحكم الركوب في جميع هذه الاوجه كذا قالوا واعلم ان الشراح اقتصروا في تعيين المراد بقول القدوري وان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء على وجه من هاتيك الاوجه الثلثة فجزم فوقه منهم كتاج الشريعة وصاحبي العناية والنهاية

قول صاحب الهداية ولان الآدمي غير موزون تقايس الشارح العيني وقال فيه نظر وقد شاهدنا كثيرا من الناس وزنوا الفصد بالقياس بغير فولاد ونحاس ولكن لا ينضبط على ما لا يخفى انتهى وكانه زعم ان مراد صاحب الكافي انه لا يمكن ان يوزن الآدمي بالقياس اصلا وهل يوجد في العالم من الممكنات القائمة بذاتها شئ لا يمكن ان يوزن بالقياس الا ان يكون مجردا واجسامنا ليست كذلك قوله وقال لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد الى آخره قال صاحب العناية وفي عبارته تسامح لان المتعارف مراد بمطلق العقد لا داخل تحته والجواب ان اللام في المتعارف للعهد اي الكبح المتعارف او الضرب المتعارف وحينئذ يكون داخلا تحته لا مرادا والا ان العقد المطلق يتناوله وغيره انتهى كلامه وتصرف بعض الفضلاء في كل من جانبي السؤال والجواب اما في الاول فبان قال يجوز ان يقال المراد بالدخول عدم الخروج واما في الثاني فبان قال ولعل الاولى ان يقول اي بفعل المتعارف انتهى اقول كل من تصرفيه ساقط اما الاول فلان كون المراد بالدخول عدم الخروج لا يدفع التسامح في العبارة فان ذلك المعنى مخالف للنظم من لفظ الدخول جدا فاذا قد ذلك منه على التسامح في العبارة واما الثاني فلانه لو قال في تفسير المصنف اي بفعل المتعارف لم تتم الجواب اذ الفعل المتعارف مطلقا مراد بمطلق العقد لا داخل تحته وانما الداخل تحته الفعل المتعارف الخصوص وهو ههنا الكبح المتعارف او الضرب المتعارف وان اراد بالفعل المتعارف في التفسير الكبح المتعارف او الضرب المتعارف دون الفعل المتعارف مطلقا احتاج الى تفسير آخر فيسيل الى ما قال الاولى ما في العناية كما لا يخفى قوله وفي الاجارة والاعارة يضمن احفظ مامور به تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال لم يبق هو مأمورا بحفظ من جهة المالك فلا يبرأ بالعود فانه لما جاوز الحيرة صار غاصبا للدابة ودخلت الدابة في ضمانه والغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك او على من هو مأمور بالحفظ من جهته المالك ولم يوجد كذا في الكافي وعامة الشروح ونوقض بغاصب الغاصب اذا اراد المغصوب على الغاصب فانه يبرأ وان لم يوجد الرد على احد هذين واجيب عنه في النهاية وكثير من الشروح بانا نريد في الماخذ فنقول انما يبرأ بالرد الى احد هذين او الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه وغرد في النهاية ومعراج الدراية الى الفوائد الظهيرية وقال في العناية والجواب ان الرد على احدهما يوجب البراءة وليس كل ما يوجب البراءة يجب ان يكون الرد على احدهما الجواز ان تحصل البراءة بسبب آخر وقصد بعض الفضلاء ان يجيب عما يرد على ما في العناية بوجه آخر حيث يقال فكيف يستقيم الحصر المذكور عليه بقوله ولا يبرأ الا بالرد على المالك او نائبه لظهور صحته بالنظر الى ما نحن فيه نعم قد يكون المستأجر الذي فعل ما فعل مستأجرا من غاصب الدابة فتدبر انتهى كلامه اقول ليس ذلك مستقيما لان قولهم والغاصب لا يبرأ الا بالرد على المالك او نائبه في حيز الكبرى من الشكل الاول بان يقال المستأجر فيما نحن فيه غاصب بمجاوزة الحيرة وكل غاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك او نائبه فهو لا يبرأ عنه الا باحدهما ولم يوجد ههنا شئ منهما فظهور صحة الحصر بالنظر الى ما نحن فيه لا يفيد صحته بالنظر الى كلية الكبرى والكلام فيها ولو كان مراد صاحب العناية بقوله ولا يبرأ الا بالرد عن المالك او نائبه ان المستأجر فيما نحن فيه لا يبرأ الا بالرد على احدهما لان الغاصب مطلقا لا يبرأ الا بالرد على احدهما لما كان للنقض بغاصب الغاصب ذا رد المغصوب على الغاصب مساس بكلامه فلا يكون لذكره وجواب عنه وجه فان قيل يجوز ان يكون مراده حينئذ بغاصب الغاصب في النقض هو المستأجر الذي استأجر من غاصب الدابة وفعل ما فعل لا غاصب الغاصب مطلقا فيكون للنقض المزبور مساس بكلامه الفيا قلنا فلا يصح الحصر المزبور اذ ذلك بالنظر

كما ذكر في الحديد وشرط له الخنطة وان استأجر حمالا ليحمل له طعاما بطريق كذا فانصرف بطريق آخر هو كذلك فلا ضمان عليه وان بلغ قوله لا يجوز هذا اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لان ذلك لا يتيقن غير مفيد لما ذكان تفاوت يضمن لجهالة التقدير تأمل منه لان الشارح عدم التفاوت اذا كان طريقا سهلة الناس فيها يمشي فيها فلا ضمان لانه صار التقدير فيها بالخطوات ومعلوم ان بلغ قوله لا جرة له ارتفع الخلاف من البين وان بلغ قوله لا يجوز هذا ان كان طريقا لا يسلكه الناس فيها فلا ضمان لحصول المقصود وان تفاوت مع اختلاف في الخطوات ومع استواء رضا المؤجر بها حتى لو طاب له الزيادة لا يتصدق بها فرط بأطيبه فمن ما تقضيا لان الرضا طاب له الزيادة ف

ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور الا ان يسمي جملة الشهور معلومة لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت فيما لا نهاية له تنزل على الواحد لتعذر العمل بالعموم وكان الشهر لواحد معلوما فصح العقد فيه واذا تم كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد بمضي جملة شهور معلومة جاز لان المدة صارت معلومة قال فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه وليس للموجر ان يخرجه الى ان ينقضي ذلك كل شهر سكن أوله لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني الا ان الذي ذكر في الكتاب هو القياس وقد مال اليه بعض المشائخ وظاهر الرواية ان يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى من الشهر الثاني ويؤيدها ان في اعتبار الاول لبعض الخروج

على كون اللام في قوله المذكور للعهد لان قوله الاجارة تنفسخ بالشروط كما يفسد بالبيع لم يذكر شيئا مختصرا وقبيل قوله المذكور بل ذكر قبل مقدار الورقين ووقع منهما مسائل كثيرة من مسائل الاجارة الصحيحة والفاسدة بحيث لم يبق منها ارتباط فالمعنى لان تجعل سياق الكلام حالة يجعل اللام في قوله المذكور للعهد بغير قد ذكر ذلك في البداية والعناية قبيل قوله المذكور كما ترى لكن الكلام في تصحيح الكلام القدوري واما ثانيا فلانه لو كان الكلام في القول المذكور للعهد وكان المعنى ما ذكره لزم ان يكون المذكور في باب الاجارة الفاسدة حكم نوع مخصوص فقط من الاجارة الفاسدة وهو ما فسد بالشروط وان يكون حكم باقي انواعها وهو ما فسد بجهالة المسمى وما فسد بعدم التسمية بالاجماع وما فسد بالشيوع عند ابي حنيفة متروك الذكر بالكلية غير مبين اصلا لا في المختصر القدوري ولا في البداية ولا في العناية ولا في عامة المعتبرات وهذا محال لقبلة الفطرة السليمة واما ثالثا فلانه ان سلم ان اللام في القول المذكور للعهد ما قيل على الوجه الذي ذكره يرد عليه ان يقال من الاجارة الفاسدة بالشروط وما لا يجب فيه الاقل من اجر المثل ومن المسمى بل يجب فيه اجر المثل بالغا ما بلغ كما اذا استأجر دارا او حانوتا سنة بجانب رقم على ان يسكنها المستأجر فان الواجب على المستأجر هناك اجر المثل بالغا ما بلغ صرح به في فتاوى قاضيخان وغيرها وذكر في النهاية ايضا نقلا عن فتاوى قاضيخان الى غير ذلك من النظائر التي صرح بها في المعتبرات فينتقض بمثل ذلك قوله الواجب في الاجارة التي فسدت بالشروط الاقل من اجر المثل والمسمى ثم اقول الحق عندي ان اللام في القول المذكور ليس للعهد كما زعمه صاحب العناية بل هو للاستغراق او الجنس وانه لا حاجة الى تقييد الحكم المذكور بانه فيما اذا كان فساد الاجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى ولا باعتبار عدم التسمية كما ذهب اليه جمهور الشراح وذلك لان معنى الكلام ان الواجب في الاجارة الفاسدة اجرة المثل لا يجاوز به المسمى اذا كان هناك مسمى معلوم لان مجاوزة المسمى انما يتصور فيه فانه اذا لم يكن هناك اجر مسمى او كان المسمى مجهولا لا يمكن ان يجاوز المسمى بشيء اصلا للقطع بان المجاوزة تقتضي الحد المعلوم فيلغو ان يقال هناك لا يجاوز المسمى باجر المثل فصار ملخص المعنى ان الواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل الا ان يكون هناك مسمى معلوم فحينئذ لا يجاوز به المسمى بل يجب الاقل منهما فعلم منه حكم الاجارة الفاسدة مطلقا وهو وجوب اجرة المثل بالغا ما بلغ ان لم يكن هناك مسمى معلوم ووجوب الاقل من اجرة المثل ومن المسمى ان كان هناك مسمى معلوم والحاصل ان الشراح جعلوا وجوب الاقل من اجرة المثل ومن المسمى معنى مجموع الكلام المذكور فوقعوا فيما وقعوا واذا جعل ذلك معنى آخر الكلام المذكور وهو قوله لا يجاوز به المسمى والقي اوله على ظاهره وهو وجوب عين اجر المثل كما قلناه وكان حكم الاجارة الفاسدة مطلقا مستوفيا بالكلية من غير ان يلزم شيء من المحذورات فتامل وكن الحاكم الفيصل **قوله** ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور قال تاج الشريعة فان قلت لو كان فاسد الجاز الفسخ في الحال قلت الاجارة من العقود المفاتة والانفساخ في اول الشهر قبيل الانقضاء كيف يفسخ انتهى وتبعه الشارح البيري في السؤال والجواب المقبول في الجواب ان الانعقاد الاجارة وان كان في اول الشهر الا ان عقدا قد تحققت في الحال بالايجاب والقبول فلم لا يكفي في جواز الفسخ كون الفسخ بعد تحقق العقد وقد مر في اول كتاب الاجارة ان الاجارة مطلقا تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة فقالوا في توجيه تراخي الانعقاد الى حدوث المنافع ساعة فساعة مع وجود علته في الحال وهي العقد ان الانعقاد حكم الشرع والعلل الشرعية تفاير العلل العقلية في جواز التخلف كما من معلولا لا تنافي علتها فلم لا يجوز الفسخ قبل اوان الانعقاد ولم لا يكفي كونه بعد تحقق العقد الذي هو سبب الانعقاد ولما جاز فسخ الاجارة الصحيحة ايضا بعذر او عيب قبل استيفاء المنافع بتمامها فانه اذا لم يحدث جزء من المنافع لم تتحقق الانعقاد في حقه فيلزم الفسخ قبل الانعقاد بالنظر اليه مع انه لا اشكال في جواز ذلك كما صرحوا به قاطبة وسيجيء في الكتاب **قوله** واذا كان كل واحد منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح قال في المحيط البرهاني

وان استاجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وان لم يبين قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة بل وان لم يسم جملة الاجرة فهو كما لو استاجرها كل شهر بدرهم

وفي الاصل اذا استاجر البيت من آخر واكل شهر بعشرة دراهم فان ابا حنيفة قال هذا جائز ولكل واحد منهما ان ينقض الاجارة في راس الشهر فان سكن يوما او يومين لزمه الاجارة في الشهر الثاني واختلفت عبارة المشايخ في تخريج المسئلة فبعضهم قال اراد بقوله جائز ان الاجارة في الشهر الاول جائزة فاما فيما بعد ذلك من الشهور فالاجارة فاسدة لجهالة المدة لان الاجارة اذا جازت الشهر الثاني ولم يفسخ كل واحد منهما الاجارة في راس الشهر جازت الاجارة في الشهر الثاني لان الشهر الثاني صار كالشهر الاول وبعضهم قال لا بل الاجارة جائزة في الشهر الثاني والثالث كما جازت في الشهر الاول وانما لا يحكم بصحة العقد في الكتاب بل يحكم بصحته ان جازت الاجارة فيما وراء الشهر الاول وان كانت المدة مجهولة لتعامل الناس من غير نكير فكان تعاملا منهم بمنزلة ما لو نص عليه وان جازت الاجارة فيما وراء الشهر الاول فلكل واحد منهما راس كل شهر ان يفسخ الاجارة لان الاجارة وان كانت جائزة فيما وراء الشهر الاول لكنها غير لازمة بل هي جائزة بمعنى ان لكل واحد منهما ان يفسخ الاجارة لان الاجارة وان لازمت الطرفين من كل وجه لا يخلو اما ان كان لها خطر الوجود او لا خطر لها فان كان لها خطر الوجود كالاجارة المشاهرة فان لكل واحد منهما ان يفسخ الاجارة في راس كل شهر لان الشهر لزوال عقبة المشاهرة عن ملك الموجر معنى لانه لا يملك سكناها ولا بيعها ولا هبتها ابدا الدهر لانه لا نهاية لجملة الشهور وهذا لا يجوز فلهذه الضرورة كان لكل واحد منهما الخيار بين الفسخ والمضي في راس كل شهر وان كانت الاجارة جائزة في الشهر فيجوز ان يقال على الشهر وقال الا ان المشايخ بعد هذا اختلفوا في كيفية امكان الفسخ لكل واحد منهما راس كل شهر واما اختلفوا الان راس الشهر في الحقيقة عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال فكما اهل الهلال مضى راس الشهر فلا يمكن الفسخ لهذا لمضي وقت الهلال وبعد ذلك لا يمكنه الفسخ لانه لم يجئ وقته والصحيح في هذا احد الطرق الثلثة ان يقول الذي يريد الفسخ قبل مضي الشهر فسخت الاجارة فيتوقف هذا الفسخ الى انقضاء الشهر فاذا انقضى الشهر واهل الهلال عمل الفسخ حينئذ عمله وتقدر انه لم يجد نفاذا في وقته والفسخ اذا لم يجد نفاذا في وقته يتوقف الى وقت نفاذ وبه كان يقول ابو نصر محمد بن سلام البلخي ونظير هذا ما قاله محمد رح في البيوع اشترى عبدا على انه بالخيار فحم العبد وفسخ المشتري العقد بحكم الخيار لم ينفذ هذا الفسخ بل يتوقف الى ان يزول الحمى وقال في المضاربة رب المال اذا فسخ المضاربة وقد صار مال المضاربة عروضا لم ينفذ الفسخ للحال بل يتوقف الى ان يصير مال المضاربة دراهم او دنانير فينفذ الفسخ حينئذ كذا ههنا وقيل الذي يريد الفسخ في خلال الشهر فسخت العقد راس الشهر فينفسخ العقد اذا اهل الهلال ويكون هذا فسخا مضافا الى راس الشهر وعقد الاجارة يصح مضافا فاذا فسخه يصح مضافا والفسخ الذي يريد الفسخ في الليلة التي يهل فيها الهلال ويومها هذا القائل يقول لم يرد محمد بقوله لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة راس الشهر من حيث الحقيقة وهو الساعة التي يهل فيها الهلال فانما اراد بهراس الشهر من حيث العرف والعادة وهي الليلة التي يهل فيها الهلال ويومها هذا كما قال محمد رحمه الله في كتاب الايمان اذا حلف الرجل ليقضين حق فلان راس الشهر فقضاه في الليلة التي يهل فيها الهلال او في يومها لم يحنث استحسانا الى ههنا لفظ المحيط وهكذا ذكره الناطفي ايضا وقال صاحب الهداية عن الذخيرة بفسخ اجمال منه قول قائل ان يقول الطريق الاول والثاني من الطرق الثلثة المذكورة مما لا يساعده عبارة الائمة في رسم هذه المسئلة فان محمدا رح قال في الاصل ولكل واحد منهما ان ينقض الاجارة في راس الشهر والانام فانفسخان قال في فتاوى اهل سمرقند او وقته كل شهر بدرهم كان لكل واحد منهما ان يفسخ الاجارة عند تمام الشهر والمنقض قال منهما وافذ تم كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة ولا يخفى ان مقتضى هذه العبارات ان يكون ثبوت خيار الفسخ لكل واحد منهما عند تمام الشهر الاول ودخول راس الشهر الثاني لا بل ذلك دلالة ذينك الطريقين على ان ثبت لهما خيار الفسخ في خلال الشهر الاول قبل تمامه واقول يمكن ان يقال نفاذ الفسخ وتاثيره في ذينك الطريقين ايضا عند ان يقضي الشهر الاول واهل الهلال الشهر الثاني وان كان التكلم بالفسخ فيهما في خلال الشهر الاول فيجوز ان تكون تلك العبارات في وضع هذه المسئلة بمعنى ان الصور اثبت الخيار لكل واحد منهما عند تمام الشهر الاول ودخول راس الشهر الثاني وعند الغاية ما يمكن توجيه الطريقين المذكورين وهما كان

لان اوقات كلها في حق الاجارة على السواء فاشبه اليمين بخلاف الصوم لان الليالي ليست بمحل له ثم ان كان العقد حين يهل هلال شهر السنة كلها بالاهلة لانها هي الاصل وان كان في اثناء الشهر فالكل بالايام عند ابي حنيفة رح وهو رواية عن ابي يوسف رح وعن محمد رح رواية عن ابي يوسف الاول بالايام ضرورة ملكنا الى آخر السنة وتطيره العدة وقد مر في الطلاق قال ويجوز اخذ اجرة الحجام وكسب الحجام فاما الحجام فلتعارف الناس ولم يعتبر الجهالة لاجماع المسلمين وهو حسن وما روي عن الله حسن وما روي عن ابي هريرة رض ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطى الحجام اجره واعطى الحجام الاجرة وانه استيجار على عمل معلوم باجر معلوم فيقع جائزا قال ولا يجوز اخذ اجرة عسب التيس وهو الذي يؤاجر نفسه للضراب لان فيه دناءة وقد نهى عليه السلام عن كسب التيس والمراد اخذ الاجرة عليه قال ولا الاستيجار على الاذان والحج والامامة وتعليم القرآن والفقه والاصل ان كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستيجار عليه عندنا وعند الشافعي رح يصح كل ما لا يتعين على الاجير لانه استيجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز كالخياطة وبناء الحائط ولنا قوله عليه السلام اقرءوا القرآن ولا تاكلوا به وفي اخرى عن عثمان بن ابي العاص ان آخر ما عهد الي رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اتخذ مؤذنا لا يأخذ على اذانه اجرا ولان القربة متى حصلت ووقعت عن العامل وبقي التعليم هبة ابتداء فله الرجوع كما في الصوم والصلاة ولان التعليم مما لا قلة للمتعلم عليه لا يمكن من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا قلة على تسليمه فلا يصح اخذ الاجر من غير كما في الصوم والصلاة

يعني غاية ما في الباب ان الامام الزيلعي رد على من قال من المشايخ في تخريج هذه المسئلة ان العقد جائز في الشهر الثاني والثالث ايضا للتعامل الناس من غير نكير منكر الا ان لكل واحد منهما خيار الفسخ براس كل شهر لنوع ضرر وحيث قال في شرح الكنز ولا معنى لقول من قال من المشايخ ان العقد صحيح في الشهر الثاني والثالث للتعامل الناس لان التعامل اذا كان مخالفا للدليل لا يعتبر انتهى اقول بل لا معنى لما قاله الزيلعي لان التعامل اذا وقع من غير نكير منكر فقد حل محل الاجماع وفيما نحن فيه وقع كذلك على ما صرح به من قال من المشايخ بجواز العقد في كل الشهر والاجماع دليل قطعي والدليل الذي خالفه التعامل ههنا انما هو كون جهالة المدة مفسدة للعقد وهو موجب القياس والقياس دليل ظني لا يصلح للمعارضة للدليل القطعي اصلا فضلا عن ان لا يعتبر القطعي في مقابلته على انه قد تقرر عندهم ان الجهالة المفسدة للعقد انما هي الجهالة المفضية الى النزاع دون مطلق الجهالة كما مر في البيوع وجهالة المدة فيما نحن فيه ليست بمفضية الى النزاع اذ لكل واحد منهما نقض العقد في راس كل شهر فكيف يقع النزاع قوله لان الاوقات كلها في حق الاجارة محل السواء قال صاحب العناية في تعليلها لذكر الشهور منكوس واعتبار الشهر المضيف اقول ليس في اكثر بسديد اما اولا فلان المذكور في مسئلة الكتاب هو السنة دون الشهور واما ثانيا فلان المذكور في مسئلة النذر بالصوم ايضا منكوس مع ان الجواب مختلف والصواب في تعليل ذلك ان يقال لان كل الاوقات محل للاجارة اذ لا منافاة بين الاجارة وبين وقت ما اصلا فان التعليل هو الفارق بين المسئلتين وهو الموافق للقول المضيف بخلاف الصوم لان الليالي ليست بمحل له بمقتضى كلامكم ان كان بين هلال قال صاحب العناية بضم الياء وفتح الهاء على صيغة بنا المفعول اي يصير الهلال قال الزاد به اليوم الاول ورد عليه صاحب النهاية بما قال في شرحه حين يهل بقوله اراد به اليوم الاول وفيه نظر لانه ليس حين يهل الهلال بل اول الليلة الاولى من الشهر انتهى كلامه اقول نظره ناقل لان صاحب النهاية قد فسر قوله يهل الهلال بقوله اي يصير الهلال فعلى مقتضى هذا التفسير كان معنى قوله حين يهل الهلال حين يصير الهلال وهو اول الليلة من الشهر قطعا وليس مراده بقوله اراد به اليوم الاول نفس معنى قوله حين يهل الهلال اذ قد علم مما مر من تفسيره السابق قبل هذا بقليل مراده بذلك بيان ان ليس المراد بقوله حين يهل الهلال في هذه المسئلة معناه الحقيقي وهو اول الليلة من الشهر لتعسر كون العقد فيه بل المراد به معناه العرفي وهو اليوم الاول من الشهر وهذا نظير ما قالوا في المسئلة الاولى لم يرد محمد رحمه الله براس الشهر في قوله لكل واحد منهما ان يفسخ الاجارة راس الشهر من حيث الحقيقة وهو الساعة التي يهل فيها الهلال بل راس الشهر من حيث العرف والعادة وهو الليلة التي يهل فيها الهلال ويومها فلا يرد عليه النظر الذي ذكره اصلا قوله لان القربة متى حصلت ووقعت على العامل الى آخره اقول ينتقض هذا بما ذكره المصنف في باب الحج عن الغير من كتاب الحج حيث قال ثم ظاهر المذهب ان الحج يقع عن المحجوج عنه وبذلك يشهد الاخبار الواردة في الباب كحديث الخثعمية فانه عليه السلام قال فيه حجي عن ابيك واعتمري انتهى فان ذلك صريح في وقوع القربة عن غير العامل قال صاحب الكافي في تقرير هذا الدليل ولان القربة متى وقعت تقع ثوابها للفاعل لا للغير انتهى اقول يخالف هذا ما صرح به المصنف وصاحب الكافي ايضا في اول باب الحج عن الغير من ان الاصل ان الانسان له ان يجعل ثواب عمله لغيره وسلوه كانت اوصوما او صدقة او غيرها عند اهل السنة والجماعة لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه ضحى بكبشين املحين احدهما عن نفسه والآخر عن امته ممن اقر بوحدانية الله تعالى وشهد له بالبلاغ فجعل ثواب تضحية احد الشاتين لامته انتهى فليتامل قوله ولان التعليم على المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما لما لا يقدر على تسليمه فلا يصح اقول فيه بحث لانه ان اريد ان المعلم لا يستحق في التعليم شيئا اصلا فهو ممنوع فان التلقين والالقاء فعل المعلم وحده لا دخل فيه للمتعلم وانما وظيفته الاخذ والفهم وان اريد ان للمتعلم ايضا مدخل في ظهور اثر التعليم وفائدته فان المتعلم ما لم يأخذ ما القاه المعلم ولم يفهم والقنه لم يظهر للتعليم اثر وفائدة فهو مسلم ولكن الذي يلتزمه المعلم انما هو فعل نفسه

وبعض مشائخنا استحسنوا الاستيجار على تعليم القرآن اليوم لانه ظهر التواني في الامور الدينية فلو الاشتراع يضيع حفظ القرآن وعليه الفتوى قال ولا يجوز الاستيجار على الغناء والنوح وكذا سائر الملاهي لانه استيجار على المعصية لاستحقاق بالعقد قال واجبوا اجارة المشاع عند ابي حنيفة لان كل واحد يجوز اجارة المشاع جائزة وصورته ان يجمع بين ما يملكه وبين ما يملكه من غير الشريك كما ان المشاع منفعة وهذا يجوز اجارة النصف والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايؤ فصار كما اذا آجر من شريكه او من اجنبي ولهما ان المشاع لا ينتفع به الا بالتهايؤ والتسليم به متعذر لان الشريك لا يتمكن من الانتفاع بنصيبه الا بتسليم نصف نصيب شريكه وهو مستحق عليه فلا يتمكن من تسليم نصيبه الا بالتهايؤ فصار كما اذا آجر من شريكه او من اجنبي بخلاف ما اذا آجر من اجنبي لان التسليم ممكن بالتخلية وبخلاف البيع لان المبيع لا ينتفع به

ويجوز استيجار الظئر باجرة معلومة لقوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن ولان التعامل به كان جاريا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقيد بالظئر هو عليه ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهي خدمة الصبي والقيام به واللبن تبع على طريق التبع بمنزلة الصبغ في الثوب وقيل ان العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة ولهذا لو ارضعته بلبن شاة لا يستحق الاجر

في الوكالة على انه لو ثبت هذا ابتداء وبقاء يسقط الاعتراض وانما الخصم يقول الاتفاق للعقد فيها انتهى اقول كل من هذين رده وخلاوته فاسدا اما الاول فلان قوله لانها عقد لازم ناظر الى قوله دون وجه اولا الى المجموع قوله من وجه دون وجه من حيث هو مجموع لا الى قوله من وجه وجه وحده كما توهمه صاحب العناية وبنى عليه رده كما مر فمعنى الجواب ان بقاء الاجارة حكم الابتداء من وجه دون وجه لانها عقد لازم فان العقد الغير اللازم يكون بقائه حكم الابتداء من كل الوجوه فاذا لم يكن بقاء الاجارة حكم الابتداء من وجه لم يكن الشيوع مقارنا للعقد من هذا الوجه فلم يكن الطارئ كالمقارن والحاصل ان هذا الجواب المذكور على الفرق بين الشيوع الطارئ والمقارن اصلا من الوجه الثاني دون الاول وصاحب العناية توهم العكس حتى بناء في تقرير الجواب قول المجيب دون وجه ولم يرد ان الجواب حينئذ لا يكون دافعا للسؤال بل يكون مقويا له كما لا يخفى بالتامل الصادق واما الثاني فلان ثبوت البقاء لعقد الاجارة مما لم ينازع فيه احد فان الاصل عندنا ان العين المستاجرة اقيمت مقام المنفعة في اضافة العقد اليها وان العقد وهو الايجاب والقبول الصادران من المتعاقدين مع ارتباط احدهما بالآخر بما شرعا بقاء العين المستاجرة على السلامة وانما الذي يتجدد ساعة فساعة هو الانعقاد وفي حق المعقود عليه وهو المنفعة احداثه شيئا فشيئا وهذا مع كونه معلوما مما تقرر في صدر كتاب الاجارة منكشف بما ذكر ههنا في الكافي وكثير من الشروح وهو ان الشيوع الطارئ بان استاجر رجل من رجلين ثم مات احد المستاجرين او بان آجر رجلان من رجل ثم مات احد الموجرين يفسد العقد في حق الحي في رواية الطحاوي عن خالد بن صبيح عن ابي حنيفة رحمه الله لان الاجارة تتجدد انعقادها بحسب حدوث المنافع فكان هذا في معنى الشيوع المقترن بالعقد وفي ظاهر الرواية يبقى العقد في حق الحي لان تجدد الانعقاد في حق المعقود عليه فاما اصل العقد فمنعقد لازم في الحال وباعتبار هذا المعنى الشيوع طارئ والشيوع الطارئ ليس كنظيره المقارن كما في المبتغى وهب كل الدار وسلمها ثم رجع في نصفها انتهى ما في الكافي وكثير من الشروح وهكذا ذكر في المبسوط والاسرار ايضا فتنبه **قوله** ويجوز استيجار الظئر باجرة معلومة قال في النهاية علم ان القياس يابى جواز اجارة الظئر لانها ترد على استهلاك العين مقصودا وهذا لان اللبن فكان بمنزلة لو استاجر شاة او بقرة مدة معلومة باجر معلوم ليشرب لبنها لكن جوازها استحسانا لقوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن وهذا العقد لا يرد على العين وهو اللبن مقصودا وانما يقع على فعل التربية والحضانة وخدمة الصبي واللبن يدخل فيها تبعا لهذه الاشياء ومثل هذا جائز كما لو استاجر صباغا ليصبغ له الثوب فانها جائزة وطريق الجواز ان يجعل العقد واردا على فعل الصباغ والصبغ يدخل فيه تبعا فلم يكن الاجارة واردة على استهلاك العين مقصودا وبهذا خرج الجواب عن فصل البقرة والشاة لان هناك عقد الاجارة ترد على استهلاك العين مقصودا كذا في الذخيرة الى ههنا لفظ النهاية اقول هذا تحرير ركيك بل مختل لان المشائخ قد كانوا مختلفين في ان المقصود عليه في استيجار الظئر ماذا فقال بعضهم هو المنافع وهي خدمتها للصبي واللبن تبع كالصبغ في الثوب وقال بعضهم هو اللبن والخدمة تابعة على ما سياتي تفصيل ذلك ومدار ما ذكر في وجه القياس هو القول الثاني ومدار ما ذكر في وجه الاستحسان لقوله وهذا لان العقد لا يرد على العين الخ وهو القول الاول فهل ينبغي ان يقال في المسئلة المتفق عليها ان القياس يابى جوازها ولكن جوزناها استحسانا فيذكر في وجه القياس ما يختص باحد القولين في معنى ما تنبك المسئلة وفي وجه الاستحسان ما يختص بالقول الآخر في معناها ولا يخفى انه لا يصح على احد القولين وجه القياس ولا يصح على القول الآخر وجه الاستحسان فلا يوجد في المسئلة قياس واستحسان على الوجه المزبور على ان ما ذكر في وجه الاستحسان يقتضي انتفاء ذلك القياس اصلا لا ترك العمل به بعد تقرر ثبوته كما هو حكم الاستحسان في مقابلة القياس على ما عرف تامل **قوله** لقوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن قال الشراح يعني بعد الطلاق اقول الاولى ان يقال يعني بعد الطلاق والعدة ليوافق ما مر في الكتاب في باب النفقة من كتاب الطلاق وهو قوله وان استاجرها وهي زوجته او معتدته لم يجز انتهى وقصد بعض الفضلاء توجيه كلامهم فقال في تفسير

والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استاجر فحلا ليطرقها وسنبين الفرق عن قريب بمشيئة الله

قول صاحب العناية يعني بعد الطلاق البائن وقال اذ لا يجوز بعد الطلاق الرجعي قبل انقضاء العدة انتهى اقول ليس فراق تام لانه لا يجوز بعد الطلاق البائن ايضا قبل انقضاء العدة في رواية وهي التي اختارها في الكتاب فيما مر وعن هذا قال المصنف هناك وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة وكذا في المبسوط في رواية انتهى فتدبر قوله والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا يقع على اتلاف الاعيان مقصودا الى آخره القول اختيار صاحبي الذخيرة والايضاح واختاره المصنف ايضا كما ترى والقول الثاني اختيار شمس الائمة السرخسي حيث قال في المبسوط وزعم بعض المتاخرين ان المعقود عليه المنفعة وهي القيام بخدمة الصبي وما يحتاج اليه فاما اللبن فتبع فيه لان اللبن جين والعين لا يستحق بعقد الاجارة كلبن الانعام ثم قال والاصح ان المعقود عليه اللبن لانه هو المقصود وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به هكذا ذكره ابن سماعة عن محمد رحمه الله فانه قال استحقاق لبن الآدمية بغير عقد الاجارة دليل على انه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على انه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة انتهى كلامه وتعجب صاحب النهاية من انتيار المصنف ما اعرض عنه الامام الكبير شمس الائمة السرخسي بعد ان راى مثل هذا الدليل الواضح والرواية المنصوصة عن محمد رحمه الله ورد عليه صاحب العناية بعد ان رضي تعجبه من فلك حيث قال وهو تقليد صرف فان الدليل ليس بواضح لان مداره قوله لانه هو المقصود وهو ممنوع بل المقصود هو الارضاع وانتظام امر معاش الصبي على وجه خاص يتعلق بامور وسائط منها اللبن فجعل العين المرئية منفعة ونقض القاعدة الكلية ان عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع مع الغنى عن فلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ولا تثبت له برواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله فانه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على انه لا يجوز بيعه وجواز لبن الانعام دليل على انه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة لانه ليس بظاهر الرواية ولئن كان فنحن ما منعنا ان يستحق بعقد الاجارة وانما الكلام في استحقاقه من حيث كونه مقصودا او تبعا وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من فلك الى هنا كلامه اقول خاتمة كلامه ليست بصحيحة اذ في كلام محمد ما يدل على ان استحقاقه من حيث كونه مقصودا لا محالة لانه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على انه لا يجوز بيعه ولا شك انه لا ولاية على عدم جواز بيعه الا بان يكون استحقاقه من حيث كونه مقصودا الا ترى ان الصبغ في الثوب يستحق بعقد الاجارة بجامع انه مما يجوز بيعه قطعا ثم ان الشارح للعيني ههنا كلمات كثيرة منحرفة ذكرها تفويته لما ذهب اليه شمس الائمة السرخسي ورد اعلى صاحب العناية ما ذكره في رده على صاحب النهاية فان ذكرنا كلها وبينا حالها التزمنا الاطناب بالاطائل ولكن لا علينا ان نذكر هنا من اولها وآخرها قال بعد نقل ما في النهاية والعناية قلت قول شمس الائمة السرخسي هو الاقرب الى الفقه لان الاعيان تحدث شيئا فشيئا مع بقاء اصلها بمنزلة المنافع فيجوز اجارتها كالعارية لمن ينتفع بالمتاع ثم يرده والعمرة لمن ياكل ثمرة الشجرة ثم يردها والمنحة لمن يشرب لبن الشاة ثم يردها ثم قال في آخر كلامه ويقول صاحب العناية لما روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله انه غير ظاهر الرواية وهو من كبار اصحاب محمد وابي يوسف القاضي وكان من العلماء الكبار العاملين وكان يصلي كل يوم مائتي ركعة اقول كل ما قاله في الاول والآخر فاسد اما ما قاله في الاول فلان معنى حدوث المنافع شيئا فشيئا ان لا يكون لها بقاء اصلا بناء على عدم بقاء الاعراض زمانين عند المتكلمين ولا شك ان هذا المعنى ليس بمتحقق في الاعيان فكيف تكون الاعيان بمنزلة المنافع ولو سلم فلك لم يجز اجارة الاعيان قطعا اذ حقيقة الاجارة تمليك المنافع بعوض دون تمليك الاعيان فان تمليك الاعيان بعوض هو البيع لا غير وهذا امر مقرر عند الفقهاء قاطبة وما ذكره من التنظيرات والتشبيهات مما لا يجدي شيئا اما صورة العارية فلان العين هناك باق على حاله وانما الانتفاع بالمنافع فلا مساس لها بما نحن فيه واما الصورتان الاخريان فان العين فيهما وان كان محلا للغير لكن لا بطريق الاجارة بل بطريق الهبة او الصلة

واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة عتبارا بالاستيجار على الخدمة **قال** ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا وعند ابي حنيفة رحمه الله لا يجوز لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استاجرها بالخبز والطبخ ولان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان في العادة التوسعة على الاظآر شفقة على الاولاد فصار كبيع تفيز من صبرة بخلاف الخبز والطبخ لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة وفي الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة واجلها وذرعها فهو جائز يعني بالاجماع ومعنى تسمية الطعام دراهم ان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها وهذا لان الجهالة فيه ولو سمى الطعام وبين قدره جاز ايضا لما قلنا.

فلا فائدة لها فيما نحن فيه اذ الكلام في ان عقد الاجارة لا يرد على الاعيان لان شيئا من المعقود لا يرد عليها واما ما قاله في الآخر فلان المراد بالظاهر الرواية عند الفقهاء رواية الجامعين والزيادات والمبسوط والمراد بغير ظاهر الرواية عندهم رواية غيرها وهذا مع كونه مستفادا منهم مذكورا في مواضع شتى قد صرح به الشراح وغاية حتى ذلك الشارح نفسه ايضا في كتاب الاقرار ولا شك ان مراد صاحب النهاية ايضا ههنا بقوله ان ما روى ابن سماعة عن محمد ليس بظاهر الرواية انه ليس بمروي في تلك الكتب الاربعة لمحمد رحمه الله التي هي الرواية المعتمدة بجلالة وكون ابن سماعة من كبار العلماء الصالحين مما لا يقدح في ذلك قطعا وما الشبهة فيه الا من الاصل المنقول عن اصطلاح الفقهاء في ظاهر الرواية وغير ظاهرها فكانه يبني ما قدمت يداه **قوله** واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستيجار على الخدمة قال جماعة من الشراح في تفسير قوله ما ذكرناه يعني من جواز الاجارة باحد الطريقين اقول فيه نظر اذ لو كان مراد المصنف بقوله ما ذكرنا ما يعم الطريقين لما تم قوله اعتبارا بالاستيجار على الخدمة لان الاعتبار بالاستيجار على الخدمة اي القياس على ذلك لا يصح على الطريق الثاني فان العقد في الاستيجار على الخدمة يقع على اتلاف المنفعة مقصودا لا محالة وفي استيجار الظئر يقع على اتلاف العين مقصودا على موجب الطريق الثاني فكيف يصح اعتبار احدهما بالآخر فالحق ان مراده بقوله ما ذكرناه ما اختاره من رجحان الطريق الاول على الطريق الثاني ومن هذا قدم ذكر الكتاب والسنة في اثبات هذه المسئلة واخر ذكر القياس اي ههنا فان اثباتها بالكتاب والسنة متفق على كلا الطريقين فناسب ذكرهما متصلا باصل المسئلة واما اثباتها بالقياس فمختص بالطريق الاول فناسب ذكره بعد تفصيل الطريقين وبيان ما هو المختار عنده وموافقا للقياس فبهذا التحقيق ظهر سقوط السوال وركاكة الجواب اللذين ذكرهما صاحب العناية بقوله فان قيل قد علم من اول المسئلة جوازها حيث صدر الحكم فاستدل لها فائدة هذا الكلام قلت اثبت جوازها بالكتاب والسنة او لانهم رجع الى اثباتها بالقياس انتهى تدبر تفهم **قوله** ومعنى تسمية الطعام دراهم ان تجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها قال صاحب النهاية هذا التفسير الذي ذكره لا يستفاد ومن ذلك اللفظ ولكن يحتمل ان يكون معناه اي سمى الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها ثم اعطى الطعام بازاء الدراهم المسماة انتهى اقول ليت شعري كيف لا يستفاد هذا المعنى من ذلك اللفظ حتى يصح لعنه في المعنى الذي ذكره المصرباته لا يستفاد ومن ذلك اللفظ وقبوله هذا المعنى فان هذا المعنى ان لم يكن اكثر بعدا من ذلك اللفظ من المعنى الذي ذكره المصنف فلا اقل من المساواة لانه اذا صير الى حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه في ذلك اللفظ اي لفظ الجامع الصغير بان كان تقديره ان سمى بدل الطعام دراهم كما حمله عليه الامام الزيلعي جاز ان يفهم منه اول المعنى الذي ذكره المصر وهو قوله ان تجعل الاجرة دراهم ولكن لا يفهم منه اصلا آخره وهو قوله ثم يدفع الطعام مكانه كما نبه عليه الامام الزيلعي حيث قال لكن لا يفهم منه انه اعطى بدل الدراهم طعاما وانما يفهم منه انه سمى بدل الطعام دراهم لا غير انتهى واما المعنى الذي ذكره صاحب النهاية فله اشتراك في الاجرة مع المعنى الذي ذكره المصنف وهي اوله تفصيل اجمال على ما في اول المعنى الذي ذكره المصنف فان فهم ذلك التفصيل من المضاف المقدر في لفظ الجامع الصغير كان المعنيان متساويين في الافهام لبعض الاول منهما من ذلك اللفظ وعدم افهام البعض الآخر منهما والا كان ذلك المعنى الذي ذكره صاحب النهاية اكثر بعدا من ذلك اللفظ من المعنى الذي ذكره المصنف فلا وجه لرد الثاني وقبول الاول وقال صاحب العناية بعد نقل ما قاله صاحب النهاية وهو حق ولكن لو قدر في كلام المصر لفظة بان يقال ان تجعل الاجرة دراهم بدلا بل الى ذلك انتهى اقول لا يخفى على من له دربة باساليب الكلام ان تقدير بدلا بعد ان اخذت كلمة ان تجعل مفعولا صار كيف من حيث الاعراب والمعنى فعليك بالتامل الصادق مع ملاحظة قوله ثم يدفع الطعام مكانه وذكر بعض الفضلاء توجيهين آخرين للفظ الجامع الصغير حيث قال يجوز ان يكون الطعام منصوبا على نزع الخافض اي للطعام او المراد بالتسمية هو التعيين اي عين الطعام بدراهم والتعدية الى دراهم بنفسه باعتبار

لا يشترط تعجيله ان وصافها اتمان ليشترط بيانه بان لا يتاجر عند ابي حنيفة خلافا لهما وقد ذكرا في البيوع وفي الكسوة يشترط بيان الاجل ابتداء بيان القدر والجنس لانه اذا صار ثمنا في الذمة اذا صار مبيعا وثمنا يصير مبيعا عنده لاجل كما في السلم قال وليس للمستاجر ان يمنع زوجها من وطيها لان الوطي حقه ولا يتمكن من ابطال حقه الا ترى ان لها ان ترضع ولدها ولا يعلم به صيانة لحقه لان المستاجر يمنعه عن غشيانها في منزله لان المنزل حقه فان علم ان لم يفسخ الاجارة اذا خافوا على الصبي منها لان الحامل ينسد لبنها فيضر بالصبي فلهذا كان لها ان ترضع اذا رضيت ايضا عليها ان تصلح طعام الصبي لان العمل عليها والحاصل انه يتبرفيها ما تحتاج عليه الفرقة فمثل هذا الباب فاجرة الظئر في عمل ثاب الصبي واصلاح الطعام غير ذلك فهو على الظئر اما الطعام فعلى الوالد والولد واما ذكر محمد رحمه الله الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة اهل الكوفة وان ارضعته في المهد بلبن شاة فلا اجر لها لانها لم تات بعمل يستحق عليها وهو الارضاع فان هذا ايجار وليس بارضاع فان حاصل العمل ثم مرفوع الحائل غير ان الشيخ الصفار رحمه الله اجرها اذا استاجرها ليعمل عليها طعاما يقفيزه فالاجارة فاسدة لانه لا اجر بعد خروج من عمله فيصير كما لو استاجرها ليطحن له حنطة بقفيز من عنده وفي السير الكبير عن ابي حنيفة رحمه الله اذا استاجر ظئرا ترضع ولده فلا بأس بان يشترط عليها ان لا تسقيه خمرا ولا تطعمه لحم الخنزير لان الظئر تؤاجر نفسها للرضاع والحضانة وهذا من باب الحضانة فان الحاضنة تمنع الصبي من اكل ما لا يحل اكله وتمنعه من شرب الخمر لان فيه فسادا لبدنه وكذلك تمنعه من اكل الميتة والدم ولحم الخنزير لان فيه فسادا لبدنه وكذلك تمنعه من اكل الثوم والبصل والكراث لان فيه فسادا لبدنه وكذلك تمنعه من اكل الفاكهة الرديئة التي تضر ببدنه وكذلك تمنعه من اكل الجوز واللوز والباقلا الرطب لان فيه فسادا لبدنه وكذلك تمنعه من اكل الفواكه الحامضة لان فيه فسادا لبدنه وكذلك تمنعه من اكل الحلوى لان فيه فسادا لبدنه وكذلك تمنعه من اكل الفاكهة قبل ان تنضج لان فيه فسادا لبدنه وكذلك تمنعه من اكل الخبز الحار لان فيه فسادا لبدنه وكذلك تمنعه من اكل الخبز الرقيق لان فيه فسادا لبدنه وكذلك تمنعه من اكل الخبز الغليظ لان فيه فسادا لبدنه وكذلك تمنعه من اكل الخبز الذي لم ينضج لان فيه فسادا لبدنه وكذلك تمنعه من اكل الخبز الذي لم يختمر لان فيه فسادا لبدنه وكذلك تمنعه من اكل الخبز الذي لم يخبز لان فيه فسادا لبدنه وكذلك تمنعه من اكل الخبز الذي لم يطبخ لان فيه فسادا لبدنه وكذلك تمنعه من اكل الخبز الذي لم يعجن لان فيه فسادا لبدنه وكذلك تمنعه من اكل الخبز الذي لم يخ

وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لاسيما في ديارنا والمعنى فيه ان المستاجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض الشيوع او الحمل وحصول البعض لا يعد موفورا بقدره غير ولهذا لو اداه لا من ليس له ان يمنع نصف طعامه بالنصف الآخر حتى يستوفي الآخر لان المستاجر هلك الاجر في الحال بالتعجيل فصار مشتركا بينهما ومن استاجر رجلا ليحمل طعاما مشتركا بينهما لا يجب الاجر

ان يقال لو كانت الظئر اجيرا خاصا على التبات فيها اذا قام المستاجر ذكر المدة لما استحقت الاجر كاملا اذا اجرت نفسها من قوم آخرين ليرتضع صبيانهم مع انها تستحقه كاملا على الفريقين ولكن تاثم كما نقلناه عن الذخيرة وذكره في سائر المعتبرات ايضا وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط البرهاني بعد استوفاها الاجر كاملا على الفريقين وهذا لا اشكال اذا قال اب الصغير الظئر استاجرتك لترضع ولدي هذا شهرا بكذا الان الظئر في هذه العقود اجير مشترك لان الاب اوقع العقد اولا على العمل ان اشكل فيما اذا قال انما استاجرتك شهرا لترضع ولدي هذا بكذا لانها اجير وحد في هذه العقود لانه اوقع العقد على المدة اولا وليس للاجير الواحد ان يوجر نفسه من آخر واذا اجر لا يستحق تمام الاجر صلة المستاجر الاول وبيانه والوجه في ذلك ان اجير الوحد في الارتضاع كاجير الاجير المشترك من حيث انه لا يمكنه ايفاء العمل لكل واحد منهما تمامه كما في الخياط والقصار ثم لو كانت اجيرا وحدا من كل وجه لم يستحق الاجر كاملا على الاول وتاثم بمجاوزة منفعته ولو كانت اجيرا مشتركا من كل وجه استحقت الاجر كاملا ولم تاثم فاذا كانت بينهما قلنا بانها تستحق الاجر كاملا شبهها بالاجير المشترك وقلنا بانها تاثم شبهها بالاجير الواحد انتهى فقد ظهر ان بجرد تقديم المستاجر ذكر المدة لا يتم كون الظئر اجيرا وحدا من كل وجه فلا بد من التفصيل واعتبار الشبهين كما ذكر في الذخيرة والمحيط البرهاني واختاره الشراح في الجواب فتبصر قوله وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لاسيما في ديارنا قال صاحب العناية فان قيل اذا كان عرف وديار على ذلك فهل يترك به القياس قيل لا لانه في معنى ما من كل وجه فكان ثابتا بدلالة النص فمثله لا يترك بالعرف انتهى وقال بعض الفضلاء سيجيء من المص في اوائل كتاب المزارعة ما يخالف ما ذكره الشارح حيث اطلق القياس على ما في معنى تقدير الطحان وقال يترك بالعرف كالاستصناع فراجعه انتهى اقول ما سيجيء من المص في اوائل كتاب المزارعة ليس بمخالف لما ذكره صاحب العناية فان المصنف ثمة بين في اول كتاب المزارعة ان المزارعة فاسدة عند ابي حنيفة رحمه الله وجائزة عند صاحبيه وذكر الدليل من الجانبين قال الاتقاني على قولهما لحاجة الناس اليها وللتعامل لانه يجب والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع انتهى ولا يقتضي ذلك ان لا يطلق القياس على كل ما في معنى تقدير الطحان بل انما يقتضي ان لا يطلقه على المزارعة وهي في معنى تقدير الطحان من وجه اي من حيث انها استيجار ببعض ما يخرج من عمله كما ذكر في الدليل ابي حنيفة رح على فسادها وفي معنى المضاربة من وجه اي من حيث انها عقد شركة بين المال والعمل كما ذكر في الدليل الماضين على جوازها بخلاف ما نحن فيه فانه في معنى تقدير الطحان من كل وجه لانه استيجار محض ليس فيه شائبة المضاربة فلهذا قيل انه ثابت بدلالة النص دون القياس ولئن سلم مخالفته ما سيجيء من المص هناك لما ذكره صاحب العناية ههنا فلا تغتر فيها لان فيما نحن فيه قولين احدهما انه ثابت بدلالة النص فلا يترك بالعرف وهو مختار شمس الائمة السرخسي وثانيهما انه موجب القياس فيترك بالتعامل كالاستصناع وهو مختار شمس الائمة الحلواني واستاذه القاضي الامام ابي علي النسفي كما فصل في المبسوط وغيره وذكر في النهاية ومعراج الدراية ايضا فاذا ذكره صاحب العناية ههنا على ما اختاره شمس الائمة السرخسي قطعا وما ذكره المص في المزارعة يجوز ان يكون على ما اختاره شمس الائمة الحلواني واستاذه فاذا كان هذا المخالفة بين الكلامين على اختلاف القولين في المسئلة فلا باس بها قوله وهذا بخلاف ما اذا استاجر الخ حمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب الاجر لان المستاجر هلك الاجر في الحال بالتعجيل الى آخره قال الامام الزيلعي في شرح الكنز بعد ذكر هذه المسئلة مع دليلها المزبور ههنا اقول وفيه اشكالان احدهما ان الاجارة فاسدة والاجرة لا تملك بالصحيحة منها بالعقد عندنا سواء كانت عينا او دينا على ما بيناه من قبيل فكيف تملك ههنا من غير تسليم ومن غير شرط التعجيل والثاني انه قال ملكه في الحال وقوله لا يستحق الاجير شيئا في الملك لانه لا يملكه الا بالطريق الاجرة فاذا لم يستحق شيئا فكيف يملكه وبأي سبب يملكه انتهى كلامه اقول من كل اشكاليه ساقط اما الاول فلانه لا ريب ان وضع المسئلة فيما اذا سلم الى الاجير كل الطعام كما يفصح عنه

قولهم في قضيته ان الاستاجر يملك الاجرة بالتعجيل او بتعجيل الاجر انما يكون تسليمه الاجير في الحال وقد صرح بذلك في تحرير نفس المسئلة كثير من اصحاب النهاية حيث قالوا ان هنا مسئلتين احداهما ان استاجر جملا ليحمل له كرخطة الى بغداد ومسافة نصفه كانت الاجارة فاسدة للاجير اجر مثله ان كان دفع الى بغداد ولا يجاوز به قيمة نصف الكر والثانية ان يستاجره ليحمل نصفه الى المكان المعين نصفه الباقي ودفع اليه كله ولا اجر له هنا والتي ذكرها في الكتاب بقوله بخلاف ما اذا استاجر ليحمل نصف اعلامه بالنصف الآخر هذه المسئلة وهي من مسائل اجارات الجامع الكبير انتهى واراد الثاني فلان المنافاة بين قولهم ملك الاجر في الحال وبين قولهم لا يستحق الاجر ولا يجب الاجر ممنوعة او معنى الاول انه ملك الاجر ابتداء بموجب العقد وتسليم الاجير بالتعجيل ومعنى الثاني انه لا يستحق الاجر بطلان العقد قبل العمل بعد ان ملك الاجير بالتسليم وبيان ذلك ما ذكره صاحب النهاية في تعليل هذه المسئلة تقلا عن الجامع الكبير لشمس الائمة السرخسي وصدر الاسلام الحميدي حيث قال واما في المسئلة الثانية وهي اذا استاجره ليحمل نصفه الى بغداد ونصفه الباقي ودفع اليه فانما سلمه اليه على سبيل التمليك النصف الكر من قبل ان المال نصف كر مطلق لا نصف كر محمول الى بغداد فصار تسليم الكر اليه معجلا للاجرة فملكها بنفس القبض واذا ملكه بالتسليم بطل العقد قبل العمل لانه صار شريكا في الكر قبل ايفاء شيء من المعقود عليه وبالقبل التسليم في الاجارة بمنزلة ابتداء العقد فلو ابتدأ العقد على العمل فمات العامل فيه شريك المستاجر بطلت الاجارة فكذلك هنا واذا بطلت لم يجب الاجر كذا في الجامع الكبير لشمس الائمة السرخسي وصدر الاسلام الحميدي الى هنا لفظ النهاية وبهذا ظهر انه لا حاجة في دفع الاشكال الثاني من فتيك الاشكالين الى ما هو تعسف فيه بعض الفضلاء حيث قال لعل مرادهم نفي الملك لان وجوده يؤدي الى عدمه وما هو كذلك يمثل فقولهم ملك الاجر في الحال كلام ورد على سبيل الفرض والتقدير فيكون تقدير الكلام لو وجب الاجير في الصورة المفروضة لملك الاجير الاجرة في الحال بالتعجيل والتالي باطل اذ حينئذ يكون مشتركا بينهما فيفضي الى عدم وجوب الاجر وكل لازم يؤدي فرض وجوده الى انتفاء ملزومه يكون باطلا فكذا هذا انتهى كلامه قوله لان ما من جزء عمله الا وهو عامل لنفسه قال بعض الفضلاء فيه بحث فانه في كل جزء عامل لغيره ايضا فلا معنى للحصر واثبات المطلوب لا يتوقف عليه الا ان يحمل على المبالغة في التشبيه اي هو كعامل لنفسه انتهى اقول هذا البحث غير متمش اصلا لانه انما يلزم الحصر من كلام المصنف لو كان معناه الا وهو عامل لنفسه فقط اما اذا كان معناه الا وهو عامل لنفسه لما هو عامل لغيره ايضا فلا حصر فيه فلا معنى لقوله فلا معنى للحصر اذ لم يتعين الحصر فيه فالوجه في تمشية البحث ههنا توسيع الدائرة بان يقال ان كان المراد انه عامل لنفسه فقط فهو ممنوع وان كان المراد انه عامل لنفسه ولغيره فعدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه لا ينافي استحقاقه على فعله لغيره فلا يتم التشبيه كما لا يخفى تتمة هذا الكلام فيما يعد ان شاء الله تعالى قوله لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه لا يتجه اقول لقائل ان يقول لم لا يكون تقديم ذكر العمل مرجحا لكون العمل معقودا عليه كما كان كذلك في مسئلة الراعي على ما صرحوا به في معتبرات الفتاوى بل ذكر خلاف ههنا كذا تامل قوله لان موجر الارض ليس بمستاجر انما هو الاجير الى آخره قال بعض الفضلاء هذا دليل آخر على اصل المدعى فانه ظاهر ان يقال ولان بالواو انتهى اقول ليس الامر كما زعمه فان قوله لان موجر الارض الى آخره دليل على قوله وهذا اما له يوجب الفساد او على اصل المدعى فانه ظاهر ان ترك الواو كما وقع قوله وقيل ان يكريها مرتين في موضع يخرج الارض الربع بالكراب مرة والمدة سنة واحدة قال الشراح انما قيد بهذين القيدين اي بالكراب مرة وبكون المدة سنة لانه اذا اشترط ان يكريها مرتين في موضع لا يخرج الارض الربع الا بالكراب مرتين او كانت تخرجه بالكراب مرة الا ان مدة الاجارة كانت ثلاث سنين لا يكون هذا الشرط مفسدا للعقد لانه يكون في الاول من مقتضيات العقد وفي الثاني فيه منفعة لصاحب الارض فيجوز

ولنا ان الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي بنسيئة والى هذا اشار محمد رح

وعبارة النهاية والثاني ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء اثره بعد المدة وقال بعض الفضلاء وانت خبير بان الثاني ايضا من مقتضيات العقد وقوله ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة ممنوع بل فيه نفع للمستاجر حيث لا يتأتى له زراعة الا به انتهى اقول ليس شيء من نظري كلامه بسديد اما نظره الاول فلانه اذا كانت الارض تخرج الربع بالكراب مرة ولكن كانت مدة الاجارة ثلاث سنين كما هو المراد بالثاني فانه اشكل ان الكراب مرتين في هذه الصورة لا يكون من مقتضيات العقد لانقطع بحصول المقصود بالعقد فيها بالكراب مرة واحدة من غير حاجة الى الكراب مرة اخرى وما حصل المقصود بالعقد بدونه كيف يكون من مقتضياته واما نظره الثاني فلانه اذا كانت الارض تخرج الربع بالكراب مرة فهل يقبول العاقل لا يتأتى الزراعة هناك الا بالكراب مرتين حتى يتوهم النفع للمستاجر في اشتراط الكراب مرتين في موضع تخرج الارض الربع بالكراب مرة كانت المدة ثلاث سنين ومن قال من الشراح ليس فيه منفعة لصاحب الارض فانما خص صاحب الارض بالذكر بناء على عدم احتمال النفع فيه اصلا للمستاجر لان له نفعا فيه والا لما تم التقريب كما لا يخفى قوله ولنا ان الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي بنسيئة الى هذا اشار محمد رحمه الله وهو ما حكى ان ابن سماعة كتب من بلخ الى محمد بن الحسن في هذه المسئلة وقال لم لا يجوز اجارة سكنى دار بسكنى دار فكتب محمد في جوابه انك اطلت الفكرة فاصبت بك الحيرة وجالست الحمقى فكانت منك زلة اما علمت ان السكنى بالسكنى كبيع القوهي بالقوهي نساء وان الجنس انفرد محرما كان ينكر الخوض على ابن سماعة في هذه المسائل ويقول لا برهان لكم عليها كذا في شرح الجامع الصغير لفخر الاسلام والفوائد الظهيرية وذكر في خاتمة شروح هذا الكتاب ايضا قال صاحب العناية في هذا الطريق من الاستدلال بحث من وجهين الاول ان النساء ما يكون عن شرط الاجل في العقد وتاخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك والثاني عن النساء انما يتصور في مبادلة موجود في الحال بما ليس كذلك فيما نحن فيه كيف وان كلا واحد منهما ليس بموجود بل بحدث شيئا فشيئا واجيب عن الاول بانا لما اقمنا على عقد يتاخر المعقود عليه فيه ويحدث شيئا فشيئا كان ذلك ابلغ في وجوب التاخير من المشروط فالحق به الاولى احتياطا عن شبهة الحرمة وفيه نظر لان في النساء شبهة الحرمة فبالالحاق به يكون شبهة الشبهة وهي ليست بحجة والجواب ان الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة فبالالحاق تثبت الشبهة لا شبهتها وعن الثاني بان الذي لم تصحبه النيابة تقام فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما يصحبه فتقام فيه وتلزم وجود احدهما حكما وعدم الآخر وتحقق النساء الى هنا كلامه اقول في الجواب عن الوجه الثاني بحث من وجهين الاول انه اذا اقيم العين مقام المنفعة في احد الطرفين دون الطرف الآخر واعتبر ذلك العين الموجود في الحال معقودا عليه في العقد لا تحقق المجانسة بين البدلين اذ لا مجانسة بين العين والمنفعة فلا يوجد في العقد ما يحرم النساء فلا يتم المطلوب والثاني ان هذا انما في الجواب المذكور عن الوجه الاول لان مقتضى هذا الجواب ان يكون المعقود عليه فيما نحن فيه هو العين القائم مقام المنفعة ومقتضى ذلك الجواب ان يكون المعقود عليه فيه هو نفس المنفعة لانها الذي يتاخر ويحدث شيئا فشيئا فكان بينهما تدافع فان قلت المعقود عليه فيه حقيقة نفس المنفعة وحكما العين القائم مقام المنفعة فمدار الجواب عن الاول على الحقيقة ومدار الجواب عن الثاني على الحكم فلا تنافي بينهما قلت في جعل الحكم الاول مرتبا على الحقيقة والثاني مرتبا على الحكم دون الثاني في الحكم بل احتيال لفساد العقد ولم يجعل الامر بالعكس تصحيحا للعقد حتى يكون اوفق بقاعدة الشرع وهي وجوب تصحيح تصرف العاقل جهدا امكن ثم قال صاحب العناية ويجوز ان يسلك طريقا آخر وهو ان يقال المدعى ان هذه الاجارة فاسدة لان المعقود عليه اما ان يكون موجودا دون الآخر او لا فان كان لزم النساء وهو باطل وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه انتهى اقول فيه ايضا بحث لانه ان اراد بالمعقود عليه الذي رد ما هو المعقود عليه حقيقة وهو المنفعة يختار الشق الثاني من الترديد فيكون

ولو من الصبي وهو لا يعقل لا يصح كالمجنون ان كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف وان كان ماذونا له في القتال فانه يصح بالاتفاق

لرمولاه في القتال وقال محمد يصح وهو قول الشافعي وزفر قال مالك واحمد وابو يوسف في رواية لاطلاق الحديث المذكور وهو قوله ويسعى بذمتهم ادناهم ولما روى ابو موسى الاشعري من قوله عليه الصلوة والسلام ان العبد امان ولانه مومن ممتنع اى لانه قوة يمتنع بها وليس غيره فيصح امانه اعتبارا بالماذون له في القتال والمؤيد من الامان وهو عقد الذمة فان العبد المحجور اذا عقد الذمة لاهل مدينة صح والزم وصار واهل ذمة فهذا وهو الموقت من الذمة اولى بالصحة وبهذا الان ذلك تمام المؤثر في صحة الامان الا يمان فانه شرط للعبادات والجهاد من احكامها واما اعتبار الامتناع فلتحقق ازالة الخوف وبذلك تحقق المؤثر الجامع بين الاصل والفرع وهو اعزاز الدين واقامة مصلحة المسلمين واذا الكلام في مثل هذه الحالة لا فيما لا مصلحة فيه وانما لا يملك المسابقة اى الجهاد بالسيف لتعريض منافعه المملوكة للمولى على الفوات بان يقتل وهذا المانع انما يؤثر في الجهاد بذلك السبب لا بوجه اعطاء الامان لمصلحة المسلمين فلم يبق بينه وبين المحجور في هذا النوع من الجهاد فرق فيجب اعتباره منه ولابي حنيفة ومالك في رواية سحنون عنه انه محجور عن القتال فلا يصح امانه لانتفاء الخوف منه فلم يلاق الامان محله وهو الخائف من المومن فلم يحصل المؤثر وهو الاعزاز لانه من لا يخاف منه ولا المصلحة لان الظاهر انه يخطئ لان معرفة المصلحة في الامان انما يقوم بمن يباشر القتال وهو المأذون لانه اوربي بالامر من غير المحاربين له وفي خطابه سد باب الاستئمان على مولاه وعلى المسلمين فلم يعر عن احتمال الضرر احتمالا راجحا بخلاف العبد المأذون وبخلاف الامان المؤبد لاعطاء الجزية لانه خلف عن الاسلام فهو بمنزلة الدعوة الى الاسلام ولكل مسلم عبدا وحر ذلك لانه مقابل بالجزية فالمصلحة المؤبدة والمعاونة للمسلمين محققة فيه لانه يفرض عندنا عليهم لان المدار عندنا قتالهم به لقوله تعالى حتى يعطوا الجزية ففي عقد الذمة لهم اسقاط الفرض عن الامام وعن عامة المسلمين وهو لذلك يقع محققا فافترقا واعلم ان وجه العامة تضمن قياسين قياس امان المحجور على امان المأذون في القتال وقياس امان المحجور على عقد الذمة من المحجور ولا شك ان فرق ابي حنيفة في الثاني متجه واما وفقه القياس الاول فلانه ان فرق بانه لا يخاف منه والاجير يخاف فالظاهر ان ذلك بالنسبة الى اهل الحرب غير معلوم فانهم لا يعرفون الماذون له فيخافونه من غير فلا يخافونه بل كل من لا مع المسلمين سوى البينة فهو مخوف لهم وانما بان الظاهر خطاؤه في المصلحة فلا اثر له لان الامان غير لازم اذا لم تكن فيه مصلحة بل اذا كان كذلك يبنبذ اليهم الامام بنعم الاستدلال بالحديث المروي عن ابي موسى غير تام لانه حيث لا يعرف فان قلت فقد روى عبد الرزاق حدثنا معمر عن عاصم بن سليمان عن فضيل بن يزيد الرقاشي قال شهدت قرية من قرى فارس يقال لها شابا فحاصرناها شهرا حتى اذا كنا ذات يوم وطمعنا ان نقتحمهم انصرفنا عنهم عند المقيل فتخلف عبد منا فاستامنوه فكتب اليهم اما ثم رمى به اليهم فلما رجعنا اليهم خرجوا الينا في ثيابهم ووضعوا اسلحتهم فقلنا ما شأنكم فقالوا اتتمونا واخرجوا الينا السهم فيه كتاب باسمهم فقلنا هذا عبد لا يقدر على شيء قالوا لا ندري عبدكم من حركم وقد خرجنا بامان فكتبنا الى عمر فكتب ان العبد المسلم من المسلمين وامانه امانهم ورواه ابن ابي شيبة وزاد فاجاز عمر امانه قلت الجواب انها واقعة حال فجاز كونه ماذونا له في القتال وايضا جاز كونه محجورا لان كان عقد ذمة وانه يصح منه والله اعلم الامان اطلاق عمر قوله العبد المسلم من المسلمين وامانه امانهم في رواية عبد الرزاق يقتضي انا طرد مطلقا بذلك الحديث جيد وفضيل بن يزيد الرقاشي وثقه ابن معين قوله وان ان الصبي وهو لا يعقل لا يصح باجماع الائمة الاربعة كالمجنون

باب الغنائم وقسمتها

وان كان يقتل وهو مجبور عن القتال ففي الخلاف بين اصحابنا الاصح عند ابي حنيفة ويصح عند محمد ويقول ابي حنيفة قال الشافعي واحمد في وجه لان قوله غير معتبر لسلامته وعتاقه ويقول محمد قال مالك واحمد وان كان ماذونا له في القتال فالاصح انه يصح بالاتفاق بين اصحابنا ويقال مالك واحمد ولانه تصرف دائر بين النفع والضرر فيملكه الصبي الماذون والمراد بكونه يعقل ان يعقل الاسلام ويصفه واختار ابو يوسف الى ابي حنيفة في البيسر الكبير في حد الصحة وانما قال المعتوه والاصح والله اعلم لانه اطلق النفع في الصبي المراهق عن ابي حنيفة كما نقله الناطفي في الاجناس ناقلا عن البيسر الكبير فقال قال محمد الغلام الذي يعرف الحلم وهو يعقل الاسلام وانه ثم قال وهذا قول فاما عند ابي حنيفة وابي يوسف فلا يجوز وكذا وقع الاطلاق في كفاية البيهقي فقال لا يجوز ابان الصبي المراهق ما لم يبلغ عند ابي حنيفة وعند محمد يجوز اذا كان يعقل الاسلام وصفاته وكذا التحايل العقل لانه من اهل القتال كالبالغ الا انه يعتبر ان يكون مسلما بنفسه فهذا كما ترى اجرى الخلاف في الصبي مطلقا قال المعتوه والاصح التفصيل بين كون العاقل مجبورا عن القتال او ماذونا له فيه ففي الثاني لا خلاف في صحة الامان هذا ومن الفاظ الامان قولك للحربي لا تخف ولا توجل او مترس او لكم عهد الله او ذمة الله تم او تعال فاسمع الكلام ذكره في السير وقال الناطفي في السير الكبير سالت ابا حنيفة عن الرجل يشير باصبعه الى السماء لرجل من العدو فقال ليس هذا بامان وابو يوسف استحسن ان يكون امانا وهو قول محمد رحمة الله عليهم اجمعين ٭

باب الغنائم وقسمتها لما ذكر قتال الكفار وذكر ما ينتهي من المواد عقه ذكر ما ينتهي اليه غالبا وهو القهر والاستيلاء على النفوس والاموال وانما كان ذلك غالبا بالاستقراء تاييد الله تعالى جيوش المسلمين ونصرتهم في الاكثر **قوله واذا فتح الامام بلدة عنوة يجوز في الواو والعاطف بناء** في قوله واذا حاصر الامام وفسر المعنى العنوة بالقهر وهو هنده لان منه عنى يعني عنوة اذا ذل وخضع ومنه وعنت الوجوه للحي القيوم وانما المعنى فتح بلدة حال كون اهلها ذوي عنوة اي ذل وذلك يستلزم قهر المسلمين لهم وفيه وضع المصدر موضع الحال وهو غير مطرد الا في الفاظ عند بعضهم واطلاق اللازم وارادة الملزوم في غير التعاريف بل ذلك في الاخبارات على ان يراد معنى المذكور لا المجاز لكن لتنتقل منه الى آخر هو المقصود تبلك الارادة كتكثير الرماد ولو اراد به نفسه الجود كان مجازا من المسبب في السبب الوجه انه مجاز اشتهر فان عنوة اشتهر في نفس القهر عند الفقهاء فجاز استعماله فيه لنفسه تعريفا واذا فتح الامام بلدة عنوة فهو بالخيار ان شاء قسمه اي البلد بين الغانمين مع رؤس اهلها استرقاقا واموالهم بعد اخراج الخمس لهما لمته وان شاء قتل مقاتليهم وقسم ماسواهم من الاراضي والاموال والذراري ووضع على الاراضي المقسومة العشر لانه ابتداء التوظيف على المسلم وان شاء من عليهم برقابهم واراضيهم واموالهم فوضع الجزية على الروس والخراج على اراضيهم من غير نظر الى الماء الذي يسقى به اخوانه العشر كماء السماء والعيون والاودية والابار او ماء الخراج كالانهار التي شقتها الاعاجم لانه ابتداء التوظيف على الكافر واما المن عليهم برقابهم واراضيهم فقط فمكروه الا ان يدفع اليهم من المال ما يتمكنون به من اقامة العمل والنفقة على انفسهم وعلى الاراضي الى ان يخرج الغلال والا فهو تكليف بما لا يطاق واما المن عليهم برقابهم مع المال دون الارض او برقابهم فقط فلا يجوز لانه اضرار بالمسلمين برد بهم حربا علينا الى دار الحرب نعم لو ان بينهم اسارى ذمة يوضع الجزية عليهم بلا مال يدفعه اليهم فيكونوا فقراء يكتسبون بالسعي والاعمال وله ان يقتلهم وله ان يسترقهم

والنساء اقراهم عليه ووضع عليهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج كذلك فعل عمر رض بسواد العراق بموافقة من الصحابة رض ولم يخالفه منهم احد في كل من ذلك قد وقع فيتخير وقيل الاولى هو الاول عند حاجة الغانمين والثاني عند عدم الحاجة ليكون عمر رض في الزمان الثاني وهذا في العقار اما في المنقول المجرد لا يجوز المن بالرد عليهم لانه لم يرد به الشرع فيه

كما سيذكره وقد قيل الاولى الاول وهي قسمة الاراضي وغيرها اذا كان للمسلمين حاجة والثاني عند عدمها ثم استدل على جواز قسمة الارض بقسمته عليه الصلاة والسلام خيبر لما في البخاري عن يزيد بن اسلم عن ابيه قال قال عمر رض لولا اخر المسلمين ما فتحت بلدة ولا قرية الا قسمتها بين اهلها كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر ورواه مالك في الموطأ اخبرنا زيد بن اسلم عن ابيه قال سمعت عمر رض يقول لولا ان يترك اخر الناس لا شيء لهم ما فتح المسلمون قرية الا قسمتها بينهم كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر بينهم فظاهر هذا انه قسمها كلها والذي في ابي داود بسند جيد انه قسم خيبر نصفين نصفا لنوائبه ونصفا بين المسلمين فقسمها بينهم على ثمانية عشر سهما واخرج البيهقي من طريق محمد بن فضيل عن يحيى بن سعيد عن بسر بن يسار عن رجال من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قسمها على ستة وثلثين سهما جمع كل سهم مائة سهم يعني اعطى الكل مائة رجل سهما وكان الف وثمان مائة سهم وسيأتي ان رجال غزوة خيبر الف واربعمائة والخيل مائتان في رواية كان الجيش الفا وخمسمائة منهم ثلثمائة فارس فاعطى الفارس سهمين واعطى الرجل يعني صاحبه سهما وتر جابر عنيا وكذلك في رواية البيهقي وكان لرسول الله صلى الله عليه وسلم وللمسلمين النصف من ذلك وعزل النصف من ذلك لمن ينزل به من الوفود والامور ونوائب المسلمين وحاصل هذا ان نصف النصف لنوائب المسلمين وهو معنى قال بيت المال ثم ذكر من طريق آخر بين ان ذلك النصف كان الوطيح والكتيبة والسلالم وتوابعها فلما صارت الاموال بيد رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمين لم يكن لهم عمال يكفونهم عملها فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم اليهود فعاملهم وادفعها اليهم في كتاب الاموال فعاملهم بالنصف مما يخرج منها فلم يزل حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر حتى كان عمر فكثر العمال في المسلمين وقووا على العمل فاجلا عمر رض اليهود الى الشام وقسم الاموال بين المسلمين الى اليوم وقد اختلف اصحاب المغازي في ان خيبر فتحت كلها عنوة او بعضها صلحا وصحح ابو عمر بن عبد البر الاول وروى موسى بن عقبة عن الزهري الثاني وغلطه ابن عبد البر فانما دخل ذلك من جهة الحصنين اللذين اسلمها والهما في حقن دمائهم وهما الوطيح والسلالم كما روي انه صلى الله عليه وسلم لما حاصرهم فيهما حتى ايقنوا بالهلاك سألوه ان يسيرهم وان يحقن لهم دمائهم ففعل فجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم الاموال وجميع الحصون الا ما كان من ذينك الحصنين الى ان قال فلما لم يمكن اهل ذينك الحصنين مغنوهين ظن ان ذلك صلح وليس كذلك فانه في الرجال والنساء والذرية لضرب من الصلح ولكنهم لم يتركوا رضهم بالحصار والقتال وكان حكمها حكم سائر ارض خيبر كلها عنوة مقسومة بين اهلها الى ان قال ولو كان صلحا لملكها اهلها كما يملك اهل الصلح ارضهم وسائر اموالهم فالحق في ذلك ما قاله ابن سحنون عن الزهري اي انها فتحت عنوة دون ما قاله موسى بن عقبة عنه انتهى قوله فان شاء اقرها اهلها الى قوله بهذا فعل عمر رض بسواد العراق لا شك في اقرار عمر رض اهل السواد ووضع الخراج على اراضيهم على كل جريب عامر او غامر عملها صاحبها او لم يعلم وربها وقفيزا ودرهم على جريب المكرم عشرة وعلى الرطاب خمسة ودرهم على كرم المؤسرين في العام ثمانية واربعين وعلى من دونه اربعة وعشرين وعلى من لم يجد شيئا اثني عشر درهما فحمل في اول سنة الى عمر رض ثمانون الف الف درهم وفي السنة الثانية مائة وعشرون الف الف درهم الا ان في المشهور عن اصحاب الشافعي انها فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فجعلت لاهل الخمس والمنقولات للغانمين والصحيح المشهور عندهم انه لم يخمسها باهل الخمس لكنه استطاب قلوب الغانمين واستردها وردها على اهلها بخراج يؤدونه كل سنة وقال بن شريح باعها من اهلها بثمن منجم والمشهور في كتب المغازي ان السواد فتح عنوة وان عمر رض قطع ما ذكرنا ولم يقسمها بين الغانمين محتجا بقوله كما افاء الله على رسوله الى قوله والذين جاؤا من بعدهم الغنيمة لمن بعدهم ولرسوله والذين جاؤا من بعدهم وانما يكون لهم بان يوضع الخراج

وفي العقار خلاف الشافعي رحمه الله لان فيه ابطال حق الغانمين وملكهم فلا يجوز من غير مبدل بمعادلة الخراج خير معادل فضله بخلاف الرقاب لان الامام ان يبطل حقهم اصلا بالقتل والحجة عليه ما رويناه ولان فيه نظرا لكافة العاملة المسلمين لعالة بوجوه الزراعة والمؤن مع تفرغه صرفا لامر يخطئ الذين يأتون من بعد والخراج وان قل حالا فقد جل مالا لانه ان من عليهم بالرقاب الا اذا ضم اليهم من المقولات تقاسمها لهم العمل فيخرج عن حد الكرامة قال وفي الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم لانه عليه السلام قد قتل لان فيه حسم مادة الفساد وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين لما بينا الا في مشركي العرب والمرتدين على ما بين ان شاء الله تعالى ولا يجوز ان يردهم الى دار الحرب لان فيه تقويتهم على المسلمين فان اسلموا لا يقتلهم لان دفع الشر بدونه وله ان يسترقهم توفيرا للمنفعة بعد انعقاد السبب بخلاف الملك بخلاف اسلامهم قبل الاخذ لانه لم ينعقد السبب بعد

والجزية ولما تمضمضه الآية ولم يخالفه احد الا نفر يسير كبلال وسلمان ونقل عن ابي هريرة رضي الله عنه انه عاتب عمر رضي الله عنه على المنبر فقال اللهم اكفني بلالا واصحابه قال في المبسوط فلم يحد واوذ موا حتى حوالى رايه وبدل على ان قسمة الاراضي ليس حتما ان مكة فتحت عنوة ولم يقسم النبي صلى الله عليه وسلم ارضها ولهذا ذهب الكل الى ان بمجرد الفتح تصير الارض وقفا للمسلمين وهو اوري بالاخبار والآثار ودعواهم ان مكة فتحت صلحا لا دليل عليها بل على نقيضها الا ترى انه ثبت في الصحيح من قوله عليه الصلوة والسلام من دخل دار ابي سفيان فهو امن ومن اغلق بابه عليه فهو امن ولو كان صلحا لامنوا كلهم بلا حاجة الى ذلك ولما ثبت من اجارته ام هانى من اجارته وما افتها عليا عن قتله واهدره عليه الصلوة والسلام قتل ابن خطل بعد دخوله وهو متعلق باستار الكعبة واظهر من هذا كله قوله عليه الصلوة والسلام في الصحيحين ان الله تعالى حرم مكة يوم خلق السموات والارض لا يسفك بها دم الى ان قال فان احد ترخص لقتال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقولوا ان الله اذن لرسوله ولم يأذن لكم فقوله لقتال رسول الله صلى الله عليه وسلم صريح في ذلك قوله وفي العقار خلاف الشافعي رحمه الله فيه بقسم الكل لان في المن بالارض ابطال حق الغانمين على قولكم او ملكهم على قولنا فلا يجوز للامام ذلك بلا بدل يعادله والخراج لا يعادل لقلته بالنسبة الى رقبة الارض بخلاف الرقاب لان للامام ان يبطل حقهم رأسا بالقتل والحجة عليه ما رويناه من فعل عمر رض مع وجود الصحابة فلم يعارضوه فكان اجماعا فان قيل لا ينعقد الاجماع بمخالفة بلال ومن معه اجيب بانه لم يسوغ اجتهادهم بدليل ان عمر رض دعا عليهم ولو سوغوا لهم ذلك لما دعا على المخالف لان فيه نظر للمسلمين لانهم يصيرون كلا لا كرة العاملة المسلمين لعالة بوجوه الزراعة مع اتفاغ المؤن عن المسلمين وفي هذا من النظر ما لا يخفى مع انه يخطئ به الذين يأتون من بعد فيحصل عموم النفع للمسلمين والخراج وان قل حالا فقد جل مالا فربما يحصل منه على طول الزمان اضعاف قيمة الارض قوله وهو في الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم يعني اذا لم يسلموا لانه عليه الصلوة والسلام قد قتل من الاسرى اذا لشك في قتله عقبة بن ابي معيط من اسارى بدر والنضر بن الحارث الذي قالت فيه اخته قبيلة الابيات التي منها يا راكبا اما عرضت فان لاتيل منقلبة من صبح خامسة وانت موفق ۞ ابلغ بها ميتا بان تحيته ما ان تزال بها الركائب تخفق ۞ منى لبيك وعبرة مسفوحة جادت لبوا كفها واخرى تخنق ۞ الابيات لطيمة بن عدي وهو اخو المطعم بن عدي واما ما قال هشيم انه قتل المطعم بن عدي فغلط بلا شك وكيف وهو عليه الصلوة والسلام يقول لو كان المطعم بن عدي حيا لشفعته في هؤلاء النتنى ولان في قتلهم حسم مادة الفساد والكائن منهم بالخيار ان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المصلحة لاهل الاسلام ولهذا قلنا ليس لواحد من الغزاة ان يقتل اسيرا نفسه لان الرأي فيه الى الامام فقد يرى مصلحة المسلمين في استرقاقهم فليس لان يتناول عليه وعلى هذا قلوا قتل بلا مجن بان خاف القاتل شر الاسير كان له لان العجز اذا وقع على خلاف مقصوده ولكن لا تغنمن لقتله شيأ وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين لما بينا من ان عمر رض فعل ذلك في اهل السواد وقوله الا مشركي العرب والمرتدين يعني اذا اسروا فان الكلام في الاسارى وتحقيق الاسر في المرتدين اذا غلبوا وصاروا حربا على ما بين ان شاء الله تعالى في باب الجزية من انه لا يقبل منهم جزية ولا يجوز استرقاقهم قبل الاسلام واما السيف فان اسلم الاسارى بعد الاسر لا يقتلهم لان الغرض من قتلهم دفع شرهم وقد اندفع بالاسلام ولكن يجوز استرقاقهم لان الاسلام لا ينافي الرق جزاء على الكفر الاصلي وقد وجد بعد انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء على الحربي غير المشرك من العرب بخلاف ما لو اسلموا قبل الاخذ لانهم يسترقون ويكونون احرارا لان الاسلام قبل

قال والمتاع امانة في يده فان هلك لم يضمن شيئا عند ابي حنيفة رح وقولهما رح وهو قول زفر رح ويضمنه عند هما الا من شيء غالب كنحو الحريق الغالب لعدم التحرز عنه والكابر لما روي عن عمر على رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا عليه العمل لانه فاذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالنصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة اذا كانت بأجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف انفه والحريق الغالب وغيرهما لانه لا تقصير من جهته ولابي حنيفة رح ان العين امانة في يده لان القبض حصل باذنه وهذا الهلاك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه لا يضمنه ولو كان مضمونا يضمنه كما في المغصوب والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا وهذا لا يقابله الاجر بخلاف المودع بالاجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر

وقال بعض الفضلا يعني لو قدم الخاص لتوجه السؤال عن سبب تقديمه على المشترك ايضا لان التقديم كل منهما على الآخر وجها اما المشترك فلانه بمنزلة العام بالنسبة الى الخاص مع كثرة مباحثه واما الخاص فلانه بمنزلة المفرد من المركب لكن تقديم المشترك ههنا لان الباب باب ضمان الاجير وذلك في المشترك فتامل فان ذكره الشارح لم نظهر وجه اختيار تقديم المشترك كما لا يخفى وكان لا بد منه الى ههنا كلامه اقول ما ذكره بقوله لكن تقديم المشترك ههنا الى آخره ليس بتمام اما اولا فلان معنى باب ضمان الاجير اثباتا ونفيا كما اشار اليه نفسه ايضا فيما قيل بقوله او المراد وجوه الضمان وجودا وعدما والا اي وان لم يكن معناه ذلك بل كان معناه باب اثبات الضمان لزم ان لا يصح عنوان الباب على قول ابي حنيفة رح اصلا اذ لا ضمان عنده على احد من الاجير المشترك والاجير الخاص وان لا يصح ذلك عندهما ايضا لا في بعض صور من مسائل الاجير المشترك وحده كما ستحيط به خبرا وهذا مما لا ينبغي ان يرتكب فاذا كان معنى عنوان الباب بالجملة اثبات الضمان ونفيه كان نسبته الى المشترك والخاص على السواء ثم فلا تتم قوله وذلك في المشترك واما ثانيا فلان الطرفين اذا كانا متساويين لم يتجه ههنا ك الى وجه يرجح اختيار احد الطرفين بل لم يتصور ههنا ك ذلك وانما يكون ذلك مرجح احد الطرفين ههنا لك نفس الاختيار لا غير كما اشرنا اليه في تقرير مراد صاحب العناية وقد تقرر في العلوم العقلية ان ترجيح احد المتساويين بلا اختيار جائز وان المحال ترجح احدهما من غير مرجح فظهر ان قوله فان بما ذكره الشارح لم نظهر وجه اختيار تقديم المشترك محالا ليس بتمام ما ذكره وقوله وكان لا بد منه محالا صحته لعم يمكن منع تساوي الطرفين اذا كانا متساويين لكنه امر آخر مغاير لما قاله فتدبر وقال صاحب العناية فان قلت هذا يعني تعريف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل تعريف بقول عاقبته الدور لان هذا حكم لا يعرفه الا من يعرف الاجير المشترك ثم لو كان عارفا بالاجير المشترك لا يحتاج الى هذا التعريف ولو لم يكن عارفا به قيل هذا لا يحصل له تعريف الاجير المشترك لانه يحتاج الى السؤال عمن لا يستحق الاجرة حتى يعمل بمن هو فلا بد للمعرف ان يقول هو الاجير المشترك وهو عين الدور قلت نعم كذلك الا ان هذا تعريف للخفي بما هو اشهر منه في فهوم المتعلمين وهو تعريف لما لم يذكر فيما قد سبق ذكره لانه ذكر قبيل هذا استحقاق الاجير بالعمل بقوله او باستيفاء المعقود عليه في باب الاجير متى يستحق وصار كانه قال وما عرفته ان الاجير الذي يستحق الاجر باستيفاء المعقود عليه فهذا الاجير المشترك الى ههنا كلامه اقول في الجواب خلل اما اولا فلان قوله في اول الجواب نعم كذلك اعتراف بلزوم الدور وما يستلزم الدورين فاسدة ولا يمكن اصلاحه فما معنى قوله بعد ذلك الا ان هذا تعريف للخفي الى آخره واما ثانيا فلان كون الاجير المشترك خفيا وما ذكر في التعريف اشهر منه ممنوع كيف ولو كان كذلك لما صح الجواب اذا سئل عمن لا يستحق الاجرة حتى يعمل بمن هو الاجير المشترك واما ثالثا فلان المذكور في باب الاجير متى يستحق بقوله او باستيفاء المعقود عليه غير مختص بالاجير المشترك بل هو حكم مشترك بين الاجير المشترك والاجير الخاص فانهم صرحوا ههنا ك بسبب استحقاق الاجير مطلقا للاجرة في معان ثلثة هي شرط التعجيل والتعجيل من غير شرط واستيفاء المعقود عليه ولو كان هذا المعنى الثالث مختصا بالاجير المشترك لزم ان لا يستحق الاجير الخاص الاجرة اصلا فيما اذا لم يشترط التعجيل ولم يعجل وهو ظاهر البطلان واذا كان المذكور فيما سبق بقوله او باستيفاء المعقود عليه حكما عاما للاجير الخاص ايضا فكيف يصح ان يقال في توجيه معنى تعريف الاجير المشترك ههنا بما ذكر فصار كانه قال وما عرفته ان الاجير الذي لا يستحق الاجر باستيفاء المعقود عليه فهو الاجير المشترك ثم ان صاحب العناية ذكر خلاصة السؤال والجواب المذكورين في النهاية بعبارة اخرى حيث قال قيل وتعريف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل ايضا تعريف دوري لانه لا يعلم من يستحقها قبل العمل حتى يعلم الاجير المشترك فيكون معرفة المعرف موقوفة على معرفة المعرف وهو الدور واجيب بانه قد علم مما سبق في باب الاجر متى يستحق ان بعض الاجر يستحق الاجرة بالعمل فلم يتوقف معرفته على معرفة المعرف انتهى اقول اصلح الجواب في الجملة كما ترى ولكن شبهة ايضا خلل لانه ان اراد بما علم مما سبق في ذلك الباب

النهاية

قال ان ما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه وذلق المدال والقطاع الحبل الذي يشد به المحارى الى آخره من الشرح مضمونه على
وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا ضمان عليه لانه امين بالفعل مطلقا فيتظهر في دفع العيب والسليم وصار كاجير الوحد ومعين القصار

ما ذكره هناك بقوله او استيفاء المعقود عليه كما صرح به في النهاية ويرد عليه ما ذكرناه فيما مر آنفا من ان ذلك حكم عام للاجير الخاص ايضا فكيف يتم تعريف الاجير المشترك بذلك وان اراد به ما ذكره هناك بقوله وليس للقصار والخياط ان يطالب باجرة حتى يفرغ من العمل كما يشعر به قوله في تقرير هذا الجواب قد علم مما سبق ان بعض الاجير يستحق الاجرة بالعمل حيث زاد قيد البعض يتجه عليه ان المعلوم من ذلك حكم مادة منصوصة فكيف يجعل بذلك معرفة مطلق من لا يستحق الاجرة حتى يعمل حتى يصلح تعريفا لمطلق الاجير المشترك فتامل وقال بعض الفضلاء وانت خبير بان قول المصنف لان المعقود عليه انما هو العمل او اثره مشكل لدفع هذا السؤال فانه يعلم به تعريف من لا يستحقها حتى يعمل بمن استوجر على العمل او اثره فلا يلزم الدور ولا حاجة الى الحوالة انتهى كلامه اقول ليس هذا بشيء لان تعريف الاجير المشترك بمن لا يستحق الاجرة حتى يعمل مما اختاره القدوري وذكره في مختصره ولم يذكر معه شيئا آخر يحصل به معرفة من لا يستحقها حتى يعمل والمصنف ايضا ذكره وحده في البداية وانما زاد عليه التعليل المذكور في الهداية والسؤال المذكور انما يتجه على من اكتفى بالتعريف المذكور من غير ان يذكر معه ما يفيد معرفته وزيادة المصنف شيئا يفيد معرفته كيف يصلح كلام من لم يزده ومات قبل ولادة المصنف بسنين كثيرة فاذا لم يذكر معه شيء يحصل به معرفته فاما ان يحتاج بمعرفته الاجير المشترك الذي هو المعرف الى الدور او لا يحتاج اليها بل حصلت بما هو معلوم ومعهود فيما سبق فلا بد في الجواب من الحوالة عليه فلم تتم قوله فلا يلزم الدور ولا حاجة الى الحوالة فمع تمام الحوالة غير مسلم عندنا كما قررناه فيما قبل ولكنه كلام حسن ثم قال ذلك البعض من الفضلاء اما ترى قوله فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل منقوض بالاجير المشترك اذا عجل له الاجر او شرط التعجيل فيحتاج الى فرع عناية كان يقال لا يستحق الاجير بالنظر الى كونه اجيرا مع قطع النظر عن الامور الخارجة انتهى اقول انما يتوهم الانتقاض بذلك ويحتاج الى فرع عناية في دفعه لو كان معنى قوله المذكور المشترك من لا يستحق الاجرة قبل ان يعمل واما اذا كان معناه المشترك من لا يستحقها بدون العمل اصلا كما يستحقها الاجير الخاص بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل اصلا على ما سيجيء فلا انتقاض بذلك اصلا لان الاجير المشترك اذا لم يقع منه العمل اصلا لا يستحق الاجرة حتى لو كان اخذ بالطريق التعجيل يلزمه رد ما استاجر وكان الامام الزيلعي تدارك هذا المعنى حيث قال في شرح قول صاحب الكنز ولا يستحق الاجر حتى يعمل يعني الاجير المشترك لا يستحق الاجرة الا اذا عمل انتهى فتبصر ثم ان صاحب العناية قال وقيل قوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل مفرد والتعريف بالمفرد لا يصح عند عامة المحققين واذا لم يصح الى ذلك فقوله كالصباغ والقصار جاز ان يكون تعريفا بالمثال وهو صحيح لكن قوله لان المعقود عليه بناء في ذلك لان التعليل على التعريف غير صحيح وقال وفي كونه مفردا لا يصح التعريف به نظر والحق ان يقال انه من التعريفات اللفظية وقوله لان المعقود عليه اذا كان هو العمل كان لان يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد بيان لمناسبة التسمية وكانه قال من لا يستحق الاجرة حتى يعمل سمي بالاجير المشترك لان المعقود عليه الى آخره ويؤيده وقوله فمن هذا الوجه يسمى مشتركا الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء وعندي انه قوله لان المعقود عليه الى آخره تعليل للحكم الضمني المستفاد من التعريف فيهون ان المعقود عليه اذا كان هو العمل لا يستحق الاجرة قبل العمل لان قضية عقد المعاوضة هي المساواة كما تقدم بيانه ولو استحق من استوجر على العمل قبله يعلل المساواة هذا هو مراد المصنف الا ان المصرع على ذلك التعليل قوله فكان له ان يعمل للعامة لبيان المناسبة فليتامل الى هنا كلامه اقول مدار استخراج ذلك البعض ورائه في هذا المقام على ان تكون عبارة المصنف هنا ان المعقود عليه انما هو العمل او اثره وكان له ان يعمل للعامة وليست كذلك بل عبارته هنا لان المعقود عليه اذا كان هو العمل او اثره امكان له ان يعمل للعامة ولا شك ان قوله كان له ان يعمل للعامة ليس بكلام مستقل بل هو جزاء للشرط المذكور فيما قبله ومجموع الشرط والجزاء في التعليل غير صحيح لغير بيان مناسبة التسمية فاحق ما قاله صاحب العناية على انه لو كانت عبارة المصنف ما زعمه ذلك القائل فكان تعليل ان المعقود عليه انما هو العمل او اثره تعليلا لما ذهب اليه ذلك القائل على ما قررناه

ولما ان الداخل تحت الاذن هو العمل المصلح لا مجرد الاذن والمعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب كالاجير فلم يكن المفسد ماذونا فيه بخلاف العين لانه متبرع فلا يكون تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فما لم يكن تقييده كذلك لا يجبر الورثة على ذلك انتهى واقتطاع الحبل من قلته تمامه فكان من صنيعه قال لانه لا يضمن به بنو آدم من غرق في السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه

تفريع لمعنى قوله فكان لان يعمل للعامة على ذلك التعليل لان مراده ذلك التعليل على ما قرره وذلك القائل ان تكون تقنية عقد المعاوضة هي المساواة كما تقدم بيانه ولا ريب ان هذه التقنية كما تتحقق فيما اذا كان الاجير مشتركا تتحقق فيما اذا كان الاجير خاصا ايضا فلو صح تفريع قوله فكان له ان يعمل للعامة على ذلك التعليل لزم جواز ان يعمل الاجير الخاص ايضا للعامة وليس كذلك قطعا **قوله** قلنا ان الداخل تحت الاذن هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد ماذونا فيه اقول في تعليل كون الداخل تحت العقد هو العمل المصلح بما ذكره المصنف قصور لان كون العمل وسيلة الى الاثر انما يتصور في صورة تخريق الثوب من قبة من صور المسألة المذكورة دون الصور الثلث الباقية فيها اذ قد تقرر في ادب باب الاجر متى يستحق ان كل صانع لعمله اثر في العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في البيع وكل صانع ليس لعمله اثر في العين فليس له ان يحبس العين للاجر كالحمال والملاح لان المعقود عليه نفس العمل وهو عين قائم في العين فلا يتصور بقاؤه فقد تلخص منه ان العمل على نوعين نوع له اثر في العين كعمل الصباغ والقصار ونوع ليس له اثر في العين كعمل الحمال والملاح وان المعقود عليه في النوع الاول هو الاثر وهو الوصف القائم في الثوب والمعقود عليه في النوع الثاني نفس العمل لا غير وذلك بين في هذه الثلاث فيما نحن فيه من مسائل الحمال والملاح واذا لم يكن لعمل الصانع فيها اثر في العين فكيف يتصور ان يكون عمله وسيلة الى الاثر وكيف يصح ان يقال فيها الاثر هو المعقود عليه حقيقة وقد صرح فيما مر بان المعقود عليه هناك نفس العمل وكذا قوله حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر لا يستقيم على اطلاقه اذ قد مر ايضا في الباب المزبور انه اذا اشترط على الصانع ان يعمل بنفسه فليس له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل من محصل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه نعم اذا اطلق العمل فله ان يستاجر من يعمله كما مر هناك ايضا فكان الدليل خاصا والمدعى عاما والاولى في التعليل هنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال لان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لان الاذن انما ثبت ضمنا للعقد والعقد انما تعلق على التسليم لان مطلق عقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيوب كما مر في البيوع فاذا ثبت ان المعقود عليه العمل التسليم ثبت ان المفسد غير معقود عليه فلا يكون ماذونا فيه كما لو وصف نوعا من الدقيق فجاء بنوع آخر انتهى **قوله** بخلاف العين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده قال صاحب العناية وللمتزم ان يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المقصود لغير من تبرع له انتهى وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك فقال الحكم مدار على دليله وان كانت الحكمة اخص كما سبق نظيره في الايمان فقوله لانه يمتنع عن التبرع بيان للحكمة عدم التضمين انتهى اقول هذا ايجاد ما ليس شيئا لان صاحب العناية لم يضف لزوم الامتناع عن التبرع في صورة حصول المقصود لغير من تبرع له بل اراد منع بطلان قولك اللازم بناء على التزام جواز ذلك وقد اللازم عن التبرع له فلا فائدة ههنا لحديث جواز كون الحكمة اخص على ان لصاحب العناية ان يقول لا يصلح قوله لانه يمتنع عن التبرع بيانا للحكمة عدم التضمين ايضا فانه اذا جاز التزام امتناعه عن ذلك بناء على دفع الضرر عن الغير لم يظهر حكمة عدم التضمين بل كان الظاهر حينئذ هو التضمين كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية ولو علل بان التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهي لا تقتضي السلامة كان سلما انتهى اقول ولقائل ان يقول ههنا ايضا كون التبرع بالعمل بمنزلة الهبة بالنظر الى من تبرع له لا يقتضي جواز ذلك اذ تضمن نفسه الغير من تبرع له لا يرى انه اذا خاط احد ملك الآخر وتبرع به لغيره بطريق الهبة فلا شك انه يلزمه الضمان فلم لا يلزمه الضمان اذا عمل في ملك المستاجر بغير اذنه وتبرع بالعمل للاجير فتلف بعمله ملك المستاجر فليتامل **قوله** وانقطاع الحبل من قلته اهتمامه فكان من صنيعه هذا جواب عما عسى ان يقال انقطاع الحبل ليس من صنيع الاجير فما وجه ذكره ومن جملة ما تلف بعمله فاجاب بانه من قلته اهتمامه فكان من صنيعه كذا في العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول لم يكتف على هذا بما مر من ان الاجير المشترك لا يضمن ما هلك في يده عند ابي حنيفة رحمه الله وان كان الهلاك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة فانه

باب الاجارۃ علی احد الشرطین

عليه لانه لابد من شرط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجرة تجب بالعمل وعند خلافه يتصور المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة التي على وجه لا يرتفع المنازعة الا باثبات الخيار ولو قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فان رأى اليوم فله درهم وان خاط غدا فله اجر مثله عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وزفر بنه نصف درهم وفي الجامع الصغير لا ينقص من نصف درهم ولا يزاد على درهم وقال ابو يوسف ومحمد له الشرطان جائزان وقال زفر الشرطان فاسدان لان الخياطة شيء واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان ولهما ان ذكر اليوم للتأقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان ولان التعجيل والتأخير متضادان فتنزل منزلة اختلاف النوعين ولابي حنيفة رح ان ذكر الغد للتعليق حقيقة

قوله عيانه لابد من شرط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك الخ قوله فتحقق الجهالة على وجه لا يرتفع المنازعة الا باثبات الخيار يشكل على ما سيأتي من الشارح حيث قال القول بالجهالة التي في ظرف الاجرة ترتفع كما ذكروا واما الجهالة التي في ظرف العين المستأجرة في نحو قوله اجرتك هذه الدار سنة بخمسة او هذه الدار العشرة في ماية وسنة تفضي الى النزاع في تسليم العين وتسلمه اذا المستأجر تريد هذا والموجر يدفع الآخر فيتحقق النزاع فينبغي ان لا يصح بدون شرط خيار التعيين انتهى كلامه واجاب عنه بعض العلماء حيث قال بعد ذكر ذلك الاشكال في صورة ان تكون من عند نفسه ويمكن الجواب بان يقال ان الثمن يجب في باب البيع بمجرد العقد فلا ترتفع الجهالة المفضية الى النزاع عين وجوب الثمن الا باثبات الخيار والاجرة في باب الاجارة لا تجب بمجرد العقد بل بالعمل وعند وجود العمل ترتفع الجهالة فلا حاجة الى اثبات الخيار انتهى كلامه اقول ليس في هذا الجواب شيء ازليس فيه شيء زائد على ما ذكروا في الفرق ههنا والاشكال المذكور انما يتجه بعد ذلك فان الجهالة التي في ظرف العين المستأجرة تفضي الى النزاع في تسليم العين تسلما فلا يتأتى المجال للعمل اصلا او العمل في نحو سبحانه الدار انما يتصور بعد تحقق تسليم العين المستأجرة وتسلمها وعند النزاع لا يتحقق ذلك فلا يفيد القول بان الجهالة ترتفع عند وجود العمل كما لا يخفى فليتأمل في دفع اصل الاشكال قوله وقال زفر الشرطان فاسدان لان الخياطة شيء واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان بيان ذلك ان ذكر اليوم للتعجيل للتأقيت لانه حال افراد العقد في اليوم بان قال خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل للتأقيت حتى لو خاطه في الغد استحق الاجر فكذا ههنا وذكر الغد للترفيه لانه حال افراد العقد في العقد بان قال خطه غدا بنصف درهم كان للترفيه فكذا ههنا أو ليس التعدد والشرط اثر في تعيبه فيجتمع في كل يوم تسميتان اما في اليوم فلان ذكر الغد اذا كان للترفيه كان لعقد المضاف الى غد ثابتا باليوم مع عقد اليوم واما في الغد فلان العقد المنعقد في اليوم باق لان ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف الى غد واذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد بدلين على سبيل البدل فصار كانه قال خطه بدرهم او نصف درهم وهو باطل لكون الاجر مجهولا وذلك يفضي الى النزاع كذا في الشروح والكافي قال صاحب العناية وبهذا ظهر ان ما ذكره المصنف من ان الجواب ان الجهالة ترتفع بوقوع العمل فان به تتعين الاجر للزومه عند العمل كما تقدم انتهى اقول فيه نظر لان زوال الجهالة بوقوع العمل انما يتصور اذا لم يجتمع في كل يوم تسميتان ومدار دليل زفر على اجتماعهما في كل يوم كما تبين من قبل فحينئذ لا تزول الجهالة قطعا لان العمل المشروط امر واقع في اليوم لا محالة فلا يقع يلزم ان يكون في مقابلته بدلان على سبيل البدل فالوجه في الجواب عن دليل زفر منع لزوم اجتماع التسميتين في كل يوم كما سبق من تقرير دليل سائر ائمتنا ولهذا لم يتعرض المصنف للجواب عنه صريحا قوله ولهما ان ذكر اليوم للتأقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان قال بعض العلماء

ولا يمكن جعل اليوم على التأقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل واذا كان كذلك يجتمع في العقد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويفسد الثاني ويجب اجر المثل لايجاده نصف عمله في اليوم المسمى في اليوم الثاني

وهو يقبل التأخير الى هنا كلامه اقول فيه بحث اذ لو لم يكن المنصف في العقد تسمية جديدة حين كان في ذكر الف بجرد تعليق خط النصف الآخر بالتأخير لما صح قول ابي حنيفة رحمه الله فيما تقدم انه يجتمع في العقد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويفسد الثاني اذ على ذلك التقدير لا يكون في العقد الا تسمية واحدة هي التسمية الاولى ولكن يخط نصف المسمى بالتأخير فيجوز ذلك المعنى ههنا افساد الدليل ابي حنيفة رحمه الله وقد اعاده ايضا فكانه انما اخر بما ذكره صاحب غاية البيان فانه قال وذكر العقد للتعليق انما تقرير دليل الامامين المراد من تسليل الاضافة لان تعليق الاجارة لا يجوز وقال او نقول المراد به تعليق خط النصف بالتأخير الى الغد وذلك جائز لان التعليق الاجارة انتهى ولكن لا يخفى على الفطن ان تجويز ذلك المعنى انما تقرير دليل الامامين لا يستلزم تجويز وانما تقرير دليل ابي حنيفة رحمه الله فانهما يقولان لا يجتمع في كل يوم تسميتان فلا يأتيان فيه تجويز ذلك بخلاف قول ابي حنيفة رحمه الله كما عرفت **قوله** ولا يكون عمل اليوم على التأقيت دون فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل فانا اذا نظرنا الى ذكر العمل كان الاجير مشتركا واذا نظرنا الى ذكر اليوم كان اجير وحد وهما متنافيان فان ذكر العمل يوجب عدم وجوب الاجرة ما لم يعمل وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المدة وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات ولذلك عدلنا عن الحقيقة التي هي التأقيت على المجاز الذي هو التعجيل كذا في العناية وغيرها اقول يشكل هذا بمسئلة الراعي فانه يجتمع فيها ذكر العمل والوقت وتصح الاجارة بالاتفاق ولا يحمل الوقت على غير معناه الحقيقي في قول احد بل يعتبر الاجير اجيرا مشتركا ان وقع ذكر العمل اولا واجيرا وحدانا ان وقع ذكر المدة اولا وصرح بذلك في عامة المعتبرات كما في الذخيرة والمحيط البرهاني قال صاحب الكافي وفي المسئلة اشكال هائل على قول ابي حنيفة رحمه الله فانه جعل ذكر اليوم للتعجيل ههنا حتى اجاز العقد وفي مسئلة الخياطة جعل ذكر اليوم للتوقيت فاسد العقد على ما سبق تقريره والجواب ان ذكر اليوم حقيقة للتوقيت فيحمل عليه حتى يقوم الدليل على المجاز وههنا قام الدليل على المجاز وهو تفاوت الاجر بسبب التأخير فعدلنا عن الحقيقة وصرنا الى المجاز بهذا الدليل ولم يقم مثل هذا الدليل ثمة وكان التوقيت مراد الغنا انتهى كلامه وزاد عليه تاج الشريعة سؤالا وجوابا ملخصه اصاحب العناية فقال بعد ذكر ذلك الاشكال والجواب ورود بان دليل المجاز قائم ثمة وهو تصحيح العقد على تقدير التعجيل فيكون مراد الظر الى ظاهر الحال والجواب ان الجواز بظاهر الحال في حيز النزاع فلا بد من دليل زائد على ذلك وليس بموجود بخلاف ما نحن فيه فان تفاوت الاجر دليل زائد على الجواز بظاهر الحال انتهى اقول يشكل الجواب المذكور عن ذلك الاشكال بمسئلة اخرى مذكورة في المحيط البرهاني وهذا ما قال فيه ولو قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلا اجر لك قال محمد في الاملاء ان خاطه في اليوم الاول فله درهم وان خاطه في اليوم الثاني فله اجر مثله لا يزاد على درهم في قولهم جميعا لان شرط الاجر في اليوم الثاني لا ينفي وجوبه في اليوم الاول ولا ينفي التسمية في اليوم الثاني لا ينفي اصل العقد فكان في اليوم الثاني عقدا لا تسمية فيه فيجب اجر المثل انتهى لفظ المحيط قال ابو حنيفة رحمه الله لم يفسد العقد في اليوم الاول في باتيك لمسئلة كما افسد وفي حالة الاولى مع انه لم يقم فيها دليل على المجاز كما قام دليل عليه فيما نحن فيه الا ان يقال ان قوله وان خطته غدا فلا اجر لك يحتمل ان لا يكون دليلا على عدم ارادة ما كان ذكر اليوم حقيقة فيه وهو التوقيت بل يكون دليلا على ارادة حقيقة ذلك اليوم لكن مراده التوقيت بما يفي الاجر بالكفاية في الغد واذا كان التوقيت مرادا بذكر اليوم في تلك الصورة تشكل الفرق بينها وبين مسئلة الخياطة جدا على قول ابي حنيفة فليتامل وقد يستشكل الجواب المذكور بعض الفضلا بوجه اخر حيث قال ولا بد لابي حنيفة رحمه الله من بيان دليل المجاز فيما اذا قبل خطه اليوم بدرهم حيث حمل ذكر اليوم على التعجيل قال ويجوز ان يقال الدليل عليه سيعة الامر فانها تدل على كون الخياطة مطلوبة فلا يكون ذكر اليوم للتوقيت وقال فيه تامل انتهى اقول لا يتجه هذا الاستشكال راسا اذ لو سلم ان دليل ابي حنيفة رحمه الله حمل ذكر اليوم على التعجيل في الصورة المزبورة بل الظاهر انه على المسئلة هناك ايضا من ان الجمع بين ذكر الوقت وذكر العمل مفسد للعقد حالة الافراد وابى اقتضت عامة المعتبرات ولم اجد في شيء منها ما يدل على صحة العقد في الصورة المذكورة عند ابي حنيفة رحمه الله

وفي الاجارة الصغرى اذا حط على درهم لا ينقص من المسمى درهم لان التسمية الاولى لا تعدم في الثاني فيعتبر فيه زيادة وتعتبر التسمية الثانية لانها تقتضي
فانها ما وجبت الا بالعقد الثاني وبه يفتى لان الاول لا يعدم الا بالتراضي على الفسخ ولا تراض على الفسخ فالعقد الاول على حاله الا ترى انه لو
هلك المستأجر الاول لا يبطل العقد الثاني وهذا يدل على ان الاول لا يعدم بالكلية فلا يعتبر التسمية الثانية بل يعتبر الاولى ولو استأجر
ان يبني له هذا الحائط بالآجر الذي في هذا البيت بكذا ثم استأجر ان يبني له هذا الحائط بالآجر الذي في هذا البيت بكذا فان كان
الآجر الذي في البيت يكفي لبناء الحائط فالاجارة الثانية فاسدة لان الاجارة الاولى لم تفسخ بالثانية فكان الآجر مستحقا للاول
وان كان لا يكفي فالاجارة الثانية جائزة لان الاولى فسخت بالثانية لعدم الآجر المستحق للاول وان لم يعلم كم يكفي فالاجارة الثانية
فاسدة لان الآجر مستحق للاول ما لم يعلم انه لا يكفي وان استأجر ان يبني له هذا الحائط بالآجر الذي في هذا البيت بكذا ثم استأجر
ان يبني له هذا الحائط بالآجر الذي في هذا البيت بكذا فان كان الآجر الذي في البيت يكفي لبناء الحائط فالاجارة الثانية فاسدة لان
الآجر مستحق للاول ما لم يعلم انه لا يكفي وان استأجر ان يبني له هذا الحائط بالآجر الذي في هذا البيت بكذا ثم استأجر ان يبني له
هذا الحائط بالآجر الذي في هذا البيت بكذا فان كان الآجر الذي في البيت يكفي لبناء الحائط فالاجارة الثانية فاسدة لان الآجر

ومن استأجر عبدا للخدمة فليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك لان خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق ولهذا جعل السفر عذرا فلا بد من اشتراطه كما سكان الحداد والقصار في الدار

ذكر فيه اشارة الى غير ذلك من المسائل الاخرى المتقدمة وانما يقتضي هذا الوجه تاخير مسائل هذا الباب عما ذكر في اوائل كتاب الاجارة من الاحكام العامة لجنس الاجارة ودون غيرها من الاحكام الكثيرة المتنوعة الواقعة في البين فلا تتم التقريب اما ما اورد على الوجه الذي ذكره صاحب النهاية وما يجاب عنه من النظر فقد قدمه بعض الفضلاء وضعه حيث قال في تفسير اجارة العبد اي نفسه وقال واجارة العين اياه وذكرت استطرادا وقد تقدم مني في الذكر ما يذكر مستطردا كما سبق في باب العشر والخراج فعلى هذا الاجارة مضاف الى الفاعل الى هنا كلامه اقول فيه خلل اما اولا فلان الاجارة في اللغة اسم للاجرة وهي كراء الاجير يسمى به في المغرب وغيره كتب اللغة ولم يسمع مجيء هذه الكلمة مصدرا قط وانما المصدر من الثماني الاجير من المزيد عليه الايجار والمواجرة فلم يتيسر ان يكون للاجارة فاعل ومفعول فلم يصح القول بان الاجارة ههنا مضاف الى الفاعل وان المعنى اجارة العبد نفسه واما ثانيا فلان المذكور في هذا الباب خمس مسائل ثنتان منها متعلقتان بايجار العبد نفسه وثلث منها متعلقات بايجار الغير اياه فحمل عنوان الباب على اول ما ذكر في الباب وجعل اكثر ما ذكر فيه استطرادا كما يقتضيه قوله واجارة الغير اياه ذكرت استطرادا احمالا يقبله فطرة وسليمة ثم اقول في دفع ما اورده صاحب النهاية بين الظهران الخياط درجة العبد عن الحر كما يظهر له اثر فيما اذا وجب من العبد تصرف في عقد الاجارة كذلك يظهر له اثر فيما اذا لم يوجد منه تصرف في ذلك ولكن كان هو محل التصرف وموقع عقد الاجارة او لاشتراك ان في كل من تينك الصورتين حكما فاما يتعلق بالعبد كما يفصح عنه قوله في الوجه الذي اختاره وبالحري بمسائل خاتمة يتعلق به ذكرها في باب على حدة ولا ريب ان تخصيص مثل ذلك الحكم بالعبد ليس لارتفاع درجته عن الحر بل انما هو لانحطاط درجته عن الحر فكان قول صاحب النهاية ومن تتبعه آخر الاحكام التي يتعلق بالعبد عن احكام الحر لانحطاط درجة العبد عن الحر وجها جاريا في الصورتين معا شاملا للمسائل المذكورة في هذا الباب بسرها فلم تتم قول صاحب النهاية ولكن لو كان هو المراد لم يبدأ اول الباب باستيجار العبد الخ واذ مداره على ان لا يجري الوجه المذكور في الصورة الثانية كما يتأتى عليه تعليله ثم ان اضافة الاجارة الى العبد في عنوان الباب ليس من قبيل الاضافة الى الفاعل ولا من قبيل الاضافة الى المفعول لما عرفت بل من قبيل الاضافة لادنى ملابسة فيشتمل ما كان العبد محل التصرف في نفس عقد الاجارة كما في بعض مسائل هذا الباب وما كان العبد محل التصرف وموقع عقد الاجارة كما في البعض الآخر من مسائل هذا الباب

ومن هذا البعض المسألة المبتدأ بها اول الباب فلا محذور ولا استطراد في شيء تأمل ترشد قوله ومن استأجر عبد الخدمة فليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك لان خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق فان قيل ان المستأجر في ذلك منافعه ينزل منزلة المولى في منافع عبده وللمولى ان يسافر بعبده فما وجه الايجاب على المستأجر ان يسافر اجيبوا قلنا انما يسافر المولى بعبده لانه يملك رقبته والمستأجر لا يملك رقبته اجيبوا كذا في الكافي وعامة الشروح وانت خبير بان هذا الجواب ممن اوجب على المدعى عليه على خدمة عبده منتة فان للمدعي ان يخرج بالعبد الى السفر وان لم يملك رقبته واجيب بان مؤنة الرد في باب الاجارة على الاجير بعد اتمام العقد بان المنفعة في النقل كانت له من حيث انه يقدر نفقة في الاجر فالمستأجر اذا سافر بالعبد فهو بانه يوم الموجر عالم يلزمه من مؤنة الرد وجائز ان يجب على الاجير دون المدعى عليه فلا يصح مؤنة الرد ليست على المدعى عليه فلا يصح بالاخراج الى السفر بل يلزم مؤنة الرد وله ذلك كذا في العناية ان من العناية القول لقائل ان يقول يلزم من هذا الجواب ان لا يقدر المستأجر على ان يسافر بالعبد اذا التزم مؤنة الرد وان لم يرض به الموجر لان حاصل هذا الجواب انه ان سافر المستأجر بالعبد في باب الاجارة يترتب الضرر على الموجر بالزامه اياه مالم يلزمه من مؤنة الرد ولا يخفى ان في ذلك الاجارة بترتيب الضرر يندفع بالتزام المستأجر تلك المؤنة مع ان الظاهر من عبارات الكتب عدم جواز المسافرة به مطلقا مالم يشترط ذلك فتأمل وعن صاحب العناية في الجواب المذكور بوجه آخر حيث قال وهذا كما ترى انقطاع لان المعلل احتاج الى ان يضم الى علته وهي قوله والمستأجر لا يملك رقبته قيدا

ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا تعينت الخدمة في الحضر لا يبقى غرره واخذ كما في الركوب ومن استاجر عبدا محجورا عليه شهرا واعطاه الاجر فليس للمستاجر ان ياخذ منه الاجر وهذه ان الاجارة صحيحة استحسانا اذا فرغ من العمل والقياس ان لا يجوز لانعدام تاقين المولى وقيام الحجر فصار كما اذا هلك العبد وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما فاعتبر على اعتبار ذلك العبد والنافع مادون نفسه كقبول الهبة واذا جاز ذلك لم يكن للمستاجر ان ياخذ منه الاجر ومن غصب عبدا فاجر العبد نفسه فاخذ الغاصب الاجر فاكله فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو ظاهر من قول ابي حنيفة رحمه الله اكل مال المالك بغير اذنه اذا الاجارة قد صحت عليه وله ان الضمان انما يجب باتلاف مال يجب لان المغصوب به وهذا عقد يجب فسخه لحق الغاصب لان العبد لا يجب نفسه عنه فكيف يجب ما في يده وان رجع المولى الاجر قائما بعينه اخذه وكذلك ماله ويجوز فسخ العبد الاجر في قولهم جميعا لانه مادون نفسه في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر ومن استاجر عبدا هذين الشهرين شهرا بعينه وشهرا بعينه فهو جائز والاول منهما اربعة ان الشهر المذكور لا تنصرف الى ما يلي العقد تحريا للجواز او نظرا الى الحاجة فتنصرف الى الثاني ما يلي الاول ضرورة ومن استاجر عبدا شهرا بعينه فقبضه في اول الشهر ثم جاء آخر الشهر وهو مريض او مريض حين اخذه وقال المولى لم يكن ذلك الا قبل ان تاتي بساعة فالقول قول المستاجر وان جاء به وهو صحيح فالقول قول المؤاجر لانهما اختلفا في امر محتمل فترجح بحكم الحال اذ هو دليل على ما قبل من قبل وهو بضم الميم وفتح الحاء ان يصطرحه في نفسه اصله الاختلاف في جريان ماء الحاجوت وانقطاعه

وهو ان تقول وليه منه مؤنة الرد ثم قال والفعل الصعاب ان يقال لا نسلم ان المستاجر في منافع العبد كالمولى فان المولى له المنفعة على الاطلاق زمانا ومكانا وفعلا وليس المستاجر كذلك بل حكمه ما يقع ضروري بتقييد بمكان وزمان فيجوز ان يتقيد بما لا يتقيد به المولى والعرف ليوجبه او دفع ضرر المؤنة على ما ذكرنا، فوجبه انتهى كلامه اقول فيما استصعبه نظر لانه يتقض بمسئلة الصلح اذ لا شك ان المصالح ايضا لا يملك منافع العبد على الاطلاق كالمولى بل هو ايضا انما يملكها بالعقد الضروري وهو عقد الصلح مع ان له ان يسافر بالعبد بخلاف المستاجر فيحتاج الى الفرق **قوله** ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا تعينت الخدمة في الحضر لا يبقى غرره واخذ كما في الركوب قال بعض الفضلا الفرق بين الدليلين غير واضح ظاهر انتهى اقول الفرق بينهما ان مدار الاول على ان خدمة السفر مجاهدة فلم تدخل في اطلاق العقد بل تساهل على العرف مطلق العقد الى التعارف الذي هو الخدمة في الحضر ومدار الثاني على ان كل واحدة من خدمتي السفر والحضر وان كانتا داخلتين تحت اطلاق العقد الا ان الخدمة في الحضر تعينت بتقرير متى حال العاقد ومكان العقد فبعد تعينها لا يبقى المجال لاخرى كما في الركوب فانه اذا اطلق المركوب ثم ركب بنفسه او اركب غيره يتعين هو فبعد ذلك ليس له ان يغير من كبه او لا يتعينه للمركوب فكذا هنا ويرشدك الى ما قررنا من الفرق بين الدليلين المذكورين في الكتاب عبارة المبسوط والذخيرة في تعليل هذه المسئلة على ما ذكره صاحب النهاية حيث قال لان مطلق العقد ينصرف الى المتعارف ولان الظاهر من حال صاحب العبد انه يريد الاستخدام في مكان العقد حتى لا يلزمه مؤنة الرد ونحو ذلك على الاجير فيتعين موضع العقد مكانا للاستيفاء بدلالة الحال كذا في المبسوط والذخيرة انتهى **قوله** ومن استاجر عبدا محجورا عليه شهرا واعطاه الاجر فليس للمستاجر ان ياخذ منه الاجر قال صاحب الكافي في تقرير هذه المسئلة ومن استاجر عبدا محجورا عليه شهرا فعمل فاعطاه الاجر فقد زاد على ما ذكره المصنف قوله فعمل وافتى اثره صاحب العناية اقول فيه شيء وهو ان وضع هذه المسئلة فيما اذا استاجر عبدا محجورا عليه شهرا كما ترى فقد ذكر فيه المدة وسمى الشهر وقد تقرر عندهم ومر غير مرة ان الاجير يصير مستحقا بذكر الوقت اجيرا خاصا وقد مر في باب ضمان الاجير ان الاجير الخاص هو الذي يستحق الاجر بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استاجر شهر الخدمة او الراعي الغنم فما معنى اعتبار العمل في هذه المسئلة بعد ذكر المدة نعم لا بد من تسليم العبد نفسه حتى يستحق الاجر فلا يجوز للمستاجر ان ياخذ منه ما اعطاه اياه من الاجر الا انه لم يذكر هذا التقييد صراحة في وضع المسئلة اعتمادا على ظهوره اراد ان قلت من زاد قيد فعل اراد بعمل تسليم النفس قلت لا يرى له وجه صحيح اذ لا اتحاد بينهما ولا استلزام فان العمل يوجد بدون تسليم النفس في الاجير المشترك مطلقا وتسليم النفس يتحقق بدون العمل في الاجير الخاص الذي سلم نفسه ولم يعمل فما وجه ذكر العمل واراد تسليم النفس والانصاف ان تركه اولى من ذكره كما صنع المصنف **قوله** ان الشهر المذكور ولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا للجواز او نظرا الى تجرد الحاجة قال تاج الشريعة فان قلت هذا التعليل انما يستقيم ذكر الشهر منهما بالالف واللام دون قوله هذين الشهرين قلت رايت في المبسوط والجامع الصغير للشيباني وغيرهما عدم التعريف بقوله هذين بل في كل واحد منهما استاجر عبدا شهرين شهرا بعينه وشهرا بعينه ويحتمل ان يحمل قوله هذين على ما اذا قال للموجر اجرت منك هذا العبد شهرين شهرا بعينه وشهرا بعينه فقال المستاجر استاجرت منك هذا العبد هذين الشهرين فيضاف قوله هذين الشهرين الى الشهرين المنكرين اللذين دخلا تحت ايجاب الموجر فيبقى التنكير فصلح التعليل بتجرد الحاجة لاثبات التعيين الى منها كلامه وافتى اثره صاحب الكفاية في شرح هذا المقام على هذا المنوال ولكن وقع تغيير تحرير في اوائل المقال وقال صاحب العناية قبل شرح هذا الكلام على انه ذكر منكرا مجهولا والمذكور في الكتاب ليس كذلك واجيب بان المذكور في الكتاب قول المستاجر واللام فيه للعهد لما كان في كلام الموجر من المنكر فكان الموجر قال اجرت عبدي هذا شهرين شهرا بعينه وشهرا بعينه فقال المستاجر استاجرته هذين الشهرين

باب الاختلاف

قال واذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب امرتك ان تعمله قباء وقال الخياط بل امرتني ان اعمله قميصا او قال صاحب الثوب للصباغ امرتك ان تصبغه احمر فصبغته اسود وقال صاحب الصباغ لا بل امرتني ان اصبغه اسود فالقول لصاحب الثوب لان الاذن يستفاد من جهته والبينة بينة المنكر لان القول قوله فان اقاما البينة فالبينة بينة صاحب الثوب لانه المثبت لزيادة قال واذا اختلف الخياط وصاحب الثوب في طول القميص او في سعة الكم او سعة الرأس او في رقعة الجيب او في عدد الكرابيس فالقول قول صاحب الثوب مع يمينه لان الخياط يدعي عليه شغل ملكه وصاحب الثوب ينكر فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر وجوب الضمان عليه وهو ينكر وجوب التسليم بالاجر المسمى وكذلك لو اختلفا في مقدار الصبغ فيه لانه بمنزلة الخياطة وان قال صاحب الثوب عملته لي بغير اجر وقال الصانع بل باجر فالقول قول صاحب الثوب لانه ينكر تقوم عمله لانه يدعي عليه عقد المعاوضة والصانع ينكر ذلك وان كان الصانع معروفا بأخذ الاجر على الصنعة فالقول قوله لان العرف الظاهر يشهد له

قوله كان من كلام المستاجر

قوله وان شاء اخذ الثوب وان شاء ضمنه قيمة الثوب ابيض

قوله وان شاء اخذ الثوب واعطاه اجر مثله

قوله وان شاء ضمنه قيمة الصبغ

والجواب عن استحسانهما ان الظاهر للدفع والحاجة هينا الى الاستحقاق والله اعلم

باب فسخ الاجارة

قال من استاجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ لان المعقود عليه المنافع وانها توجد شيئا فشيئا فكان كل جزء حادث عيبا وقابل القبض فيرجب الخيار كما في البيع ثم لا فرق بين ان يكون العيب مقارنا للعقد او حادثا بعده لان الحادث يلتحق بالمقارن لتعذر الاستدراك في البيع قبل القبض فكذا في الاجارة قال فان لم يرض المؤجر ان يفسخ حتى انهدم البيت او احترق او انقطع الماء من البئر او العين او غار الماء فلا خيار له لان الهلاك بعد القبض كالهلاك بعد تمام المدة وهذا لان الهلاك يوجب انفساخ العقد فيما لم يستوف بعد الهلاك وتعذر استيفاء ما استوفى قبله لان المعقود عليه المنافع على حسب الاوقات فلا يتصور الاستيفاء بعد مضيها كما لا يتصور بعد تمام المدة وهذا بخلاف ما لو انقطع ماء الرحى وليست بمملوكة لانه لا يتعذر استيفاء ما بقي بالتسليم الى المستاجر لان المعقود عليه هو الطحن وهو ممكن بالماء الذي يجيء به المستاجر او غيره وانما تعذر عليه الانتفاع بملكه وهو لا يوجب الفسخ قال وان استاجر دارا او حانوتا او ارضا او بيتا او دابة او ثوبا او شيئا من الاشياء سنة بعينه او موصوفا في الذمة او الى حمل طعام معلوم الى موضع معلوم او على حمل شيء معلوم الى موضع معلوم او على ان يخيط له ثوبا او يصبغه او يقصره او يرقعه او يطحن له قفيزا من حنطة او يعمل له عملا معلوما بكذا درهما او بكذا دينارا او بكذا قفيزا من حنطة او بكذا من الاشياء مما يتعارفه الناس في البيع قل الثمن او كثر فهو جائز لان المعقود عليه منفعة معلومة وهو ما ذكرنا والاجرة معلومة وهو ما سمى من الثمن وكل ما صح ان يكون ثمنا في البيع صح ان يكون اجرة في الاجارة لان الاجرة تعتبر بالثمن لان كل واحد منهما عوض في عقد معاوضة فيعتبر بالثمن قال ويجوز الخيار في الاجارة ثلاثة ايام او اقل او اكثر لان الاجارة في معنى البيع لانها تمليك المنافع بعوض فيجوز اشتراط الخيار فيها كما في البيع ولان الحاجة الى الخيار في الاجارة كالحاجة اليه في البيع لان الانسان قد يحتاج الى ان يستاجر دارا او دابة او غلاما او يؤاجر ذلك فيحتاج الى الخيار ليتروى في الوقوف على ما هو الاصلح له وهذا الخيار يمنع ثبوت الحكم عند بعض اصحابنا رحمهم الله حتى لا يملك المستاجر التصرف في العين المستاجرة ولا يملك المؤجر المطالبة بالاجرة وعند بعضهم لا يمنع ثبوت الحكم ويملك المستاجر التصرف والمؤجر المطالبة بالاجرة وهو الصحيح لان الخيار شرع لدفع الغبن والضرر وذلك يحصل بثبوت الحكم لا بمنعه قال ويجوز اشتراط الخيار في الاجارة ثلاثة ايام او اقل او اكثر لان الاجارة لا تفسخ بالعذر كما لا تنعقد به فلا يتمكن المستاجر من الفسخ بعذر ولو كان للمؤجر خيار لتمكن من الفسخ بعذر وبغير عذر فيتضرر به المستاجر فلا يثبت الخيار له لان الضرر لا يزال بالضرر قال ولا يجوز استثناء منفعة معلومة لان الاجارة لا تصح الا على منفعة معلومة لان الجهالة في المعقود عليه تفضي الى المنازعة وهذا لان المعقود عليه هو المنفعة والاعيان وسيلة اليها فلا بد من العلم بها ليتحقق التسليم والتسلم على الكمال وكل ما يصلح ان يكون ثمنا في البيع يصلح ان يكون اجرة في الاجارة لان الاجرة تعتبر بالثمن لان كل واحد منهما عوض في عقد معاوضة فيعتبر بالثمن قال ويجوز ان يستاجر الدار او الحانوت او الارض او الدابة او الثوب او الشيء الموصوف في الذمة او الى حمل معلوم من طعام معلوم او على حمل شيء معلوم الى موضع معلوم او على ان يخيط له ثوبا او يصبغه او يقصره او يرقعه او يطحن له قفيزا من حنطة او يعمل له عملا معلوما بكذا درهما او بكذا دينارا او بكذا قفيزا من حنطة او بكذا من الاشياء مما يتعارفه الناس في البيع قل الثمن او كثر فهو جائز لان المعقود عليه منفعة معلومة وهو ما ذكرنا والاجرة معلومة وهو ما سمى من الثمن وكل ما صح ان يكون ثمنا في البيع صح ان يكون اجرة في الاجارة لان الاجرة تعتبر بالثمن لان كل واحد منهما عوض في عقد معاوضة فيعتبر بالثمن قال ويجوز اشتراط الخيار في الاجارة ثلاثة ايام او اقل او اكثر لان الاجارة في معنى البيع لانها تمليك المنافع بعوض فيجوز اشتراط الخيار فيها كما في البيع ولان الحاجة الى الخيار في الاجارة كالحاجة اليه في البيع لان الانسان قد يحتاج الى ان يستاجر دارا او دابة او غلاما او يؤاجر ذلك فيحتاج الى الخيار ليتروى في الوقوف على ما هو الاصلح له وهذا الخيار يمنع ثبوت الحكم عند بعض اصحابنا رحمهم الله حتى لا يملك المستاجر التصرف في العين المستاجرة ولا يملك المؤجر المطالبة بالاجرة وعند بعضهم لا يمنع ثبوت الحكم ويملك المستاجر التصرف والمؤجر المطالبة بالاجرة وهو الصحيح لان الخيار شرع لدفع الغبن والضرر وذلك يحصل بثبوت الحكم لا بمنعه قال ويجوز اشتراط الخيار في الاجارة ثلاثة ايام او اقل او اكثر لان الاجارة في معنى البيع لانها تمليك المنافع بعوض فيجوز اشتراط الخيار فيها كما في البيع ولان الحاجة الى الخيار في الاجارة كالحاجة اليه في البيع لان الانسان قد يحتاج الى ان يستاجر دارا او دابة او غلاما او يؤاجر ذلك فيحتاج الى الخيار ليتروى في الوقوف على ما هو الاصلح له وهذا الخيار يمنع ثبوت الحكم عند بعض اصحابنا رحمهم الله حتى لا يملك المستاجر التصرف في العين المستاجرة ولا يملك المؤجر المطالبة بالاجرة وعند بعضهم لا يمنع ثبوت الحكم ويملك المستاجر التصرف والمؤجر المطالبة بالاجرة وهو الصحيح لان الخيار شرع لدفع الغبن والضرر وذلك يحصل بثبوت الحكم لا بمنعه قال ويجوز اشتراط الخيار في الاجارة ثلاثة ايام او اقل او اكثر لان الاجارة في معنى البيع لانها تمليك المنافع بعوض فيجوز اشتراط الخيار فيها كما في البيع ولان الحاجة الى الخيار في الاجارة كالحاجة اليه في البيع لان الانسان قد يحتاج الى ان يستاجر دارا او دابة او غلاما او يؤاجر ذلك فيحتاج الى الخيار ليتروى في الوقوف على ما هو الاصلح له وهذا الخيار يمنع ثبوت الحكم عند بعض اصحابنا رحمهم الله حتى لا يملك المستاجر التصرف في العين المستاجرة ولا يملك المؤجر المطالبة بالاجرة وعند بعضهم لا يمنع ثبوت الحكم ويملك المستاجر التصرف والمؤجر المطالبة بالاجرة وهو الصحيح لان الخيار شرع لدفع الغبن والضرر وذلك يحصل بثبوت الحكم لا بمنعه قال ويجوز اشتراط الخيار في الاجارة ثلاثة ايام او اقل او اكثر لان الاجارة في معنى البيع لانها تمليك المنافع بعوض فيجوز اشتراط الخيار فيها كما في البيع ولان الحاجة الى الخيار في الاجارة كالحاجة اليه في البيع لان الانسان قد يحتاج الى ان يستاجر دارا او دابة او غلاما او يؤاجر ذلك فيحتاج الى الخيار ليتروى في الوقوف على ما هو الاصلح له وهذا الخيار يمنع ثبوت الحكم عند بعض اصحابنا رحمهم الله حتى لا يملك المستاجر التصرف في العين المستاجرة ولا يملك المؤجر المطالبة بالاجرة وعند بعضهم لا يمنع ثبوت الحكم ويملك المستاجر التصرف والمؤجر المطالبة بالاجرة وهو الصحيح لان الخيار شرع لدفع الغبن والضرر وذلك يحصل بثبوت الحكم لا بمنعه قال ويجوز اشتراط الخيار في الاجارة ثلاثة ايام او اقل او اكثر لان الاجارة في معنى البيع لانها تمليك المنافع بعوض فيجوز اشتراط الخيار فيها كما في البيع ولان الحاجة الى الخيار في الاجارة كالحاجة اليه في البيع لان الانسان قد يحتاج الى ان يستاجر دارا او دابة او غلاما او يؤاجر ذلك فيحتاج الى الخيار ليتروى في الوقوف على ما هو الاصلح له وهذا الخيار يمنع ثبوت الحكم عند بعض اصحابنا رحمهم الله حتى لا يملك المستاجر التصرف في العين المستاجرة ولا يملك المؤجر المطالبة بالاجرة وعند بعضهم لا يمنع ثبوت الحكم ويملك المستاجر التصرف والمؤجر المطالبة بالاجرة وهو الصحيح لان الخيار شرع لدفع الغبن والضرر وذلك يحصل بثبوت الحكم لا بمنعه قال ويجوز اشتراط الخيار في الاجارة ثلاثة ايام او اقل او اكثر لان الاجارة في معنى البيع لانها تمليك المنافع بعوض فيجوز اشتراط الخيار فيها كما في البيع ولان الحاجة الى الخيار في الاجارة كالحاجة اليه في البيع لان الانسان قد يحتاج الى ان يستاجر دارا او دابة او غلاما او يؤاجر ذلك فيحتاج الى الخيار ليتروى في الوقوف على ما هو الاصلح له وهذا الخيار يمنع ثبوت الحكم عند بعض اصحابنا رحمهم الله حتى لا يملك المستاجر التصرف في العين المستاجرة ولا يملك المؤجر المطالبة بالاجرة وعند بعضهم لا يمنع ثبوت الحكم ويملك المستاجر التصرف والمؤجر المطالبة بالاجرة وهو الصحيح لان الخيار شرع لدفع الغبن والضرر وذلك يحصل بثبوت الحكم لا بمنعه قال ويجوز اشتراط الخيار في الاجارة ثلاثة ايام او اقل او اكثر لان الاجارة في معنى البيع لانها تمليك المنافع بعوض فيجوز اشتراط الخيار فيها كما في البيع ولان الحاجة الى الخيار في الاجارة كالحاجة اليه في البيع لان الانسان قد يحتاج الى ان يستاجر دارا او دابة او غلاما او يؤاجر ذلك فيحتاج الى الخيار ليتروى في الوقوف على ما هو الاصلح له وهذا الخيار يمنع ثبوت الحكم عند بعض اصحابنا رحمهم الله حتى لا يملك المستاجر التصرف في العين المستاجرة ولا يملك المؤجر المطالبة بالاجرة وعند بعضهم لا يمنع ثبوت الحكم ويملك المستاجر التصرف والمؤجر المطالبة بالاجرة وهو الصحيح لان الخيار شرع لدفع الغبن والضرر وذلك يحصل بثبوت الحكم لا بمنعه

فكيف يصح ان يقال فاكان الحكم ولكان اي المعنى والاقتضاء ايضا بالطريق الاولى اذا اختلفا واما تاما فلان مورد الاحتراز هو قول المصنف ومعنا دا من قبل والمضموم منه هو الاتحاد في الحكم لا التشبيه في حتى قد يسع ان التشبيه غير لازم فهلا اقتصر عليه وهنا قوله والجواب عن استحسانهما ان الظاهر للدفع والحاجة الى الاستحقاق يعني ان الحاجة هنا الى الاستحقاق لا الى الدفع والظاهر انما يكون حجة للدفع دون الاستحقاق قال بعض الفضلاء فرق بين الظاهر والاستصحاب فالاول يصلح للاستحقاق كاخبار الآحاد انتهى اقول المراد بالظاهر ههنا ظاهر الحال وكون مثل هذا الظاهر حجة للاستحقاق ممنوع واخبار الآحاد فيعمل منها ما تكون فيه فانها من الادلة الظنية توجب العمل دون العلم عند الجمهور على ما عرف في الاصول

باب فسخ الاجارة ذكر باب الفسخ آخرا لان فسخ العقد بعد وجود العقد لا محالة فناسب ذكره اخرا قوله اذا مات احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت لانه لو بقي العقد تصير المنفعة مملوكة والاجرة مملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه يتنقل بالموت على الوارث وذلك لا يجوز قال في النهاية لان الاستحقاق من الموروث الى الوارث لا تصور في المنفعة والاجرة المملوكة لان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على المنافع فلو قلنا بالانتقال كان ذلك قولا بانتقال ما لم يملك الموروث الى الوارث انتهى كلامه اقول فيه بحث وهو انه قدم في اول باب الاجر متى يستحق ان الاجرة تملك باحد معان ثلثة اما بشرط التعجيل او بالتعجيل من غير شرط او باستيفاء المعقود عليه فلو قلنا بالانتقال في الصور تين الاوليين فيما اذا مات الموجر لم يلزم القول بانتقال لم يملك الموروث الى الوارث لان الموروث قد كان ملك الاجرة في حال حيوته بتعجيل الاجر او بشرط تعجيلها فالتعليل الذي ذكره صاحب النهاية وان تم في حق المنفعة لم يتم في حق الاجرة والاظهر في تعليل هذه المسئلة ان يقال ان الفصل يستدل على فساخ الاجارة بموت كل واحد من الموجر والمستاجر بعلة مستقلة كما وقع في الكافي وكثير من الشروح صريحا وفي النهاية نقلا عن المبسوط حيث قال فيها ولنا طريقان احدهما في موت الموجر فيقول المستحق بالعقد المنافع التي تحدث على ملك الموجر وقد فات ذلك بموته فيبطل الاجارة لفوات المعقود عليه لان قبته الدار تنتقل الى الوارث والمنفعة محدثة على ملك صاحب الرقبة لما ان الاجارة تتجدد في حق المعقود عليه بسبب ما يحدث من المنفعة وليس للوارث ولاية الزام العقد في ملك الغير والطريق الآخر في موت المستاجر انه لو بقي العقد بعد موته انما يبقى على ان يخلفه الوارث والمنفعة الموجودة لا تورث الا ترى ان المستعير اذا مات لا يخلفه وارثه في المنفعة وقد بينا ان المستعير مالك للمنفعة وهذا لان الوارث خلافة ولا تصور ذلك الا فيما يبقى وتتعين فيكون ملك المورث في الوقت الاول ويخلفه الوارث فيه في الوقت الثاني والمنفعة الموجودة في حوة المستاجر لا يبقى للتورث والتي تحدث بعد ما لم تكن مملوكة له ليخلفه الوارث فيها فالملك لا يسبق الوجود واذا ثبت انتفاء الارث تعين بطلان العقد كعقد النكاح يرتفع بموت الزوج لان في ارثه لا يخلفه فيه كذا في المبسوط الى ههنا انتهت النهاية قوله وقال الشافعي لا يصح لان المستاجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه ولو كان للموجر فلا يمكنه التسليم ايضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار اقول في هذا الدليل للشافعي شيء وهو انه قد تقرر عندهم ان الاجارة على نوعين نوع يرد العقد فيه على العمل كاستيجار رجل على صبغ ثوب وخياطته ونوع يرد العقد فيه على المنفعة كاستيجار دار للسكنى وارض للزراعة والدليل المزبور لا يتمشى في النوع الاول اصلا لان عدم امكان دالمعقود عليه بكماله وعدم امكان تسليمه ايضا على الكمال انما ينشاء من ان تتلف شيء من المعقود عليه بمضي مدة الخيار كما نبه عليه في الكافي والشروح وفي العقد على العمل لا يتلف شيء من المعقود عليه قبل العمل قطعا وكذا لا يتمشى في بعض من النوع الثاني وهو ما لا تتعين المعقود عليه فيه بالمدة قبل تعيين بالتسمية كاستيجار دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما او ليركبها ساعة بها او اما يتمشى ذلك فيما تتعين المعقود عليه فيه بالمدة من النوع الثاني كاستيجار دار للسكنى فكان الدليل المزبور قاصرا عن افادة ما ادعاه الشافعي من عدم صحة شرط الخيار في عقد الاجارة مطلقا فليتامل

قوله ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي تتبع العين في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فينفسخ به الخ قال ابن الهمام القول بفسخ الاجارة بالاعذار رواه احمد المتعاقدين عن عمر ولا اجماع ولا قول صحابي بل يجب الاعتبار بالفسخ بالعيب فيظهر فائدة عقد لازم لو زالت الاعذار تحدث في عقود الاجارات قد يموت احد المتعاقدين قبل انقضاء المدة ولم ينقل عن احد من الصحابة الفسخ بذلك ولو كان لنقل لتوفر الدواعي على نقل مثله لاحتياج الناس عليه وقد نقل عنهم خلافه وفي الكافي لو اكترى من يحمل متاعه الى موضع معين فمات الحمال او الدابة قبل قطعه او اكترى كرما لحمل عنبه فبرأت او هبت فلا يقاس عليه ما هو موضوعه لها هنا كالمرض قول ضرره اقل اذ لا يلزم من ان التحقيق لا رجحان لاقول صحابي في حق فسخ الاجارة بالاعذار ان لا يصح القول بذلك فان القياس احد الادلة الشرعية الاربعة على ما تقرر في علم الاصول فيكفي تحقق ذلك في اثبات حكم شرعي وقد حكم فيما نحن فيه كما اشار اليه المصنف بقوله فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فينفسخ به وبين الصحابي بقوله اذ المعنى صحيحها وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد دائما لا يجز الاستدلال بالقياس لورود نص يدل على خلاف ذلك او انعقد اجماع على خلاف ذلك ولم يقع شيء منهما فيما نحن فيه وكون عقد الاجارة عقد الازما وكثرة حدوث الاعذار في عقود الاجارات مما لا يقدح اصلا في العمل بالقياس في حكم فسخ عقد الاجارة بالاعذار وكذا مجرد ان لا ينقل الفسخ بذلك عن الصحابة لا يقدح في صحة القياس عند تحقق شرائطه والحاصل ان جملة ما تشبثت به تزويح نظره هنا ضعيف بين الغلبوت ثم ان ما ذكره متقوض بما اعترف به من ان اعذار الكاسب معتبرة فانه لم ير في ذلك العذار ايضا نص ولم ينعقد عليه اجماع ولم ينقل عن الصحابة فيه شيء فالمدار في ذلك ايضا هو القياس

مسائل منثورة اي مسائل نثرت عن اماكنها وذكرت هنا تلافيا لما فات قوله واذا تقعد الخياط او الصباغ في حانوته من يطرح عليه بالنصف فهو جائز صورة المسئلة اذا كان للخياط او الصباغ وكان معروفا وهو رجل مشهور عند الناس وله دجاجة ولكنه غير حاذق فيتقعد في كانه جلا حاذقا فاستقبل العمل من الناس ويعمل ذلك الرجل على ان ما اصاب من شيء فهو بينهما نصفان هذا في القياس فاسد لان راس مال احدهما صاحب الدكان المنفعة والمنفعة لا تصلح راس مال الشركة ولان المتقبل للعمل اذا كان صاحب الدكان فالعامل اجيره بالنصف وهو مجهول لان الاجرة اذا كانت نصف ما يخرج من عمله كانت مجهولة لاحتمال ان كان المتقبل هو العامل فهو مستاجر لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وذلك ايضا مجهول الطحاوي اخذ في هذه المسئلة بالقياس وقال القياس عندي اولى من الاستحسان وفي الاستحسان يجوز هذا لان هذه اشركة التقبل في العمل ما بدا انتهاء سواء فيصير راس مال احدهما التقبل وراس مال الآخر العمل وكل واحد منهما يجب به الاجر فجاز كذا في النهاية والكفاية وقال صاحب العناية وجه الاستحسان ان هذه ليست باجارة وانما هي شركة الصنائع وهي شركة التقبل لان شركة التقبل ان يكون ضمان العمل عليهما واحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف فوجب القول بجوازها المتعامل بها انتهى كلامه وارد عليه بعض الفضلاء قوله واحدهما يتولى القبول من الناس حيث قال فيه بحث فان تعيين احدهما يتولى القبول ليس بلازم في شركة التقبل ولعل مراده كونه من تتمتها ولا تنافي العبارة مسامحة انتهى اقول بل منشأ توهمه حمل الواو في قول صاحب العناية واحدهما يتولى القبول للعطف وحمل المعنى على بيان تعيين احدهما لتولي القبول في شركة التقبل وليس شيء من ذلك بمراد بل الواو فيه للحال والمعنى ان شركة التقبل ان يكون ضمان العمل عليهما حال كون احدهما يتولى القبول من الناس فيعلم منه بطريق الاولية كون الضمان عليهما حال ان يتولى القبول من الناس معا فيصير قوله صاحب العناية هنا بمنزلة قول صاحب الكافي لان تفسير شركة التقبل ان يكون ضمان العمل عليهما وانما كان احدهما يتولى القبول من الناس لحاجته والآخر يتولى العمل لحذاقته انتهى فلا مجال لورود عبارة صاحب العناية ولا مسامحة ثم اعلم ان صاحب العناية ليس بمنفرد في التعبير بل عبارة الكنز بعينها عبارة صاحب معراج الدراية حيث قال ان تفسير شركة التقبل ان يكون ضمان العمل عليهما واحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف فوجب القول بصحته انتهى

لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بجداقته يعمل فيتنظم بذلك المصلحة فلا تضر الجهالة فيما يحصل قال ومن استاجر جملا ليحمل عليه محمله ويركب الى مكة جاز وله المحمل المعتاد وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي رح للجهالة وقد يفضي ذلك الى المنازعة وجه الاستحسان ان المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهالة لا يفضي بالصرف الى المتعارف فلا تفضي الى المنازعة وكذا اذا لم يرو الوطاء والدثار قال وان شاء المحمل فوجر وكنه اتفى للجهالة واقرب الى تحقيق الرضاء قال وان استاجر بعيرا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فاكل منه في الطريق جاز ان يزيد عوض ما اكل لانه استحق عليه حمله مسمى في الطريق فله ان يستوفيه وكذا اذا زاد من الميل والموزون وهذا الزاد مصادر عند المعنى كزاد المال فلا مانع من العمل بالاطلاق

كتاب المكاتب

قال واذا كاتب عبده او امته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتبا

قوله لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بجداقته يعمل فيتنظم بذلك المصلحة فلا تضر الجهالة فيما يحصل قال الامام الزيلعي في شرح الكنز قال صاحب الهداية هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بجداقته يعمل فيه نوع اشكال فان تفسير شركة الوجوه ان يشتركا على ان اشتريا شيئا يكون بوجوههما ويبيعا وليس في هذه بيع ولا شراء فكيف تتصور ان يكون شركة الوجوه وانما هي شركة الصنائع على ما بيناه الى هنا كلامه اقول ليس مراد المصنف بشركة الوجوه في قوله لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة ما هو المصطلح عليه المار في كتاب الشركة بل مراده بها ههنا ما وقع فيه تقبل العمل بالوجاهة كما يشير اليه قوله فهذا بوجاهته يقبل وهذا بجداقته يعمل فيندفع الاشكال ولا تمتنع كونها شركة الصنائع والتقبل على المعنى المصطلح عليه في كتاب الشركة وقال صدر الشريعة في شرح الوقاية فمن الهداية حمله على شركة الوجوه وفيه نظر لانه شركة الصنائع والتقبل وكان صاحب الهداية اطلق شركة الوجوه لان احدهما يقبل العمل بوجاهته الى آخر ما قاله كلامه فكان صاحب الهداية اطلق كما اطلق القدوري ولا يقبل ان ذكره صدر الشريعة ولا يخفى عليك ان في قوله في الحقيقة نوع نبوة عن هذا انتهى اقول ان قول المصنف في الحقيقة ليس للاحتراز عن كونها شركة اخرى بل هو للاحتراز عن كونها اجارة وان مراده بالحقيقة ما يقابل الظاهر والصورة لا ما يقابل المجاز فالمعنى ان هذه المعاقدة وان كانت بحسب الصورة وظاهر الحال عقد اجارة بالنصف الا انها بحسب حقيقة الحال عقد شركة الوجوه اي عقد شركة التقبل بالوجاهة فلا نبوة عن هذا في شيء تامل تقف

كتاب المكاتب

قال صاحب النهاية اورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كلا منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعتاق انتهى اقول ان قوله وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعتاق مستدرك بل هو مخل لانه يرد عليه ان يقال لم وقع الاحتراز بهذا الذي ذكره عن غير تلك الاشياء الثلثة ايضا فما معنى تخصيص تلك الثلث بالذكر وان لم يقع الاحتراز به عن غيرها فما فائدة بيان وقوع الاحتراز به عن تلك الثلثة فقط اقول فيتقض حينئذ ما ذكره في وجه المناسبة بغير ما سنذكره بعبارة اخرى انه ان وجب الاطراد في وجوه المناسبات بين كتب هذا الفن لزم ان لا تحقق شيء من تلك الوجوه في غير ما ذكر فيه فيلزم فيما نحن فيه الاحتراز عن جميع ما عداه فلا معنى لتخصيص الاحتراز عن تلك الاشياء الثلثة بالذكر وان لم يجب الاطراد فيها بل كفى تحقق كل واحد منها فيما ذكر فيه سواء تحقق ذلك في غيره ايضا ام لا لم يكن فائدة في بيان وقوع الاحتراز بما ذكره فيما نحن فيه عن تلك الاشياء الثلثة سيما اذا لم يتيسر ما يقع الاحتراز بذلك عنه في تلك الثلثة والتحقيق ان المناسب في وجوه المناسبات بين هذه الكتب هو الاطراد وان الوجه الذي ذكره صاحب النهاية ههنا ليس بمتحقق في غيره اصلا كما يظهر بالتامل لما صادق وكان مطردا فلا وجه لتخصيص تلك الاشياء الثلثة بالذكر من بين ما وقع عنه الاحتراز بذلك الوجه ثم ان صاحب العناية نقل ما ذكره في النهاية وبين المراد منه حيث قال قال في النهاية اورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كلا منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعتاق يعني ان قوله بمقابلة ما ليس بمال خرج به البيع والهبة لشرط العوض وقوله بطريق الاصالة خرج به النكاح والطلاق والعتاق على مال فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصالة الى هنا لفظ العناية اقول في كل واحد من نقله وبيانه اخلال اما في نقله فلان الهبة

اما الجواز فلقولہ تعالیٰ فکاتبوھم ان علمتم فیھم خیرا

غیر مذکورۃ فی شیٔ من نسخ النہایۃ وقد ضمنہا فی النقل فی البیع والطلاق والعتاق وامّا فی بیانہ فلانہ قید الہبۃ فی البیان بشرط العوض واطلقہا فی اثناء النقل ولاشک ان قولہ بمقابلۃ مالیس بمال تخرجہا علی الاطلاق اذ الہبۃ بلاشرط عوض لامقابلۃ فیہا اصلا فیخرج بقولہ بمقابلۃ مالیس بمال حتی یخرج بہ الہبۃ بشرط العوض فلا وجہ للتقیید فی البیان وایضا لم یکن النکاح مذکورا فی نسخ النہایۃ ولا فیما نقلہ عنہا وقد تعرض فی البیان بخروج النکاح ایضا لقولہ بطریق الاصالۃ ولا یخفی ما فیہ وایضا کان الطلاق والعتاق مطلقین فی المنقول وقد قیدہما فی البیان بکونہما علی مال جعلہما خارجین بقولہ بطریق الاصالۃ ولم یذکر خروج الطلاق والعتاق بغیر مال شیٔ من القیدین مع انہما یخرجان بقید المقابلۃ فی قولہ بمقابلۃ مالیس بمال کما ذکرناہ فی الہبۃ بلاشرط عوض فتامل وقال صاحب غایۃ البیان ذکر المکاتب عقیب کتاب العتاق کان انسب ولہذا ذکر الحاکم الشہید فی الکافی کتاب المکاتب وکتاب الولاء عقیب کتاب العتاق لان الکتابۃ مالہا العتق بمال والولاء حکم من احکام العتق ایضا انتہی ونقلہ صاحب العنایۃ قریبا حیث قال وذکر فی بعض الشروح ان ذکر کتاب المکاتب عقیب کتاب العتاق کان انسب ولہذا ذکرہ الحاکم الشہید فی الکافی عقیب کتاب العتاق لان الکتابۃ مالہا الولاء والولاء حکم من احکام العتق ایضا ولیس کذلک لان العتق اخراج الرقبۃ عن الملک بلا عوض والکتابۃ لیست کذلک بل فیہا ملک الرقبۃ لشخص ومنفعتہ لغیرہ وہو انسب للاجارۃ لان نسبۃ الذاتیات اولی من العرضیات الی ہہنا لفظ العنایۃ اقول فی نقلہ خطأ لان المذکور فی کلام صاحب الغایۃ لان الکتابۃ مالہا العتق وقد قال صاحب العنایۃ فی النقل لان الکتابۃ مالہا الولاء بینہما بون ولا یخفی ان مقصود صاحب الغایۃ بقولہ لان الکتابۃ مالہا العتق بیان المناسبۃ بین العتاق والکتابۃ وبقولہ والولاء حکم من احکام العتق ایضا بیان المناسبۃ بین العتاق والولاء ایضا وکان صاحب العنایۃ حسب مجموع الکلامین بیانا للمناسبۃ بین العتاق والکتابۃ فوقع فیما وقع من تغییر العبارۃ فی النقل تدبر ثم ان بعض الفضلاء بعد ما بنیہ لما فی نقل صاحب العنایۃ من الخروج عن سنن السداد قصد رد تزییفہ ایضا فقال وقولہ والکتابۃ لیست کذلک ان اراد بہ انہا لا اخراج فیہ فہو کالمکابرۃ الا یری انہ اخراج الید حالا والرقبۃ مالا وان اراد انہا لیست بلا عوض فسلم ولا تمس الحاجۃ الی المناسبۃ فی جمیع اجزاء مفہومہ مع ان اعتبار انتفاء العوض فی مفہوم العتق غیر مسلم ایضا وکیف والعتق علی مال باب من ابوابہ وقولہ لان نسبۃ الذاتیات اولی من نسبۃ العرضیات محل تامل الی ہہنا کلامہ اقول یمکن رفع ذلک کلہ بان مراد صاحب العنایۃ ان العتق اخراج الرقبۃ عن الملک حالا ویقبض بلاشرط عوض والکتابۃ لیست کذلک ای لیس فیہا اخراج الرقبۃ عن الملک حالا ولیست بلاشرط عوض بل ہی بشرط عوض فیسقط ما ذکرہ ذلک القائل فی کل من شقی تردیدہ اما سقوط ما ذکرہ فی شقہ الاول فلانہ لاشک فی ان لیس فی الکتابۃ اخراج الرقبۃ عن الملک حالا وان وجد فیہا مطلق الاخراج واما سقوط ما ذکرہ فی شقہ الثانی فلان الکلام فی الانسبۃ لا فی مجرد المناسبۃ فلا تمشیۃ لقولہ ولا تمس الحاجۃ الی المناسبۃ فی جمیع اجزاء مفہومہ ثم انہ لما کان مراد صاحب العنایۃ بقولہ بلا عوض بلاشرط عوض لا بشرط لا عوض کما بینہا علیہ من قبل لم یفد قول ذلک القائل مع ان اعتبار انتفاء العوض فی مفہوم العتق غیر مسلم لان اعتبار انتفاء العوض فی مفہوم العتق مما لا یدعیہ احد وانما یلزم ذلک ان لو کان المراد بقولہ بلا عوض بشرط لا عوض واما اذا کان المراد بہ بلاشرط عوض فیعم ما بشرط العوض ایضا اذ قد تقرر فی موضعہ ان بلاشرط شیٔ اعم من شرط شیٔ ومن شرط لا شیٔ فیصیر المعتبر فی مفہوم العتق انتفاء اعتبار العوض لا اعتبار انتفاء العوض فیدخل فیہ العتق علی مال لان عدم اعتبار شیٔ لیس اعتبار عدمہ علی ما عرف ثم ان مراد صاحب العنایۃ بالذاتیات فی قولہ لان نسبۃ الذاتیات اولی

وهذا ليس امر ايجاب باجماع بين الفقهاء

من نسبة العرضيات ما هو الداخل في المفهوم وبالعرضيات ما هو الخارج عنه اذ قد تقرر في موضعه ان الذاتيات في الامور الاعتبارية ما اعتبره المعتبر داخلا فيها والعرضيات ما اعتبره خارجا عنها بخلاف الحقائق النفس الامرية ففي الكتابة كون ملك الرقبة بشخص وهو المولى وكون المنفعة لغيره وهو المكاتب داخل في مفهومها المعتبر عند اهل الشرع واما العتق فامر خارج عن مفهومها وانما هو لها الحاصل عند اداء البدل وكذا الولاء امر خارج عنه فانه حكم من احكام العتق فكان نسبة الكتابة بالاجارة من حيث الذاتية وبالعتق من حيث العرضية فكانت النسب للاجارة من العتق ثم ان كثيرا من الشراح قالوا وقدم الاجارة لشبهها بالبيع من حيث التمليك والشرائط فكان انسب بالتقديم اقول هذا امر عجيب منهم فان مجرد شبهها من بعض الجهات بالبيع الذي من بينه وبينها كتب كثيرة غير شبيهة بالبيع من تلك الجهات وغير ها كيف يجعل ههنا وجها لتقديمها على الكتابة وهل تقبله الفطرة السليمة والحق عندي ان وجه تقديم الاجارة هو المناسبة الكائنة بينها وبين ما ذكر قبيلها المبينة في صدر كتاب الاجارات فان تلك المناسبة لما اقتضت ذكر الاجارة عقيب ما ذكر قبيلها وهو الهبة اقتضت ايضا بالضرورة تقديم الاجارة على المكاتب ولا يفوت امر التعقيب ثم ان صاحب العناية قال الكتابة عقد بين المولى وعبده بلفظ الكتابة او ما يودي معناه من كل وجه انتهى اقول هذا التعريف خال عن التحصيل قريب من تعريف الشيء بنفسه فان من لا يعلم معنى الكتابة في الشرع لا يعلم ان العقد الجاري بين المولى وعبده بلفظ الكتابة او ما يودي معناه ما ذا بل معرفة الثاني تتوقف على معرفة الاول كما لا يخفى ولعل الباعث على وقوع صاحب العناية في هذا المضيق ان صاحب النهاية لما قال واما الكتابة شرعا فانها عبارة عن عقد بين المولى والعبد بلفظ الكتابة او بلفظ يودي معناه من كل وجه على ما يجيء على اداء العبد مالا معلوما بمقابلة عتق يحصل له عند ادائه انتهى حسب صاحب العناية ان تعريف الكتابة شرعا قد انتهى عند قوله او بلفظ يودي معناه من كل وجه فقطع به الكلام في كتابه وليس الامر كما حسبه فان قول صاحب النهاية على اداء العبد بالامر المعلوم الى آخره من تمام التعريف متعلق بقوله عقد بين المولى والعبد بيان للمعقود عليه والمعقود به فيحصل بالمجموع معرفة معنى الكتابة شرعا كما ترى ثم ان الاظهر في تعريفها الشرعي ما ذكر في الكافي والكفاية بان يقال الكتابة التحرير يدا في الحال ورقبة عند اداء المال وما ذكر في الوقاية وغيرها بان يقال الكتابة اعتاق المملوك يدا حالا ورقبة مالا فليتبصر قوله وهذا ليس امر ايجاب باجماع بين الفقهاء قال تاج الشريعة وصاحب الكفاية حض الفقهاء لان عند اصحاب الظواهر كداود والاصفهاني ومن تابعه ان هذا امر ايجاب حتى اذا طلب العبد من مولاه الكتابة وقد علم المولى فيه خيرا وجب عليه ان يكاتبه انتهى اقول بقي اشكال وهو ان صاحب الكشاف قال في تفسير هذه الآية وهذا الامر للندب عند عامة العلماء وعن الحسن البصري ليس ذلك بعزم ان شاء كاتب وان شاء لم يكاتب وعن عمر رضي الله عنه هي عزمة من عزمات الله وعن ابن سيرين مثله وهو مذهب داود انتهى فعلى هذا كيف يتم القول بان هذا الامر ليس للايجاب باجماع بين الفقهاء وعمر رضي الله عنه من جملة الصحابة المعروفين بالفقه والرواية وابن سيرين رحمه الله تعالى من اعيان التابعين وكبار الفقهاء وعن هذا قالوا جالس الحسن وابن سيرين فقول عمر وابن سيرين يأبى دعوى الاجماع بين الفقهاء في ان ليس هذا الامر للايجاب اللهم الا ان يقال ان ما ذكر في الكشاف انما يدل على ان الوجوب في هذا الامر رواية محققة عن عمر وابن سيرين لانه مذهبهما المقرر وكلام المصنف بناء على ما كان مذهبا مقررا بين الفقهاء فتامل وقال صاحب معراج الدراية ويقول باجماع الفقهاء يحتمل عن قول داود ومن تابعه وعمر وبن دينار وعطاء ورواية صاحب التقريب من اصحاب الشافعي ورواية عن احمد فانهم قالوا يجب الكتابة اذا سأل العبد اذا كان ذا امانة وذا كسب لان الامر يفيد الوجوب على تقدير علم الخيرية انتهى كلامه اقول فيه نظر فان كثيرا

وانما هو امر مندوب هو الصحيح في الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه اما الندبية فهو خلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضرهم فالافضل ان لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله وانما اشترط قبول العبد لانه مال يلزمه فلا بد من رضاه كسائر امواله وكذا يتفق الاداء كل النجوم لقوله عليه السلام ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة رضي الله عنهم وما اخترناه قول زيد رضي الله عنه ويعتق باداء ثه وان لم يقل المولى اذا ادى نجومها فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع

من هؤلاء فقهاء سيما الشافعي واحمد فكيف يتم الاحتراز بقوله باجماع الفقهاء عن قولهم بالايجاب في هذا الامر وقولهم بذلك ينافي ادعاء اجماع الفقهاء على عدم الايجاب في هذا الامر فافهم في يصح الاحتراز به عنه اللهم الا ان يقال يكون به الاحتراز على عدم تسليم قوة بعضهم وعلى عدم تسليم ثبوت قول بعضهم بذلك بناء على عدم الاعتداد برواية القول بذلك فتامل قوله وانما هو امر مندب هو الصحيح هذا احتراز انما قال بعض مشائخنا ان الامر للاباحة للندب كما في قوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا وقوله تعالى ان علمتم فيهم خيرا ذكر على وفاق العادة فانما جرت على ان المولى انما يكاتب عبده اذا علم فيه خيرا كثيرا كذا في الشروح اقول بهذا وبما رأيت من قول بعض العلماء بكون الامر فيه للوجوب يظهر اختلال ما ذكره الامام الزاهدي في شرح مختصر القدوري في هذا المقام حيث قال وانه للندب باجماع الامة انتهى اذ قد علم منها ان كون الامر للندب في مكاتبتهم ليس مما وقع عليه اجماع الامة بل مما وقع فيه اختلافهم ولكن المختار هو القول بانه للندب كما هو مذهب اكثر العلماء قوله وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه تقريره ان في الحمل على الاباحة الغاء الشرط وهو قوله ان علمتم فيهم خيرا الان الاباحة ثابتة بدونه بالاتفاق وكلام الله منزه عن ذلك كذا في العناية وغيره ورد اعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه ان مفهوم الشرط لا اعتبار له عندنا انتهى اقول هذا ساقط لان معنى عدم اعتبار مفهوم الشرط لا اعتبار له عندنا ان التقييد بالشرط لا يدل على نفي الحكم عما عداه لا ان ليس في ذكره فائدة اصلا فان هذا لا يليق بكلام البشر فضلا عن كلام خالق القوى والقدر نعم يرد على ذلك منع ان في الحمل على الاباحة الغاء الشرط المذكور بل فيه فائدة وهي اخراج الكلام على مجرى العادة كما صرح به من قال بالاباحة على ما ذكر في عامة الشروح قوله والمراد بالخير المذكور على ما قيل ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضرهم فالافضل ان لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله اقول لقائل ان يقول فعلى هذا لا يكون في الحمل على الاباحة الغاء الشرط لان عقد الكتابة يصير بدون الشرط حينئذ مكروها لا مباحا اذ قد تقرر في علم الاصول ان المباح ما استوى طرفا فعله وتركه وان المكروه ما كان طرف تركه اولى واذا كان الافضل عند انتفاء الشرط المذكور على المعنى المزبور ان لا يكاتبه كان جانب الترك اولى فيصير عقد الكتابة اذ ذاك مكروها لا مباحا فليتامل وفي قوله فيما قبل وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه فليتامل قوله لقوله عليه السلام ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد الى آخره قال تاج الشريعة فان قلت اختلاف الصحابة في المسئلة وتكلمهم فيها بالراي يدل على زيافة الحديث كما عرف ولهذا زيفنا ما روى اصحاب الشافعي انه عليه السلام قال ابتغوا في اموال اليتامى خيرا كيلا يأكلها الزكوة في ايجاب الزكوة في مال الصبي بان الصحابة رضي الله تعالى عنهم اختلفوا في هذه المسئلة ولم يصح احد منهم بهذا الحديث قلت جاز انه ما بلغ اليهم انتهى كلامه اقول في الجواب بحث لانه مشترك الالزام اذ يجري في كل موضع وقع فيه اختلاف الصحابة ان يقال جاز ان لم يبلغ اليهم الحديث فيلزم ان لا يتم الاستدلال باختلاف الصحابة في المسئلة وتكلمهم فيها بالراي على زيافة حديث فقط مع انه خلاف ما عرف والظاهر في الجواب ان يمنع كون اختلاف الصحابة في هذه المسئلة بالراي ويقال يجوز ان يكون اختلافهم فيها باعتبار ورود حديث آخر بخلاف ذلك كما روى انه عليه السلام قال اذا اصاب المكاتب ميراثا ورث بحساب ما عتق منه وروى انه عليه السلام قال يؤدي المكاتب بحصة ما ادى دية حر ويبقى دية عبد كما ذكر في بعض الكتب الذي يدل على زيافة الحديث انما هو اختلافهم بالراي لان استعمال الراي في موضع النص لا يجوز على ما عرف في الاصول قوله ويعتق باداءه وان لم يقل المولى اذا ادى نجومها فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير تصريح كما في البيع وعند الشافعي لا يعتق ما لم يقل كاتبتك على انك ان ادية الى فانت حر قال كثير من الشراح وحاصل الاختلاف بيننا وبينه راجع الى تفسير الكتابة فعندنا تفسيرها شرعا هو تحرير الرقبة

ولا يجب خط شئ من البدل اعتبارا بالبيع **قال** ويجوز ان يشترط المال حالا ومنجما وقال الشافعي لا يجوز مؤجلا ولا منجما لانه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعموم الاهلية قلنا فوق تخلفا في التسليم على اصله لانه اهل للملك فكان لعمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فثبت به وكذا ظاهر ما تلونا من غير شرط التعجيل لانه عقد معاوضة والبدل معقود به فاشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف المسلم فيه لان المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه وان مبنى الكتابة على المسامحة فيحمل الحول فاد اخلوا على السلامة وفي الحال كما استنع من الاداء يؤدي الى التوى **قال** ويجوز كتابة الصبي الصغير اذا كان يعقل البيع والشراء لتحقق الايجاب والقبول اذ العاقل من اهل القبول والتبرع فرق حقه والشافعي بناه على اصله اذ من اصله ان الصبي في التجارة وهذا تجارة وهذا لانه لا يعقل البيع والشراء لان القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد حتى لو ادى عنه غيره لا يعتق وبيزه قاد فع **قال** ومن قال لعبده جعلت عليك الف درهم الى نجوم فاول النجوم كذا فاذا ادى فانت حر فادى ثلثها فانت حر وان جئت فانت رقيق فان هذه مكاتبة لانه اتى بتفسير الكتابة وقد قال اذا اديت الي الفا فانت حر فهذه مكاتبة في رواية ابن سلمان لان التفويض يدل على الرجوع وذلك بالكتابة وفي نسخة اخرى حفص رحمه الله لا يكون مكاتبا الا بالتعليق لاداء قوة **قال** واذا صحت الكتابة حرم المكاتب عن يد المولى وله الخروج من يده وتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضمها الكاتبة الى ما لكيته تفسيرا وتحقيقا تفسيرا لان الكتابة تقتضي البيع والشراء والخروج الى السفر وان نهاه المولى واما عليه الحرام من يده وملكه فلا يتحقق وبناء عقد على السراية وبعدم ذلك يتبين ان العتق وقع لا بالكتابة بل لما بقي من رقه حتى لو مات فعتقه عتق عن كفارته لانه مات رقيقا ويسقط عنه بدل الكتابة لانه لما لزمه لاجل المقابلة وقد حصر دينه **قال** والولاء على المولى مكاتبته لانها صارت احق بزنها تراسلا للتقرير بالكتابة وهو الوصول الى البدل من جهته والى الحرية من جانبها اما عند ابي حنيفة فلتحقق الضم من جانبها واما عندهما فلان الضم من جانبها يتم بالاداء والضم ان جنى عليها او على ولد جارية المكاتبة لا ينبغي ان ينقص لان الجناية عليهم جناية عليها وان نقص فالارش لها لانها عوض عن اكسابها وانفسها اذ لو لم يجعل كذلك لا نتفت الحول فيستضر المولى بتعجيل عتقها عند الاداء وكانه قال وجبت حرية اليد في الحال وحرية الرقبة عند الاداء ولنص على هذا التفسير لانه يحتمل ان يحكم الى يحكم ولو نص عليه بان قال ضربت عليك لنا على ان تؤديها الى كل شهر كذا لم يتفسخ كذا هذا انتهى كلامهم وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا عن الحواشي الجلالية منقولا فيما من المبسوط ولا يخفى عليك ان ما ذكره من الضم ليس من تفسير الكتابة بل موجب العقد كما نص عليه المصنف انتهى اقول تنصيص المصنف عليه ممنوع كما لا يخفى على الناظر في عبارته هنا بل لا يبعد ان يدعى تنصيصه على خلافه بعد صحيفة حيث قال ما الخروج من يده فيتحقق معنى الكتابة وهو الضم انتهى ولئن سلم ذلك فكون الضم المذكور موجب العقد لا ينافي كونه تفسيرا للكتابة لان موجب الشئ من لوازمه وتفسير الشئ بلازمه ليس بعزيز كما هو حال الرسوم عامة ولئن سلم ذلك ايضا فيجوز ان يكون معنى قولهم راجع الى تفسير موجب الكتابة على حذف المضاف كما هو الطريقة الشائعة المسماة بالمجاز بالحذف ومنها قوله تعالى وجاء ربك اى امر ربك وقوله تعالى واسأل القرية اى اهل القرية الى غير ذلك فلا معنى لرد كلام الثقات بما هو وهم محض **قوله** ولا يجب خط شئ من البدل اعتبارا بالبيع وقال الشافعي يستحق عليه خط ربع البدل وهو قول عثمان رضي الله عنه لظاهر قوله تعالى واتوهم من مال الله الذي اتاكم فان الامر المطلق للوجوب والجواب ان دلالة الآية على ذلك ممنوعة لانه قال من مال الله وهو يطلق على سوال القرب كالصدقات والزكوة وكان الله تعالى امر ايانا ان نعطي المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا بها على دار الكتابة والمامور به الايتاء وهو الاعطاء والخط لا يسمى اعطاء والمال الذي اتانا الله هو ما في ايدينا لا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين فحمله على خط ربع بدل الكتابة عمل بلا دليل ولو سلم فالمراد به الندب كالذي في قوله فكاتبوهم لا يقال القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم لانا لم نجعل القرآن موجبا بل نقول الامر المطلق عن قرينة غير الموجب للوجوب وقوله فكاتبوهم قرينة لذلك كذا في العناية اقول فيه نظر لان قوله تعالى فكاتبوهم لا يصلح ان يكون قرينة لكون الامر في قوله واتوهم لغير الوجوب بدون ملاحظة ايجاب القرآن في نظم القرآن في الحكم اذ لا دلالة في مجرد كون امر لغير الوجوب على كون امر آخر ايضا لذلك حتى يجعل كون الامر في قوله فكاتبوهم للندب قرينة لكون الامر في واتوهم ايضا كذلك **قوله** بخلاف المسلم على اصله لانه اهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فثبت قال صاحب العناية ولقائل ان يقول احتمال القدرة في حق المكاتب ثبت لان المسلمين مامورين باعانته والطرق متسعة هي ستدانة واستقراض استيهاب واستعانة بالزكوة والكفارات والعشور والصدقات وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت انتهى وتبعه الشارح العيني اقول هذا السوال ليس بوارد لانه ان اريد ان احتمال القدرة قبل العقد ثبت في حق المكاتب فليس بذاك قطعا اذ لا بلية فيه للملك قبل العقد قط فاني تثبت له احتمال القدرة على المال قبله فان اريد بان احتمال القدرة عقيب العقد ثبت في حقه فهو مسلم ولكن لا يجدي نفعا لان مدار فرق الشافعي بين الكتابة وبين المسلم على اصله انما هو ثبوت احتمال القدرة على المبيع للعاقد قبل العقد في المسلم لكون العاقد فيه ابلا للملك قبل العقد بخلاف الكتابة فان العاقد فيها ليس باهل للملك قط قبل العقد فلا يتصور ثبوت القدرة على البدل له قبل العقد وهذا امر ضروري لا مجال للانكار فلا وجه للمناقشة فيه كما لا يخفى على الشارحان المزبوران والحق في الجواب عما قاله الشافعي ههنا ان يسلك طريقة القول بالموجب فيقال سلمنا ان العبد قبل عقد الكتابة لا يملك شيئا من الاموال ولا يعقد عليه لعدم اهليته للملك قبله ولكن ثبوت الملك والقدرة عليه حال العقد انما يشترط في حق المعقود عليه دون المعقود به الا يرى ان المفلس لو اشترى اموالا عظيمة يصح شراؤه وان لم يكن هو املك بشئ من الثمن وبدل الكتابة معقود به فلا يلزم ان يكون العبد بالكاله حال عقد الكتابة بخلاف المسلم فيه فانه معقود عليه وقد اشار اليه المصنف فيما بعد حيث قال ولانه عقد معاوضة والبدل معقود به فاشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف المسلم فيه انتهى تحرير **قوله** وانما يصح من يده فيتحقق معنى الكتابة وهو الضم فيضمها الكاتبة الى ما لكيته

فصل في الكتابة الفاسدة قال اذا كاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او من قيمته فكتابته فاسدة اما الاول فلان الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم لانه ليس بمال في حقه

ولا يطيب له فيفسد العقد لانه شرط ما ينافيه وصفا فاشبه الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب او دابة ولانه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لانه موجب نقيضه قال وان ادى الخمر عتق قال زفر لا يعتق لانه اداء قيمة الخمر لان البدل هو الفقه وعن ابي يوسف انه يعتق باداء قيمة الخمر لانه بدل صورة ويعتق بادائه القيمة ايضا لانه هو البدل معنى وهو الحنيفة رحمه الله انما يعتق بادائه عين الخمر اذا قال ان ادّيتها فانت حر لانه حينئذ يكون التعتق بالشرط

وهذا بخلاف ما اذا كاتب على خمر مطلقا حيث لا يعتق بادائه عين الخمر او قيمتها لان هناك لم يوجد التعليق بالشرط وهذا هو الفرق بينهما وبين البيعة ان الخمر والخنزير مال في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيها وهو جهة التعتق حتى لو كاتب بيعة او صليبا كان كما لو كاتب على ثوب وهذا بخلاف ظاهر الرواية وجه

وهذا لان المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فتجب القيمة بالغة ما بلغت وفيما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يتفق بادائه تجب قيمته بالغة ما بلغت

بمثل الشروح تقول العتق والشرح ما جعلوا الالف واللام في القيمة الا بدلا عن الضمائر اراد به الكلية كما هو الظاهر فليس بصحيح والا فليس بمفيد

قوله وبهذا ان المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فتجب القيمة بالغة ما بلغت قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وبهذا اي وجوب القيمة بالغة ما بلغت لان المولى ما رضي بالنقصان سواء كان في المسمى او في القيمة لانه يخرج ملكه في مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان لان بعدم الاخراج يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت له شيء والعبد رضي بالزيادة سواء كانت في القيمة او اخراج في المسمى كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فانه ان لم يرض بها يمتنع المولى عن العقد فتفوت له ادراك شرف الحرية انتهى كلامه اقول هذا الشرح غير مطابق للشروح وغير تام في نفسه اما الاول فلان الظاهر ان كلمة بهذا في قول المصنف وبهذا اشارة الى مضمون قوله ولا تنقص عن المسمى تزاد عليه والمعنى وبما ذكر من عدم النقصان عن المسمى والزيادة عليه لان المولى ما رضي بالنقصان عن المسمى والعبد رضي بالزيادة عليه كيلا يبطل حقه في العتق بالكلية فحينئذ يتم الدليل والمدعى بلا كلفة اصلا وترشد اليه تحريرها صاحب الكافي حيث قال ولا تنقص عن المسمى تزاد عليه لان المكاتب رضي بالمسمى وزيادة كيلا يبطل حقه في العتق اصلا والمولى ما رضي بالنقصان عنه انتهى واما على ما ذكره صاحب العناية من كون كلمة هذا اشارة الى وجوب القيمة بالغة ما بلغت فيحتمل كلام المصنف لانه اما ان يكون المراد بالنقصان في قوله لان المولى ما رضي بالنقصان هو النقصان عن القيمة ثم ان يكون قوله فيما قبل ولا تنقص عن المسمى خاليا عن التعليل والبيان عن الكلية مع انه مطلب مقصود بالبيان هنا كما لا يخفى او يكون المراد بذلك هو النقصان عن المسمى فيلزم ان لا يطابق الدليل المدعى وان لا يفيد اذ لا يستدعي عدم رضى المولى بالنقصان عن المسمى الا وجوب المسمى دون وجوب القيمة بالغة ما بلغت بجواز ان تكون القيمة اكثر من المسمى او يكون المراد بذلك هو النقصان عن المسمى والقيمة جميعا كما يفصح عنه قول الشارح المزبور لان المولى ما رضي بالنقصان سواء كان في المسمى او في القيمة فيرد عليه ان يقال ان عدم رضاه بالنقصان عن المسمى مما لا مدخل له في وجوب القيمة بالغة ما بلغت فما معنى تعميم النقصان ههنا للنقصان عن المسمى لعل الشارح المسطور انما اعتمد بقول المصنف في آخر كلامه فتجب بالغة ما بلغت ولكنه تفريع على قوله والعبد رضي بالزيادة الى آخره لا على مجموع الدليل فلا وجه للاعتراض بذلك ايضا واما الثاني اي انه غير تام في نفسه فلان قوله لان المولى ما رضي بالنقصان سواء كان في المسمى او في القيمة ممنوع كيف وتنقيص المولى على قدر معين مسمى دليل على رضاه به قطعا سواء كان ذلك القدر عين القيمة ام لا فما يخالف رضاه انما هو النقصان عن المسمى لا غير ولئن سلم ذلك فينتقض بالكتابة الصحيحة اذا كان البدل المسمى فيها اقل من القيمة فانه لا يجب هناك الزيادة على المسمى من القيمة قطعا مع جريان الدليل المذكور ههنا في تلك الصورة ايضا على تقدير صحة تعميم النقصان في قوله لان المولى ما رضي بالنقصان النقصان الكائن في المسمى وفي القيمة تامل ثم قال صاحب العناية ولعل المتصور على هذا الوجه يسقط ما قيل اعتبار القيمة انما هو بعد وقوع العتق باداء عين المكتوب فكيف يتصور بطلان حقه في العتق اصلا بعدم الرضا بالزيادة لان اعتبار الزيادة والنقصان على ما ذكرنا انما هو عند ابتداء العقد لا في بقائه انتهى اقول لا يخفى على ذوي فطرة سليمة ان الذي يلزم من عدم الرضا بالزيادة عند ابتداء العقد انما هو عدم ثبوت العتق ابتداء لا ابطال العتق بعد ثبوت حقه فيه كما يقتضيه عبارة المصنف وهي قوله كيلا يبطل حقه في العتق اذ الظاهر ان بطلان حق شخص في شيء انما يكون بعد تعلق حقه به اصلا وموردا وما هو قول المصنف كيلا يبطل حقه في العتق اصلا كما صرح به في النهاية وغيرها فكيف يسقط ذلك ما قاله الشارح المزبور الزيادة والنقصان عند ابتداء العقد واجاب جماعة من الشراح عن ذلك السؤال بوجه آخر حيث قالوا فان قيل ما وجه قوله كيلا

لانه لا يرق فيه على جواب العامة لاختلاف اجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون ارادته قال وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغير لانه لا يفيد على تسليمه وجه تشبيه بالبيعين حتى ونقل كاتبتك على هذا لا يفيد الرهن وهي بضعة جارية لا تتعين في المعاوضات فينعلق بذلك هم دين في الذمة فيجوز وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يجوز حتى اذا هلكه سلمه يعتق قال يجوز في الرق لان المسمى مال والقدرة على التسليم موجودة فاشبه الصداق قلنا ان العين في المعاوضة معتبر عليه القدرة على المعقود عليه شرط للصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع يجوز في الصداق في النكاح لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط فوجد ما هو تابع فيه اولى فلو اجاز صاحب العين ذلك فعن محمد رحمه الله انه يجوز لانه يجوز البيع عنده لا ماتة فالكتابة اولى وعن ابي حنيفة رحمه الله لا يجوز لتعذر ايجاب عدم الاجازة على ما قال في الكتاب والجامع بينهما انه لا يفيد ملك المكاتب وهو المقصود لانما ثبتت الحاجة الى الاداء منها ولا حاجة فيما ذكر الى البدل عينا معينا واما الاستثناء فيفيد على ما بيناه وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز اجازة ذلك او اجاز غيره له عند الاجازة يجب تسليمه عنده وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع بينهما التسمية لكونه مالا وقد ملك المكاتب ذلك العين فعن ابي حنيفة رحمه الله اذا اداه لا يعتق وعلى هذه الرواية لو اعتقه لا اذا قال له اذا اديت الى ثلثمائة درهم فانت حر فاديت الى ثلثمائة يعتق بحكم الشرط وهكذا عن ابي يوسف رحمه الله يعتق قال ذلك اما لان العتق يتعقب الملك المسمى ولما يعتق باداء الشرط ولو كاتبه على عبد ثم باع احدهما فقد مر ذلك في الاصل وقد ذكرنا وجه الرواية في كفاية المنتهي قال ان كاتبه على ما ان رد عبدا بعينه فالكتابة فاسدة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله هي جائزة ويقسم المائة على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط فتقبل منها حصة العبد فيكون مكاتبا بما بقي لان العبد المطلق يصلح بدلا في الكتابة وينصرف الى الوسط فكان ايصلح مستثنى منه وهذا اصل في ابدال المعقود

يبطل حقه في العتق واعتبار القيمة بعد وقوع العتق باداء الخمر وانه لا سبيل لبطلان فكيف يتصور بطلان حقه في العتق قلنا يحتمل ان القاضي يرى صحة ما روي عن ابي حنيفة انه اذا كاتبه على الخمر ولم يقبل ان اديتها فانت حر فاداها فانت حر للعتق فلو قضى القاضي بتلك الرواية يبطل حقه في العتق انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلان مقتضى هذا الجواب ان يكون قوله كيلا يبطل حقه في العتق علة لعدم قضاء القاضي بتلك الرواية لا لرضاء العبد بالزيادة والمذكور في الكتاب خلافه والكلام فيما ذكر في الكتاب فلا يتم ذاك الجواب واما ثانيا فلان ذلك على تقدير تمامه انما يتمشى في صورة ان لم يقل المولى للمكاتب على الخمر ان اديتها فانت حر لا في صورة ان قال له ذلك اذ لا رواية لعدم العتق عند اداء الخمر في هذه الصورة فلا يرى للقاضي فيها مع ان ما نحن فيه يعم الصورتين كما لا يخفى فيبقى السؤال في صورة ثم ان صاحبي النهاية ومعراج الدراية ردا على المصنف ههنا حيث قالا ثم قوله كيلا يبطل حقه في العتق لا يصلح تعليلا لقوله قد رضي العبد بالزيادة لانه يحتمل ان يكون العبد غير راض بالزيادة على المسمى وان يبطل حقه لان ذلك نفع مشوبا بالضرر لان تحمل الزيادة ضرر عليه وان كان حقه انتهى اقول ليس ذاك بسديد لان تحمل الزيادة انما يكون ضررا عليه لو كانت الزيادة باقية على ملكه عند عدم تحمل تلك الزيادة واختيار الرق وليس كذلك لاستحالة فانه اذا اختار الرق يسير جميع ما اكتسبه بملك المولاه ويقدر المولى بعد ذلك على ان يستعمله كيف يشاء فيحصل به اكثر من تلك الزيادة فلم يظهر في رضى العبد بالزيادة ضرر عليه ولا في عدم رضاه بها نفع له اصلا ثم قالا والاولى في تعليل ذلك ان يقال لان العبد لما عقد عقد الكتابة الفاسدة مع مولاه كان قابلا قيمته نفسه بالغة ما بلغت لان ذلك موجب عقد الكتابة الفاسدة وهو اقدم عليه باختياره ورضاه ثم قيمة نفسه قد تربو على المسمى وكان راضيا بالزيادة على المسمى ضرورة انتهى اقول وهو ايضا ليس بسديد لان في التعليل بما ذكره مصادرة على المطلوب فانا نصدد ان نثبت بدليل ان موجب الكتابة الفاسدة قيمة نفس العبد بالغة ما بلغت ومن جملة مقدمات ذلك قوله والعبد رضي بذلك للزيادة فلو علل بهذه المقدمة بما ينبني على كون الواجب في عقد الكتابة الفاسدة قيمة نفس العبد بالغة ما بلغت لزم المصادرة قطعا ثم اقول بقي شيء في كلام المنصف وهو ان قوله لان المولى ما رضي بالنقصان الى آخره دليل شافٍ مفيد لتمام المدعى وهو ان لا تنقص القيمة عن المسمى وتزاد عليه لا ان قوله لانه عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد يرى مستدركا منها لانه صار مستغنى عنه بما ذكر قبله من قوله لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع وليس له دلالة على تمام المدعى فانه لا يدل على ان لا تنقص القيمة عن المسمى فلم يكن في ذكره فائدة وكان الاولى طرحه من البين كما في الكافي قوله لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف اجناسه فلا يثبت العتق بدون اراداته قال صاحب العناية وتقريره ان الثوب عوض والعوض يقتضي ان يكون مرادا والمطلق منه ليس بموجود في الخارج فلا يكون مرادا فتعين ان يكون المتعين مرادا والاطلاع على ذلك متعذر لاختلاف اجناسه فلا يعتق بدون اراداته بخلاف القيمة فانها وان كانت مجهولة يمكن استدراك مراده بتقويم المقومين انتهى كلامه اقول فيه كلام لا ولا فلانه ان اراد بالمطلق في قوله والمطلق منه ليس بموجود في الخارج فرد اميهما من الثوب فلانم انه ليس بموجود في الخارج اذ الابهام انما هو في التعيين لا الوجود في الخارج وكم من شيء يجزم بوجوده في الخارج وان لم تتعين خصوصيته عندنا وان اراد بذلك مفهومه الكلي فنسلم انه ليس بموجود في الخارج ولكن لا نسلم حينئذ قوله فتعين ان يكون المتعين مرادا لجواز ان يكون المراد هو المبهم فلا بد من بيان بطلان هذا الاحتمال ايضا واما ثانيا فلان المانع ان يمنع امكان استدراك مراده بتقويم المقومين في صورة الكتابة على القيمة بناء على تقريره في صحة الكتابة على الثوب او قد حكم فيه بتعين كون المتعين مرادا ويتعذر الاطلاع

ولهما انه لا يستثنى العبد من الدنانير وانما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى قال واذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة استحسانا ومعناه ان يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة وينصرف الى الوسط ويجبر على قبول القيمة وقد مر في النكاح اما اذا لم يبين الجنس مثل ان يقول دابة لا يجوز لانه يشتمل اجناسا مختلفة فيتفاحش الجهالة واذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فيعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فاشبه البيع

على ذلك لاختلاف اجناسه ولا شك ان الامر كذلك في صورة الكتابة على القيمة ايضا الا يرى الى قول المصنف فيما مر واما الثاني فلان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كانت على ثوب او دابة انتهى فكيف يمكن اطلاع المقومين على مراده في صورة الكتابة على القيمة حتى يتعينوا بتعينهم فتامل قوله ولهما انه لا يستثنى العبد من الدنانير وانما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى يعني انهما يسلمان الاصل المذكور ولكن يقولان ان ذلك فيما صح استثناؤه من غير ان يرد فساد العقد وههنا استثنا العبد عينه من الدراهم غير صحيح لاختلاف الجنس وانما يصح استثناؤه منها باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدل الكتابة لتفاحش جهالتها قدرا وجنسا ووصفا كما مر في اول الفصل فكذلك لا يصلح ان يقع مستثنى من بدل الكتابة كذا في الشروح والكافي اقول يرد على هذا التعليل انه يقتضي ان لا يصح الكتابة فيما اذا شرط ان يرد المولى عليه عبدا معينا ايضا لجريانه فيها ايضا بعينه فان قيمة العبد المعين ايضا مجهولة جهالة فاحشة ولهذا لو كاتب عليها لم يصح كما مر في اول الفصل وعدم المجانسة بين عين العبد المعين وبين الدراهم ايضا ظاهر مع انهم صرحوا بان الكتابة صحيحة بالاتفاق فيما اذا شرط ان يرد عليه عبدا معينا فالعجب من صاحب الدرر والغرر انه علل هذه المسئلة بوجه آخر وغراه الى الزيلعي واورد عليه النقض بما اذا شرط ان يرد عليه عبدا معينا وحمل الوجه المذكور في الكتاب هو الصواب وغراه الى الكافي حيث قال لان هذا عقد اشتمل على بيع وكتابة لان ما كان من المالية بازاء الوصيف الذي يرده المولى بيع وما كان منها بازاء رقبة المكاتب كتابة فيكون صفقة في صفقة فلا يجوز النهي عنها كذا قال الزيلعي ويرد عليه انه يقتضي عدم صحة العقد اذا شرط ان يرد عليه عبدا معينا او امة معينة والقوم صرحوا بخلافه والصواب ما في الكافي وهو ان بدل الكتابة ما في هذه الصورة مجهول القدر فلا يصح كما لو كاتبه على قيمة الوصيف وهذا لان العبد لا يمكن استثناؤه من الدنانير وانما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح ان تكون بدل الكتابة لجهالتها فكذا لا تصلح ان تكون مستثنى من بدل الكتابة انتهى ولا يخفى على ذي فطانة انه لا فرق بين الوجه الذي غراه الى الزيلعي والوجه الذي غراه الى الكافي في ورود النقض على الصورة المزبورة عليهما فرد الاول بورود ذلك عليه واستصواب الثاني ليس بمستقيم قوله اما اذا لم يبين مثل ان يقول دابة لا يجوز لانه يشمل اجناسا متفاحش الجهالة بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها تحمل في الكتابة قال في العناية واعترض على المصنف بان شمول اللفظ للاجناس ان منع الجواز ما جازت فيما اذا كانت على عبده لان المصنف ذكر في كتاب الوكالة ان العبد يتناول اجناسا ولهذا لم يجز التوكيل بشراء العبد واجيب ان اللفظ ان شمل اجناسا عالية كالدابة مثلا او متوسطة كالمركوب منع الجواز مطلقا في الكتابة والوكالة والنكاح والبيع وغيرها وان شمل اجناسا سافلة كالعبد منعه فيما بني على المماكسة كالبيع والوكالة لا فيما بني على المسامحة كالكتابة والنكاح انتهى اقول ليس السؤال بشيء ولا الجواب اما الاول فلانا لا نسلم ان شمول اللفظ للاجناس ان منع الجواز ما جازت فيما اذا كانت على عبده لان المصنف ذكر في كتاب الوكالة ان العبد يتناول اجناسا ولهذا لم يجز التوكيل بشراء العبد فرتبه بلا مرية لان المصنف ما ذكر قط في كتاب الوكالة ولا في موضع آخر ان العبد يتناول اجناسا والذي ذكره في كتاب الوكالة انما هو ان العبد يشمل انواعا وان ما يشمل انواعا لا يصح التوكيل بشرائه الا ببيان الثمن والنوع فانه قال هناك ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا او ما هو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدري مراد الامر لتفاحش الجهالة وان كان جنسيا يجمع انواعا لا يصح الا ببيان الثمن او النوع لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما ويذكر النوع نقل الجهالة فلا يمنع الاستئمال مثاله اذا وكله بشراء عبد او جارية لا يصح لانه يشمل انواعا فان بين النوع كالتركي والحبشي والمولد جاز وكذا اذا بين الثمن

القائمة معاوضة مال بغير مال او بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح والجامع انه يبقى على المسامحة بخلاف البيع لان مبناه
على المماكسة قال ولذا كاتب المفوض عبده على خمر فهو جائز بمعناه اذا كان مقدارا معلوما واعين كاتبا لانها مال في حقهم بمنزلة الخل في
حقنا وانما اسقط المفعول فيه لان المسلم فيه ممنوع عن تمليك الخمر وقد ذكره في التسليم ذلك اذ الخمر فيه متعين فيجري عن تسليم البدل فيه عليه بعقده
بخلاف ما اذا باع الذمي خمرا ثم اسلم احدهما حيث يفسد البيع على ما قالوا بخلاف الكتابة فانه لو كاتب على خمر وسلم واتى بالقيمة
يجبر على قبول خلافا لزفر بقي المقدر هل الفرد او الشيوع ذكر في الذخيرة فائدة قال اذا بعضها عتق لان في الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل احد العوضين
الى المولى صار العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد مسلما حيث لم تجز الكتابة لان المسلم ليس من اهل التزام الخمر ولو اداها عتق وقد بيناه من قبل والله اعلم

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

لما ذكر ما انتهى فصل تتوهم العاقل من ذلك الكلام ان العبد يتناول جميعا ساعتي يحيله مدار الاعتراض على المصنف ههنا وقد سبق الى هذا التوهم
صاحب النهاية ومعراج الدراية ولعمري انه من العجائب من امثال هؤلاء النحول واما الثاني فلان الجواب المزبور مع ابتنائه على القول بتراتب
الاجناس الذي هو من فضول اهل المعقول دون اصطلاحات اهل الفقه بمعزل عما يفهم من كلام المصنف في المقامين اي في كتابة الوكالة وفيما
فيما نحن فيه فما عرفت آنفا واما فيما نحن فيه فلانه لو كان مراده ما في الجواب المزبور لزمه ان يقيد الجنس في قوله ومعناه ان تعين لتحيس بالنفس
الاصالي والمتوسط لان البيان الجنس الاسفل ليس بواجب على مقتضى ذلك الجواب فلا بد من البيان قوله ولنا انه معاوضة مال بغير مال او بمال لكن
على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح والجامع انه مبني على المسامحة بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة قال صاحب العناية في شرح هذا المقام
ولنا ان هذا يعني ما قاله الشافعي قياس فاسد لان قياس الكتابة على البيع اما ان يكون من حيث ابتداؤها او من حيث الانتهاء والاول لا يصح
لان البيع معاوضة مال بمال والكتابة معاوضة مال بغير مال لانها في مقابلة فك الحجر في الابتداء وكذلك الثاني لانها وان كانت في الانتهاء معاوضة
مال بمال وهو الرقبة لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح في الانتهاء في ان مبنى كل منهما على المسامحة وهذا المقدار كاف في الحاقها بالنكاح
وقوله بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة زيادة استظهار انتهى كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلانه جعل المصنف فاشبه النكاح متفرعا على الشق الثاني فقط
حيث قال فاشبه النكاح في الانتهاء وليس بتمام لان كون النكاح في الابتداء معاوضة مال وهو المهر بغير مال وهو منفعة البضع ظاهر مقرر عندهم
في محله واما كونه في الانتهاء معاوضة مال بمال فغير ظاهر ومما لم يقل به احد من الشراح ههنا سوى تاج الشريعة والعيني فانهما قالا في تعليل قول المصنف
فاشبه النكاح لان منافع البضع مال عند الدخول فيكون معاوضة مال بمال انتهى وكان حق المقام ان يحمل قوله فاشبه النكاح متفرعا على الشق
الاول فقط او على مجموع الشقين واما ثانيا فلانه قال وهذا المقدار كاف في الحاقها بالنكاح وحينئذ قول المصنف بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة لزيادة
الاستظهار وليس هذا ايضا بتمام لان مجرد مشابهته شيئا لشيء في وجه لا ينافي مشابهته لغيره في ذلك الوجه او في وجه آخر فمشابهة عقد الكتابة للنكاح
فيما ذكر لا ينافي مشابهته للبيع ايضا فلو لم يذكر قوله بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة لما ظهر اختصاص ما يتمسك بالمشابهة بالنكاح حتى يثبت عدم صحة
قياس الشافعي عقد الكتابة على البيع كما هو المطلوب على ما هو الصحيح عنه قول الشارح المزبور ولنا ان هذا قياس فاسد لان قياس الكتابة على البيع اما ان
يكون من حيث الابتداء او من حيث الانتهاء الى آخره فكان قوله بخلاف المدة عمدة في اثبات المطلوب ولم يكن لزيادة الاستظهار حط ❊

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله الظاهر ان اكتفاء المصنف في عنوان هذا الباب بما يجوز للمكاتب ان يفعله لكونه العمدة المقصود بالذات
ولا فقد ذكر في هذا الباب كثيرا مما لا يجوز للمكاتب ان يفعله كما يرى ثم ان صاحب العناية قال لما ذكر احكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع
في بيان ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز له فان جواز التصرف يبتنى على العقد الصحيح انتهى وتبعه الشارح العيني اقول لا يذهب على من له
ادنى مسكة مما حقه تعليل لقولهما فان جواز التصرف يبتنى على العقد الصحيح فاي تعليل لا تاخير هذا الباب عن احكام الكتابة الفاسدة بل تقديمه عليها فلا تيم التقريب وقال صاحب النهاية
لما ذكر احكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب ان يفعله وان لا يفعله انتهى اقول هذا سالم مما يتجه على ما ذكره الشارحان المزبوران
لكن فيه ايضا سماجة فان جعل قوله وان لا يفعله في حيز يجوز وعطفه على ان لا يفعله فصار المعنى شرع في بيان ما يجوز ان يفعله المكاتب وما يجوز ان لا يفعله لا يناسب ما
ذكر في هذا الباب وقصد بيانه انما هو ما يجوز ان يفعله المكاتب وما لا يجوز ان يفعله كما يفصح عنه قوله ولا يتزوج ولا يسيب ولا يتصدق ولا يتكفل

قال ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر لان موجب الكتابة ان يصير حرا يدا وذلك بالكسب التصرف مستبدا به تصرفا يودي به الى مقصوده وهو نيل الحرية باداء البدل والبيع والشراء من هذا القبيل وكذا السفر لان التجارة ربما لا تتفق في الحضر فيحتاج الى المسافرة ويملك البيع بالمحاباة لانه من صنيع التجار فان التاجر قد يحابي في صفقة ليربح في اخرى قال فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج استحسانا لان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو ملكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد لانه شرط لم يتمكن في صلب العقد ومثله لا يفسد الكتابة وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فالحقناها بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه في البدل وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه هذا هو الاصل او نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد فاعتبر اعتاقا في حق هذا الشرط والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة قال ولا يتزوج الا باذن المولى

ولا يعرض لمجرد ما يجوز ان لا يفعله فان جواز ان لا يفعل شيأ لا ينافي جواز ان يفعله ايضا كما في الاشياء المباحة التي يستوي فيها جانبا الفعل والترك وما نحن فيه ليس كذلك قطعا قوله ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر قال صاحب العناية قد تقدم هذه المسئلة في كتاب المكاتب حيث قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وكانه اعاد ذا تمهيدا لقوله فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج استحسانا فانه لم يبين ذلك بيانه ثمه انتهى اقول لا يخفى عليك ان ما يصلح ان يكون تمهيدا لقوله المذكور انما هو جواز السفر للمكاتب لا جواز البيع والشراء فحديث الاعادة للتمهيد لا يتم عذرا بالنظر الى مسلكي البيع والشراء كما ترى وقال بعض الفضلاء لا يخفى عليك ان ما ذكره هناك استطرادا انما يحسن ذكره هنا وبذا لفظ القدوري هناك انتهى اقول وهذا الذي ذكره هنا ليس بلفظ القدوري وانما لفظه فيجوز له البيع والشراء والسفر بقدر ما يتقرب الى مقصوده على قوله واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وباضمار المكاتب دون اظهاره والذي ذكره هنا بالواو وبدل قوله فالتقرب الى مقصوده باظهار لفظ المكاتب انما هو لفظ البداية نعم حاصل كلامهما واحد لكن هذا متحقق فيما ذكره المصنف فيما مر ايضا فانه قال هناك فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر ولا شك ان حاصل معناه مستفاد مما ذكره هنا وعن هذا قال في غاية البيان وهذه المسئلة وقع بيانها مذكورا لانه ذكرها في اوائل كتاب المكاتب عند قوله واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه الا انه لم يذكر في البداية ثمه قوله فيجوز له البيع والشراء والسفر وذكر جواز البيع والشراء والسفر في هذا الموضع في البداية فلما بلغ في الهداية وهي شرح البداية هذا الموضع ساق الكلام كما ساق من غير اخلال وان كان ذكر جواز البيع والشراء والسفر في الهداية قبل هذا انتهى فيقتصر قوله وصح العقد لانه شرط لم يتمكن في صلب العقد وبمثله لا يفسد الكتابة قال صاحب العناية في شرح هذا المحل يعني ان الشرط الباطل انما يبطل الكتابة انما تمكن في صلب العقد وهو ان يدخل في احد العوضين كما اذا قال كاتبتك على ان تخدمني مدة او زمانا وهذا ليس كذلك لانه لا شرط لا في بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا يفسد به الكتابة انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله ولا فيما يقابله ممنوع فان مقابلة فك الحجر والحرية اليد والمنع من الخروج تخصيص الفك والحرية فليتامل فان مراده بما يقابله هو المكاتب الا ان هذا الشرط اختص به ايضا كما سيجيء بعد اسطر انتهى اقول ليس في ذلك ما يشفي لان كون المنع من الخروج تخصيصا للفك والحرية لا يقتضي كونه داخلا فيهما فان تخصيص الشيء قد يكون بامر خارج عنه اخص منه كما اذا عرفت الانسان بالحيوان الضاحك فان قيد الضاحك تخصيص الحيوان بالانسان مع انه خارج عنه قطعا وما نحن فيه من قبيل ذلك ايضا اذ لا ريب ان المنع من الخروج خارج عن حقيقة الفك والحرية وكذا الحال لو كان المراد ما يقابله هو المكاتب فان اختصاص هذا الشرط به لا يقتضي دخوله فيه بل لا مجال لدخوله فيه اصلا كما لا يخفى والذي نفاه صاحب العناية انما هو دخول هذا الشرط في بدل الكتابة او فيما يقابله اذ به تحقق التمكن في صلب العقد كما عليه قوله وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فالحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه في البدل وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه هذا هو الاصل قول القائل ان يقول قد مر قبيل هذا الباب في مسئلة جواز الكتابة على حيوان غير موصوف ان اصحابنا قالوا بمشابهة عقد الكتابة للنكاح وعملوا بها وردوا على الشافعي قوله بمشابهة البيع فكيف يصح منهم العمل ههنا بشبهة البيع ايضا ويمكن ان يجاب عنه بان العمل بالشبهين معا فيما يمكن العمل بهما كما فيما نحن فيه لا بد في العمل باحدهما بعينه دون الآخر لرجحان الاول على الثاني فيما لا يمكن العمل بهما معا كما في تلك المسئلة المارة فتامل قوله او نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد الى آخره قال صاحب

لان الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود والتزويج ليس وسيلة اليه ويجوز باذن المولى لان الملك لا يثبت فيه تبعا فلا يثبت في الاشياء اليسير لان العبد والصدقة تبرع وهو يملك ما لك ليملكه الا ان التبرع اليسير من ضروريات التجارة لانه لا يجد بدا من ضيافة واعارة يجتمع عليه الجاهز ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته وتوابعه ولا ينتقل لانه تبرع محض فليس من ضروريات التجارة ولا الاكتساب وذا يملكه بزعيمه نفسا وما لا لان كلا من ذلك تبرع ولا يقرض لانه تبرع ليس من توابع الاكتساب فان وهب شيئا عرض لم يضمن لانه تبرع ابتداء فان زوجه امته جاز لانه اكتساب للمال فانه يتملك به البضع فيحل وطئها بالعقد قال وكذلك ان كاتب عبده والقياس ان لا يجوز هو قول زفر لانه تبرع محض لانه ما له العتق والمكاتب ليس من اهله كالاعتاق على مال وجه الاستحسان انه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الامة وكالبيع وقد يكون هو انفع له من البيع لانه لا يزول الملك الا بعد وصول البدل اليه والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الاب والوصي تبرعا وجب للصداق مثل ما هو ثابت له بخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب فوتي ما هو ثابت له قال فان ادى الثاني قبل ان يعتق الاول فولاؤه للمولى الاول لان له فيه نوع ملك ويصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية اضيف اليه كما في العبد اذا اشترى شيئا ثبت الملك للمولى قال فان ادى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لا ينتقل من المعتق وان ادى الثاني بعد عتق الاول فولاؤه له لان العاقد من اهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيقتدي له

غاية البيان لو قال في جانب المولى اعتاق او قال في جانب العبد عتق كان اولى انتهى اقول كل من تتقى كلامه منظور فيه اما شقه الاول فلانه لو قال في جانب المولى اعتاق لم تتم المطلوب لان هذا الشرط يخص العبد كما صرح به المصنف فلا يلزم من كون الكتابة اعتاقا في جانب المولى ان لا يكون الشرط المذكور مفسدا في جانب العبد بخلاف ما اذا كانت اعتاقا في جانب العبد كما لا يخفى فلهذا قال ان الكتابة في جانب العبد اعتاق واما شقه الثاني فلان الاعتاق في قوله في جانب العبد اعتاق مصدر من المبني للمفعول دون المبني للفاعل فيؤول الى العتق وكان قوله في جانب العبد اعتاق وقوله في جانب العبد عتق بمنزلة واحدة كما لا يخفى ثم قال صاحب الغاية وهذا الذي قالوه ضعيف اذ حاصل كلامهم ان الكتابة تشبه العتق والعتق لا يبطل بالشروط الفاسدة فلا تفسد الكتابة ايضا بالشروط الفاسدة لشبهه بالعتق ولقائل ان يقول اذا كان لشبهه بالعتق اثر ينبغي ان لا يفسد الكتابة ايضا اذا دخل الشرط الفاسد في صلب عقد الكتابة فعلم ان هذا الوجه من البيان ضعيف والاولى ما بيناه آنفا من غاية البيان الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء بعد نقل اعتراض صاحب الغاية على هذا الوجه ولا يخفى عليك انه يجوز دفعه بملاحظة قوله من جانب العبد فانها من جانب المولى معاوضة فلذلك فسدت بالدخل في صلبها لعقدا ونقول يندفع بقوله في حق هذا الشرط انتهى اقول كل من وجهي دفعه غير سالم اما وجه الاول فلان كون الكتابة من جانب المولى معاوضة تتحقق في كل صورة من الكتابة فلو كان ذلك علة للفساد لفسدت بغير الداخل في صلب العقد ايضا وان رجع الى العمل بكونها معاوضة فيما دخل في صلب العقد بكونها اعتاقا في غير ما دخل فيه رعاية للشبهين رجع هذا الوجه الى الوجه الاول واما وجه الثاني فلان التقييد بقوله في حق هذا الشرط لا يدفع الاشكال المذكور اذ لقائل ان يقول اذا كان لشبهه بالعتق اثر ينبغي ان يعتبر اعتاقا في غير هذا الشرط ايضا قوله لان الكتابة فك الحجر مع قيام الملك الى ضرورة التوسل الى المقصود والتزويج ليس وسيلة اليه قال البعض الفضلاء تامل هل يمكن تعميم هذا الدليل لعدم جواز تزويج المكاتبة نفسها وقال ولا يخفى انه لا يمكن انتهى اقول بل يمكن تعميمه لما ذا الظاهر ان مدار حكمه بانه لا يمكن هو ان المكاتبة تتزوج نفسها تملك المهر فيصير ذلك وسيلة الى اكتساب المال الذي هو المقصود بالكتابة وما خذ ذلك ما ذكره المصنف فيما سياتي في تعليل مسئلة جواز تزويج المكاتب امته بقوله لانه اكتساب للمال فانه يتملك به المهر فيدخل تحت العقد انتهى لكنه ليس بتمام فان تزويج المكاتبة نفسها وتزويج المكاتب امته فرقا كما صرحوا به في اثناء شرح مسئلة تزويج المكاتب امته فيما سياتي وقد اوضحه صاحب النهاية حيث سال هناك بان المكاتب لما ملك تزويج امته بهذه العلة ينبغي ان تملك المكاتبة تزويج نفسها لوجود هذه العلة فيها ينبغي ان تملك المكاتبة لانها تكتسب المهر يسقط نفقتها عن نفسها ومنع ذلك ذكر في باب جناية رقيق المكاتب وولده من كتاب عتاق المبسوط ان المكاتبة لا تتزوج بغير اذن المولى واجاب بان تزويج المكاتبة نفسها ليس لاكتساب المال بل للتحصين والعلة فان مقصودها من تزويج نفسها شئ آخر سوى المال فلذلك لم يكن هذا العقد بجائنا وله الفك الثابت بالكتابة وقال وبهذا وقع الفرق بين هذا وبين تزويج الامة وعزاه الى المبسوط فتلخص من ذلك الجواب ان الدليل المذكور هنا يمكن تعميمه لعدم جواز تزويج المكاتبة نفسها ايضا كما لا يخفى تامل تقف ثم قول جماعة من الشراح وصاحب الكافي بعد قول المصنف والتزويج ليس وسيلة اليه بل فيه التزام المهر والنفقة يشعر باختصاص هذا الدليل بالمكاتب ان التزام المهر والنفقة انما يتصور في حق المكاتب دون المكاتبة لكن الكلام في امكان تعميم الدليل الواقع في عبارة المصنف ثم ان الدليل الاظهر المحافي عن شائبة توهم الاختصاص بالذكر ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولا يجوز للمكاتب ان يتزوج بغير اذن مولاه وكذا المكاتبة لان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولان المولى يملك رقبة المكاتب والمكاتب يملك منافعه ومكاسبه فصار

قال وان اعتق عبده على مال او باعه من نفسه او زوج عبده لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه اما الاول فلانه اسقاط الملك عن رقبته واثبات الدين في ذمة المفلس فاشبه الزوال بغير عوض وكذا الثاني لانها عتاق على مال في الحقيقة واما الثالث فلانه تنقيص للعبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقة بخلاف تزويج الامة لانه اكتساب لاستفادته المتعة على ما مر قال وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب لانهما يملكان الاكتساب كالمكاتب وكان في تزويج الامة والكتابة نظر له ولا نظر فيما سواهما والولاية نظرية قال فاما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله ان يزوج امته وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض والشريك شركة عنان

بمنزلة عبد مشترك بين اثنين انه لا ينفرد احدهما بالنكاح انتهى كلامه نعم ما ذكره من الدليلين بعبارته ورد في الذكر ولكن بدا لنا بعد التتبع الميوث ايضا لا محالة

قوله وان اعتق عبده على مال او باعه نفسه او زوج عبده لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه قال صاحب العناية في حل هذا المحل قد تقدم ان المكاتب انما يملك ما كان من التجارة او من ضروراتها واعتاق العبد على مال وغيره مما ذكره ههنا ليس من ذلك فلا يملكه انتهى اقول قد غفل الشارح المذكور بحق المقام في تقرير الكلام حيث قال ان المكاتب انما يملك ما كان من التجارة او من ضروراتها مع انه يملك ايضا ما كان من الاكتساب دون التجارة وضروراتها كتزويج امته وكتابة عبده على ما مر فان الاكتساب اعم من التجارة كما يجيء فالحق ههنا عبارة المصنف حيث قال لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه لا يقال ان مثل تزويج امته من ضروريات التجارة وان لم يكن من نفس التجارة فاندرج في قوله او من ضروراتها لانا نقول ليس ذلك من ضروراتها ايضا لان المأذون له يملك التجارة اجماعا ولا يملك تزويج امته عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله كما سياتي وقد تقرر عندهم ان من ملك شيأ يملك ما هو من ضروراته كما مر من قبيل فلو كان ذلك من ضروراتها لملكها المأذون له ايضا اجماعا فلا محيص عن الحاجة في كلام الشارح المزبور الا بان يجعل لفظ التجارة في كلامه مجازا عن مطلق الكسب طلقا للخاص على العام قوله وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب يعني يملك الاب والوصي في رقيق الصغير ما يملكه المكاتب في رقيق نفسه ولا يملكان في رقيق الصغير ما لا يملكه في رقيق نفسه فيملكان تزويج امته الصغير وكتابة عبده لا تزويجه وبيعه من نفسه ولا اعتاقه على مال كذا قالوا واعترض عليهما صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال فيما نقل عنه في الحاشية لقائل ان يقول لا عتاق على مال انفع من البيع على ما مر ولا مانع ههنا بخلاف المكاتب فانه كون العتق فوق الكتابة مانع ثمة فاذا ملك البيع كان ينبغي ان يملكا العتق على مال ايضا انتهى اقول لا يمر في هذا الكتاب في كتابة ولا في شيء من العتق انفع من البيع وانما الذي مر وتقرر في عامة الكتب ان الكتابة انفع من البيع لانها لا تزيل الملك الا بعد وصول المبدل الى المالك والبيع يزيله قبله ولا شك ان الاعتاق على مال يزيله قبله ايضا مع ما فيه من اثبات الدين في ذمة المفلس كما مر انفا فلم يكن انفع من البيع لا محالة ولا نظير البيع فيبطل قوله فاذا ملكا البيع كان ينبغي ان يملكا العتق على مال ايضا قوله واما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف له ان يزوج امته اقول في هذا التحرير نوع اشكال لانه ان كان المشار اليه بذلك في قوله فلا يجوز له شيء من ذلك ما ذكر قبيل هذه المسئلة من قوله وان اعتق عبده على مال او باعه نفسه او زوج عبده لم يجز مع كون كلمة اما في قوله واما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك مما يابا ه او حكم ما ذكر قبله ايضا عدم الجواز مينا فيه قوله وقال ابو يوسف له ان يزوج امته فان تزويجه الامة ليس بداخل في ما يتناوله الصور المذكورة قبيل هذه المسئلة فما معنى بيان خلاف ابي يوسف فيه وان كان المشار اليه بذلك مجموع ما ذكر في هذا الباب فيتجه عليه انه يجوز له العتق على مال كالبيع والشراء فانهما يجوزان للمأذون له قطعا كما يجوزان للمكاتب فلا معنى للسلب الكلي فان قلت المشار اليه بذلك مجموع ما ذكر في هذا الباب اعني مسئلة البيع والشراء والسفر انما ذكرت في اول هذا الباب تمهيدا لقوله قال شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة الى آخره كما ذكره صاحب العناية ثم قلت قد عرفت ههنا كان الاصل للتتميم اذا هو مسئلة جواز البيع والشراء للمأذون فلا يصلح جوابا لقولنا فيجوز بحيث الذكر للتمهيد دون الاصالة فلا تتم عذر الاهناك ولا يهنا دعلم ان صاحب الوقاية ذكر في هذا الباب ولا ما صح من تصرفات المكاتب بقوله ويصح بيعه وشراؤه وسفره وان شرط ضده والنكاح امته وكتابة عبده وفاءنا ما لا يصح منها بقوله لا تزوجه الا باذنه ولا يبيعه ولو بعوض ولا يصدقه الا بيسير ونكاية اقتراضه واعتاق عبده ولو بمال ثم لما قال وشيء من ذلك لا يصح من المأذون والمضارب والشريك تفطن شارحها لعدد الشريعة لما في المشار اليه من الاشتباه والاشكال فحمل الاشارة على المنفيات فقط وهي من قوله لا تزوجه الى آخره لكونها على قرن واحد وحكم على مجموع المنفيات والمثبتات لعدم تمامها في صورتي البيع والشراء من المثبتات واما في هذا الكتاب فلا يتسير ذلك التوجيه اما اولا فلان المنفيات لم تذكر

فيه على قرن واحد بل ذكرت كل واحدة من المنفيات والمثبتات مختلطة مع الاخرى فلا يعلم الاشارة الى البعض دون الآخر من اللفظ وانا نافيا فتورو
وقال ابو يوسف له ان تزوج امته يمنع ذلك لان تزويج الامة من قبيل المثبتات في المكاتب وانا اتعجب من شراح هذا الكتاب كيف لم يتعرضوا لهذه
اللتوجيه والاستشكال مع ظهور الركاكة في التحرير قوله هو قاسه على المكاتب اعتبره بالاجارة اي ابي يوسف رحمه الله قاس الماذون له على المكاتب
المكاتب يجوز ان تزوج امته فكذلك الماذون له اعتبر التزويج بالاجارة فان الماذون لا يجوز له ان يؤجر عبده وامته فكذلك يجوز له ان يزوج
كذا في الشروح اقول في كل من قياسه واعتباره نظر اما في الاول فلانه ليس قياس الماذون له على المكاتب بنافيجوز له الصح قياسه عليه في كتابة عبده ايضا فان المكاتب
يجوز له ان يكاتب عبده فينبغي ان يجوز للماذون له ايضا ان يكاتب عبده بطريق القياس مع ان كتابة الماذون له عبده ما لا يجوز بالاتفاق واما في الثاني فلانه اذا
اعتبار التزويج بالاجارة من حيث ان جواز بها للماذون له يقتضي جوازه له لا يضا لزم ان لا يجوز تزويجه عبده ايضا كما لا يجوز اجارة عبده وامته على ما نصوا عليه لانه لا يجوز
له تزويج عبده بالاجماع ثم ان صاحب النهاية قال ثم استعمل لفظ القياس في العينين وهما الماذون في المكاتب لفظ الاعتبار في الفعلين وهما التزويج والاجارة لان المماثلة
بين هذين العينين ظاهرة اذ في كل منهما فك الحجر واطلاق التصرف فكان شرط القياس موجودا وان استعمل لفظ القياس لذلك واما في هذين الفعلين فالمماثلة بينهما ليست
الفعلية لا غير لما ان الاجارة من المعاوضات المالية من الجانبين لان للمنفعة حكم المالية الا ترى ان الحيوان لا يثبت دينا في الذمة بمقابلة المنافع كما لا يثبت بها
بمقابلة الاموال الحقيقة في البيع فكان استعمال لفظ الاعتبار هنا كما ليس انتهى كلامه اقول فيه بحث اما اولا فلانه ان اراد بقوله اذ في كل منهما فك الحجر اطلاق
التصرفات ان في كل منهما فك الحجر واطلاق جميع التصرفات فليس كذلك قطعا اذ لا يجوز لكل واحد منهما كثير من التصرفات على ما فصل في كتابهما وان اراد بذلك ان اصل
منهما فك الحجر واطلاق التصرف الذي اطلق في الآخر ايضا فليس كذلك ايضا الا يرى انه يجوز للمكاتب ان يكاتب عبده ولا يجوز ذلك للماذون له بالاتفاق وان
اراد بذلك ان في كل منهما فك الحجر واطلاق بعض من التصرفات في الجملة فهذا القدر لا يحقق المماثلة المصححة للقياس فضلا عن ظهورها واما ثانيا فلان قوله لما ان الاجارة
من المعاوضات المالية من الجانبين الخ لا يدل على ان يكون المماثلة بين هذين الفعلين من حيث الفعلية لا غير فان انتفاء المماثلة الغير الفعلية بينهما من الحيثية
المخصوصة لا يستدعي انتفاءها من سائر الحيثيات الاخر التي من جملتها كون كل منهما من طرق الكسب فلا يتم التقريب وقال صاحب
العناية بعد نقل ما في النهاية وفيه نظر لان المراد بالقياس ان كان هو الشرعي فذلك لا يكون بين عينين وان كان غيره ذلك فلا نسلم انه لو به انتهى اقول هذا
المنظر مندفع فان المراد بالقياس هو الشرعي كما يشير اليه جعله دليلا على المسئلة الشرعية قوله فذلك لا يكون بين عينين ان اراد به لا يكون بين نفسي العينين بحيث
مر صاحب النهاية باستعمال القياس بين العينين استعماله بينهما من تلك الحيثية بل مراده بذلك استعماله بينهما من حيث علمها وتصرفهما ولا ريب في جريان القياس الشرعي
بينهما من هذه الحيثية وان اراد به انه لا يكون بين العينين بحيثية من الحيثيات فهو فاسد لامحالة على انه لو كان المراد بالقياس هنا غير الشرعي كان منع الاولوية
ايضا ساقطا لان لفظ القياس اكثر واشهر استعمالا في معنى المماثلة من لفظ الاعتبار حيث ان معنى المماثلة كان معتبرا في اصل معنى القياس من حيث اللغة
وعن هذا قال في صحاح الجوهري وغيره قاس الشيء بالشيء قدره على مثاله فكان استعمال لفظ القياس في العينين اللذين بينهما مماثلة ظاهرة واستعمال لفظ الاعتبار
في الامرين اللذين بينهما مماثلة خفية او في العكس اقطعا لان فيه توفية ابو بالمرجح ذا الضعف بل الامر في العكس ثم ان راى صاحب العناية هنا ان يكون لفظ القياس
ولفظ الاعتبار مترادفين حيث قال قبيل نقل ما في النهاية وقاسه اعتبره مترادفان اقول ان اراد انهما مترادفان من حيث اللغة فهو ممنوع جدا وان اراد انهما مترادفان
في عرف الفقهاء والمصنفين فله وجه فليتتبع قوله ولهما ان الماذون له يملك التجارة وهذا ان تجارة اقول كان الظاهر ان يقال ان الماذون له

هذا الكتاب لانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال وهذا لا يملك به كما لا يملك به تزويج العبد **فصل** قال واذا اشترى المكاتب
يا او ابنه دخل في كتابته لانه من اهل ان يكاتب فاذا لم يكن من اهل الاستثناء تعجل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان لانه لو ترك متى كان يحتاج الى
الاستثناء يعتق عليه وان اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند ابي حنيفة رح لانه لا يدخل اعتبارا بقرابة الولاد اذ وجوب الصلة
بينهما وهذا لا يفترقان في الحرية حق الحرية ولان المكاتب كسبا لا ملكا غير ان الكسب يكفي للصلة في الولاد حتى ان القادر على الكسب يجب عليه
نفقة الوالد والولد ولا يكفي في غيرهما حتى لا يجب نفقة الاخ الاعلى الموسر لان هذه قرابة توسطت بين بني الاعمام وقرابة الولاد فالحقناها
بالثاني في العتق وبالاول في الكتابة وهذا دليل لان العتق اسرع نفوذا من الكتابة حتى ان احد الشريكين اذا كاتب كان للآخر فسخه واذا اعتق
لا يكون له فسخه **قال** واذا اشترى ام ولده دخل ولدها في كتابته ولا يجز بيعها ولا معاوضتها اذا كان معها ولدها اما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرناه واما امتناع
بيعها فلان تبع الولد في هذا الحكم قال عليه السلام اعتقها ولدها وان لم يكن معها ولد فذلك الجواب في قول ابي يوسف ومحمد رح لانها ام ولد خلافا لابي حنيفة رح

لا يملك الا التجارة بالقدر حتى يلزم من ضم المقدمة الثانية وهي قوله هذا اي تزويج الامة ليس تجارة ان لا يملك الماذون له تزويج الامة فان محمدا
ان يملك التجارة لا ينافي ان يملك غيرها فلا يلزم من ان لا يكون تزويج الامة تجارة ان لا يملكه الماذون له فلا تتم التقريب **قوله** ولانه مبادلة المال
بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال اقول يرد على قوله اذ هي اي الاجارة مبادلة المال بالمال انه يلزم حينئذ ان ينتقض تعريفهم البيع
بمبادلة المال بالمال بالاجارة مع انه تعريف مسلم متفق عليه وارد عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيه بحث لانه مخالف لما ذكره الشارحون في وجه مناسبة
الكتابة بالاجارة فليتامل انتهى اقول يمكن التوفيق بين ما ذكره المصنف ههنا وبين ما ذكره الشراح في وجه مناسبة الكتابة بالاجارة في صدر كتاب المكاتب وهو
قولهم اورد عليه الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كلا منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ليس بمال انتهى بان مرادهم بما ليس بمال ما ليس بمال حقيقة ومراد المصنف
بالمال في قوله اذ هي مبادلة المال بالمال ما هو مال حكما وان لم يكن مالا حقيقة فان احد البدلين في عقد الاجارة وهو المنفعة جعل في حكم المال لتسليم رقبة
العين واقامتها مقام المنفعة بخلاف عقد الكتابة ويتضح عن كون المراد بالمال في قوله اذ هي مبادلة المال بالمال ما قلنا قول صاحب معراج الدراية في
تعليل ذلك لما ذكرنا ان المنفعة في الاجارة في حكم المال انتهى ثم اقول ويمكن ان يحمل المال في تعريفهم البيع بمبادلة المال بالمال على المال الحقيقي دون ما
يتناول الحكمي بناء على قاعدة العرف المطلق على الكمال محمد لا يرد انتقاض تعريف البيع بالاجارة لان احد البدلين ههنا مال حكما لا حقيقة كما عرفته انفا ثم
ان عامة الشراح قالوا في تعليل قول المصنف اذ هي مبادلة المال بالمال لان المنافع في باب الاجارة مال وقال صاحب النهاية بعد ذكر التعليل المذكور لان المنافع
في باب الاجارة تصلح مهرا في النكاح مع ان النكاح شرع ابتغاء وه بالمال لقوله تعالى ان تبتغوا بامولكم انتهى وبكذا قال صاحب الغاية ايضا غير انه لم يذكر الواو في قوله
لان المنافع في باب الاجارة تصلح مهرا في باب النكاح بل جعله علة لما قبله اقول فيه بحث لانه مخالف لما ذكره المصنف في باب المهر من كتاب النكاح في تعليل قوله وان تزوجها
على خدمة سنة او على تعليم القرآن فلها مهر مثلها حيث قال بعد بيان خلاف الشافعي في ذلك لنا ان الشروع انما هو الاتيان بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع
على اصلنا انتهى فانه صريح في ان المنافع ليست بمال على اصلنا بيانا في باب النكاح فتامل

فصل لما فرغ من ذكر مسائل وقوع الكتابة بطريق الاصالة شرع في ذكر مسائل وقوعها بسبيل التبعية وما يتبعها لان التبع يتلو الاصل **قوله** واذا اشترى ام ولده ودخل
ولدها في الكتابة وهم يجز بيعها هذا لفظ القدوري قال المصنف ومعناه اذا كان معها ولد وقال صاحب الغاية في شرح المقام لم راة المكاتب الفقه اذا ولدت قبل ان يملكها
المكاتب بوجه من الوجوه ثم ملكها فان ملكها مع الولد فليس له ان يبيعها بالاتفاق اقول في عبارته خلل لان الفقه ثابتا في وصف المراة يخالف اللغة اذ قد يقرر في كتب اللغة
عامة الالفاظ التي يستوي فيه الانثى والجمع والمونث حتى قال صاحب المغرب اما سمعته فلم اسمعه انتهى **قوله** واما امتناع بيعها فلانها تبع للولد في هذا الحكم قال عليه السلام
اعتقها ولدها قال في الشريعة فان قلت اذا ثبت للولد حقيقة الحرية ثبت للام حقها وههنا ثبت للولد حق الحرية فينبغي ان لا تثبت للام حقها تحقيقا لانحطاط رتبتها
عن الولد قلت للكتابة احكام منها عدم جواز البيع فتثبت للام هذا الحكم دون الكتابة تحقيقا لانحطاط الرتبة فان قلت لم لا يصير مكاتبة تبعا للولد قلت لان العقد ما ورد
عليها انتهى اقول فيه نظر لان عدم ورود العقد عليها لا يقتضي ان لا تصير مكاتبة تبعا للولد وانما يقتضي ان لا تصير مكاتبة اصالة الا يرى ان المكاتب اذا اشترى اباه او ابنه
او في كتابته وصيرا مكاتبا تبعا لولده كما مر مع ان العقد ما ورد على الاب ههنا كما يضا قطعا فالصواب في الجواب عن السؤال الثاني ان يقال انما لا تصير مكاتبة تبعا
لولدها تحقيقا لانحطاط رتبتها عن ولدها في حق الحرية الا يرى انها لا تصير مكاتبة في الحال تبعا لحرية ولدها في الحال بل تثبت لها عتق موجل بموت سيدها على ما عرف في موضعه
فلذا لا تصير مكاتبة تبعا لولدها بل تثبت لها بعض احكام الكتابة كما ذكر في الجواب عن السؤال الاول بخلاف الاب اذا ملكه ولده فانه يدخل في عين حريته ولده سواء كانت

اسم جنس او نعتها تحقيقا للمساواة بقدر الامكان على ما مر ثم قال لكن في الشريعة فان تحلت العتق ما ورد على الولد ايضا قلت ورد على المكاتب الولد جزؤه فيكون وارد عليه تحلا الامة انتهى اقول فيه ايضا نظر لان كون قرابة الولد قرابة جزئية لا تقتضي ان يكون ورود العتق على الاب ورودا على الولد ايضا والا يلزم ان يكون كتابة الولد ايضا فيما نحن فيه اصالة لاتباع الولد فلا يصح قول المص اما ذكرنا من الولد في الكتابة فلما ذكرنا كما لا يخفى ويلزم ايضا ان لا يثبت فروع عند ابي حنيفة رحمه الله بين ما اذا كان ولدها معها في الاشتراء وبين ما اذا لم يكن ولدها معها فيه تدبر تفقه قوله والقياس ان يجوز بيعها وان كان معها ولدها الى قوله وبدون الولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس نفيه قال صاحب العناية فلقائل ان يقول القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ما مر في اول الدليل فتخصيص نفسه بالابتداء مع انه منافي لصدر الكلام تحكم والجواب انه ليس تحكما وانما هو من باب الاستحسان بالاثر وهو قوله صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها ولا شك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب وقوله والقياس نفيه يعني والنص فيه يترك به القياس بخلاف ما اذا كان معها الولد الى هنا كلامه اقول في الجواب بحث وهو ان الاثر المذكور لا يفرق بين ما اذا كان معها ولدها وبين ما اذا لم يكن معها ولد بل هو بظاهره اطلاقه يتناول الصورتين معا فقوله ولا شك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب ان اراد ان الاثر المذكور يدل عليه فهو ممنوع جدا وان اراد به ان ذلك المعنى ثابت مقررا بدون دلالة الاثر المذكور عليه فهو يودي الى المصادرة اذ هو اول المسئلة فان الامة ان لم يقبلاه فلهذا لم يجز ابو حنيفة المكاتب امراة المشتراة التي ولدت منه قبل ان يملكها بناء على انها ام ولده وان لم يملك ولدها فقط على ان قوله ولا شك ان الولد انما يعتق بملك الام اذا ملكه الاب ليس بتام على قول اصحابنا جميعا لانه ان اراد بالملك في قوله اذا ملكه الاب ملك اليمين فهو ليس بشرط في عتاق الولد امها عند احد من الفقهاء الا ترى ان الحر اذا استولد امة نفسه لا يجوز بيعها بالاثر المزبور بعينه مع ان الولد هناك ليس بمملوك للاب ملك اليمين بلا ريب وان اراد بذلك ملكا التصرف في امره بالاتلاف عليه فهو ايضا ليس بشرط في اعتاق الولد امها عند اصحابنا فان من استولد امة غيره بنكاح ثم ملكها صارت ام ولد له عند اصحابنا جميعا على ما مر في باب الاستيلاد من كتاب العتاق فلا يجوز بيعها عندهم مع ان التصرف في امر ذلك الولد والولاية عليه انما هو لذلك الغير الذي كان مولى ذلك الولد بسبب انه كانت الامة مملوكة له عند الاستيلاد والولاية فظهر ان قوله ولا شك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب ليس بتام على كل حال قوله ومن زوج امته من عبده ثم كاتبهما فولدت منه ولدا دخل في كتابتهما وكان كسبها وفي بعض النسخ دخل في كتابتهما وكان كسبها اي في الدخول يتبعهما وفي الكسب يتبعها خاصة فالويه الاول ما في اكثر النسخ لان فائدة الدخول هو الكسب كذا في العناية وغيرها قال البعض افضلا فيه تامل اذ لا يجوز ان يقال فائدة ان يعتق بعتقها سواء كسب ام لا بان لم يبلغ بالكسب مبلغا انتهى اقول ليس هذا بشيء لان المراد ان فائدة دخول الولد في كتابة الاب هو الكسب لا غير لانه لا يتبع الاب في الرق والحرية فلما كان كسبه للام خاصة لم تتحقق فائدة قط في دخوله في كتابة ابيه وكان القول بدخوله في كتابة امه فقط هو الوجه ثم ان عتق الولد يعتق امه انما يكون فائدة للولد لا نفسه لا الدخول فيه الكلام في الثاني وليس لهم التعميم للفائدة او جعل فائدة الولد نفسه لا للدخول فيه او جعل فائدة الولد فائدة الامة ايضا فذلك الفائدة ايضا انما تتحقق بالنظر الى دخوله في كتابة امه فقط فلا يناسب كون الاول هو الوجه بل يؤيده واما حديث ان لا يبلغ الولد بسبب الكسب فلا فائدة له هنا لان المراد بفائدة الدخول ما يصلح ان يكون فائدة في الجملة والكسب كذلك فانه على تقدير حصوله بعينه فائدة

فصل مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الاول فصلها بفصل ووصلها بالذكر كذا في الشروح

قوله ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة قال صاحب الشريعة فان قلت ينبغي ان لا يسقط لان للاكتساب تاثيرا في اكساب ولدها وكذا اولادها التي اشتراها بعد الكتابة وهذه آثية بقاء الكتابة قلت الكتابة بشبهة المالية فتنقضي وبالنظر اليه لا يسقط البدل ويشبه الشرط وبالنظر اليه يسقط الا يرى انه لو قال للمراة ان دخلت الدار فانت طالق ثم علقه

قال واذا كاتب المولى ام ولده جاز لحاجتها الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه تلقتهما جهتان فان مات المولى عتقت بالاستيلاد وتتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة لان الغرض من ايجاب البدل العتق عند الاداء فاذا اعتقت قبله لا يمكن توفير العوض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها من غير فائدة غير انه تسلم لها الاكساب والاولاد لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاولاد والاكساب لان الفسخ لتطوها والقطر فيما ذكرنا ولو ادت المكاتبة قبل موت المولى عتقت بالكتابة لانها باقية قال وان كاتب مدبره جاز لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافي اذ الحرية غير ثابتة وانما الثابت مجرد الاستحقاق وان مات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار بين ان تسعى في ثلثي قيمتها او جميع مال الكتابة

ثم لما جعل التعليق فيما عتقت بالاستيلاد بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب عملا بجهة المعاوضة وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملا بجهة الشرط انتهى كلامه وقد اقتفى اثره صاحب العناية والشراح العيني في هذا السؤال والجواب اقول في الجواب نظرا اولا فلانه قد تقرر فيما مر ان العمل بالشبهين انما يتصور فيما يمكن الجمع بين الجهتين وههنا ليس كذلك لان جهة كون الكتابة معاوضة يستلزم عدم سقوط البدل وجهة كونها شرطا يستلزم سقوطه وهما اي السقوط وعدمه متنافيان قطعا لا يمكن اجتماعهما في محل واحد في حالة واحدة تنافي اللازمين يوجب تنافي الملزومين فلا يمكن اجتماعهما كذلك واما ثانيا فلان العمل بالشبهين وتصور معنا فانما يتصور عند ثبوت الكتابة لانها هي المشابه لكل من المعاوضة والشرط لا عند بطلانها لانتفاء حينئذ محل المشابهة بالكتابة فما معنى قول هؤلاء الشراح فلما عتقت بالاستيلاد بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب عملا بشبه المعاوضة وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملا بشبه الشرط ثم اقول الحق في الجواب عن ذلك السؤال ما اشار اليه المصنف في المسئلة الآتية بقوله غير انه تسلم لها الاولاد والاكساب لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاكساب والاولاد لان الفسخ لتطوها والنظر فيما ذكرناه انتهى تامل **قوله** واذا كاتب المولى ام ولده جاز لحاجتها الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه تلقتهما جهتان قال صاحب العناية لا يقال احدهما يقتضي العتق بدلا والآخر بلا بدل والعتق لا واحد لا يثبت لها وكانا متنافيين لانا نقول لا تنافي بينهما لكونهما جهتي عتق تلقاها على سبيل البدل انتهى ورد بعض الفضلاء قوله والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين بان قال ان اراد الوحدة الشخصية فغير مسلم كيف وفي العتق بالكتابة ليسلم اما الاكساب بخلاف العتق بامومية الولد وان اراد النوعية فلا تنافي انتهى اقول وهو مردود بشقيه اما شقه الاول فلان صاحب العناية ان اراد بقوله والعتق الواحد لا يثبت بهما الوحدة الشخصية كما هو الظاهر فلا مجال لعدم تسليمه لانه ما قال العتق الواحد يثبت بهما حتى لا يسلم ذلك ويحمل اختلاف العتق بالكتابة والعتق بامومية الولد في اللوازم سند المنع ذلك بل قال العتق الواحد لا يثبت بهما وعدم ثبوت العتق الواحد الشخصي بالسببين المختلفين في اللوازم امر جلي لا يقبل المنع وما ذكره ذلك البعض في معرض السند بقوله كيف وفي العتق بالكتابة الى آخره لا يصلح ان يكون سند المنع ذلك بل انما يكون علة لسقوط المنع عنه واما شقه الثاني فلانه ان اراد بقوله فلا تنافي في قوله وان اراد النوعية فلا تنافي انه لا تنافي بينهما من حيث الاجتماع فهو ممنوع كيف والعتق بالكتابة يستلزم سلامة الاكساب لها بخلاف العتق بامومية الولد فانى يجتمعان معا وان اراد بذلك انه لا تنافي بينهما من حيث التلقي على سبيل البدل فهو عين ما قاله صاحب العناية في تعليل لا يقال **قوله** غير انه تسلم لها الاولاد والاكساب لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاكساب والاولاد لان الفسخ لتطوها والنظر فيما ذكرناه قال صاحب غاية البيان ولقائل ان يقول ان النظر لها في ايفاد حقها اليها وحقها الحرية وقد حصل لها في ابطال حق الغير لان الكسب لها قبل موت المولى وكلامنا فيه ولم يعتق هي قبل موت المولى بل هي مملوكة حينئذ فينبغي ان يكون الكسب للمولى لانها لانها عتقت بالاستيلاد لا بالكتابة انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل بدء الايراد وعن الشراح المزبور وانت خبير انه ليس فيه ابطال حق الغير فانها عتقت وهي مكاتبة وملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه تامل انتهى اقول ليس في ايراد صحيح لان ملك المكاتب والمكاتبة في اكسابهما انما هو بواسطة الرقبة ولهذا لا يملكان التبرع فيها وانما رقبة اكسابهما ملك مولاهما كرقبة انفسهما ما لم يود بدل كتابتهما بالتمام كما يفهم هذا كله مما سبق ومما ياتي فقوله وملكها يمنع ملك الغير فيه ليس بجيد لان ملكها في كسبهما هذا لا يمنع ملك الغير الذي هو المولى فيه رقبة فلا ينافيه الاستشكال بلزوم ابطال حق الغير بالنظر الى ملك الرقبة ثم قال صاحب العناية ولنا في قوله تسلم لها الاولاد ايضا نظر لانه لا حاجة الى ذكر الاولاد بتاويل المزبور الذي ذكره لان الكتابة لو اعتبرت مفسوخة ايضا في حق الاولاد يكون النظر لها باقيا لان حكم ولد ام الولد حكم الام لانه تابع للام حالة الولادة انتهى كلامه اقول بذا النظر ساقط جدا لان المراد بالاولاد التي ذكرت

وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح تسعى في الاقل منهما وقال محمد رح تسعى في الاقل من ثلثي بدل الكتابة فالخلاف في الخيار والنفاذ فابو يوسف مع ابي حنيفة رح في المقدار ومع محمد رح في نفي الخيار اما الخيار فرع تجزي الاعتاق والاعتاق عنده لما تجزى بقي الثلثان رقيقا وقد تلقتهما جهتا حرية ببدلين مجملة بالتدبير ومؤجلة بالكتابة فتخير

بالتعليل المذكور هي الاولاد التي ولدت قبل كتابة امها من غير مولاه وقد اشترتها امها حال الكتابة كما صرح به تاج الشريعة حيث فسر الاولاد في قول المصنف تسلم لها الاولاد والاكساب بقوله اي لاولاد التي اشترتها المكاتبة في حال الكتابة لا الاولاد التي ولدت من مولاها انتهى ولا شك في الحاجة الى التعليل الذي ذكره المصنف في بيان سلامة امثال تلك الاولاد بها اذ لو اعتبرت الكتابة مفسوخة ايضا في حق امثالهم لكانوا ارقاء لورثة المولى فلم يكن النظر لها باقيا في حقهم اذ ذاك قطعا وقال صاحب العناية في هذا المقام ولقائل ان يقول الكتابة عقد واحد فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة والجواب ان تحقيق كلامه ان بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبارين احدهما ان يبطل بعجز المكاتب عن ايفاء البدل والثاني ان يبطل لانتهائه بايفائه وبالاول يعود رقيقا فاولاده واكسابه لمولاه وبالثاني يعتق هو واولاده وتخلص له ما بقي من كسبه حيث احتجنا الى ابطال الكتابة نظرا للمكاتب وكان النظر له في الثاني دون الاول منها انتهى اقول السؤال شئ والجواب اما الاول فلان كونه الكتابة عقدا واحدا لا ينافي تصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة اذا كانا من جهتين مختلفتين فانهم شرطوا في تحقق التناقض امورا منها وحدة الجهة وهنا لم تتحقق تلك الوحدة لان بطلان عقد الكتابة من جهة البدل وعدم بطلانه من جهة الاولاد والاكساب كما يفصح عنه قول المصنف لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاكساب والاولاد فلا محذور اصلا واما الثاني فلوجود احدها ان انتهاء الكتابة بايفاء البدل انما هو تمامها وتقررها فجعله احد طريقي بطلانها مما لا يساعده العقل والنقل وثانيها ان المكاتبة في مسئلتنا هذه ممن لم يقع منه ايفاء البدل فتكييف تحمل بطلان الكتابة في حقها على الايفاء باعتبار غير الواقع واقعا المجرد النظر لها مما لا نظير له في قواعد الشرع وثالثها ان قول النص لان الكتابة انفسخت في حق البدل بقيت في حق الاكساب والاولاد يأبى المعنى الذي عده الشارح المزبور تحقيق كلامه لانه على تقدير ان يحمل المقام على انتهاء الكتابة بايفاء تمام البدل يصير الكتابة في حق البدل وفي حق الاكساب والاولاد على السواء كما هو الحال عند ايفاء البدل حقيقة فلا يكون لاعتبار انفساخ الكتابة في حق البدل وبقائها في حق الاكساب والاولاد وجه وروما لبعدها ان حمل بطلان عقد الكتابة ههنا على المعنى الثاني الذي تخيله هذا الشارح لا يدفع اصل السؤال لان البطلان على اي معنى كان وعدمه في حالة واحدة متنافيان قطعا اذا كانا من جهة واحدة وان صيرا لاختلاف الجهتين لا يبقى احتياج الى مقدمات الجواب المذكور اصلا ثم قال صاحب العناية لا يقال في كلام المصنف تسامح لانه علل بطلانه بامتناع بقائه من غير فائدة ثم علله بالنظر له والمعلول الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين مختلفتين لان الكتابة جهتها هي للمكاتب وجهة هي عليه وعلل الثانية بالاولى والاولى بالثانية فتأمل فلعله سديد الى هنا كلامه اقول هذا السؤال ايضا ليس بشئ وجوابه ليس بسديد اما الاول فلان المعلول الواحد بالشخص انما لا يعلل بعلتين مستقلتين على سبيل الاجتماع واما على سبيل البدل فيعلل بهما قطعا على ما بين في موضعه والامر فيما نحن فيه وفي سائر المسائل التي يذكر لها دليلان او ادلة كذلك فان المقصود في امثال تلك التنبيه على ان كل واحد من الدليلين او الادلة مما يصح ان يعلل به المطلوب بدلا عن الآخر واما الثاني فلان كون المحل بالعلة الاولى الجهة التي هي على المكاتب ممنوع لان تلك الجهة ان تلزمه ايفاء البدل فقوله لامتناع ايفائها من غير فائدة لا يدل على ذلك بل يدل على خلافه لان عدم الفائدة لسقوط بدل الكتابة عنها واذا سقط عنها البدل لا يلزمها ايفاؤه قطعا فلم يكن ما ذكره من توزيع التعليلين على مالها وما عليها سديدا كما لا يخفى قوله اصلا عنده لما تجزى بقي الثلثان رقيقا وقد تلقتهما جهتا حرية ببدلين مجمل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير لان في التخيير فائدة وان كان جنس المال متحدا لجواز ان يكون اداء اكثر المالين ايسر باعتبار الاجل واذا قلها اعسر لكونه حالا فكان التخيير مفيدا كذا في عامة الشروح وغرام معراج الدراية الى مبسوط فخر الاسلام اقول فيه شئ وهو ان الفائدة المذكورة انما تتصور في صورة انكان البدل العجل بالتدبير اقل من البدل المؤجل بالكتابة واما في العكس فلا اذ لا شك ان اداء الاقل المؤجل ايسر من كل وجه من اداء الاكثر المعجل فلا فائدة في التخيير في هذه الصورة

وعندهما الماعتق كلها يعتق بعضها فهي حرة وجب عليها احد المالين فتختار الاقل لامحالة وله ان المقدار فيحتمل انه قابل للبدل بالكل وقد سلمها الثلث بالتدبير فمن المحال ان يجب البدل بمقابلته لانه لو سلم لها الكل بان ماتت حتى عتق الثلث يسقط كل بدل الكتابة فههنا يسقط الثلث فصار كما اذا تاخر التدبير عن الكتابة ولهما ان جميع البدل مقابل بشقص وقيمته فلا يسقط منه شئ وهذا لان البدل وان قوبل بالكل صورة فليس مقصودا بما ذكرنا معنى لان استحقت حصة الثلث ظهر ان الطاهر للانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حوبته وصار هذا كما اذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثالثا على الف كان جميع الالف بمقابلة الواحدة الباقية لان الاسارة كذا ههنا اهـ ف ما اذا فسخت الكتابة وهي المسئلة التي تليه لان البدل مقابل بالكل اذا استحق عنده في شئ فاذكرنا قال وان دبره مكاتبه صح التدبير لما بينا ولها الخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها في الخيار ان شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة او ثلثي قيمتها عند ابي حنيفة رح وقالا تسعى في الاقل منهما فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا اما للقائلين يتفق عليه وجهه ما بينا قال واذا اعتق المولى مكاتبه عتق باعتاقه لقيام ملكه فيه وسقط بدل الكتابة لانه لا يبقى ما قابله بالعتق وقد حصل المعدل له فلا يلزمه والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى لكنها تفسخ برضاء العبد والظاهر رضاه لتوسله الى عتقه بغير بدل مع سلامة الاكساب له لانها في الكتابة في حقه قال واذا كاتبه على الف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة نقدا فهو جائز استحسانا وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان بدلا بهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب العبد

اصلا لتعين اختياره الاقل لامحالة كما قال صاحباه مع ان الحكم بالخيار في هذه الصورتين عنده كما هو الظاهر من اطلاق المسئلة في الكتب باسرها قوله وعندهما الماعتق كلها يعتق بعضها فهي حرة وجب عليها احد المالين فتختار الاقل لامحالة فلا معنى للتخيير واعترض عليه بان الاعتاق لما لم يتجز عندهما عتق كلها بالتدبير يعتق بعضها به وانفسخت الكتابة فوجب السعاية في ثلثي قيمتها لا غير فاجيب بانا قد حكمنا بصحة الكتابة نظرا لما فيقتها ان ذلك فلو بما يكون بدلها اقل فيحصل النظر لوجوبه كذا في العناية اخذا من شرح ج الشريعة اقول في ايجاب اشكال لان القول بانفاء الكفاية فيها بعد ان عتق كلها بالتدبير ينافي قول المصنف وعندهما الماعتق كلها يعتق بعضها فهي حرة اذ الظاهر ان الحرية والكتابة لا يجتمعان في شخص واحد في حالة واحدة فاني تصور انفاء الكتابة فيها بعد ان صارت حرة عندهما فان قلت المراد ابقاء حكم الكتابة لا ابقاء حقيقتها والمنافي للحرية هو الثاني دون الاول قلت لو ابقي حكم الكتابة لا تقاضى تاجيلها لانه من خصائصها ولهذا قال في الكافي في تقرير دليل الامامين هنا وعندهما كما عتق كلها يعتق ثلثه لان الاعتاق لا يتجزى عندهما بطلت الكتابة وبطل الاجل لانه من خصائص الكتابة وبقي اصل المال عليه غير موجل الى غيره ولو ابقي تاجيلها لزم ان لا يتم قولهما فتختار الاقل لامحالة فلا معنى للتخيير لجواز ان تختار الاكثر الموجل لكون ادائه ايسر من ادا الاقل المجل كما مر في بيان دليل ابي حنيفة فيكون هذا هو المعنى للتخيير فلا ينقطع مادة الاشكال قوله والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته اقول لمانع ان يمنع هذه المقدمة فانه لا يلزم من مجرد استحقاق الحرية حقيقة الحرية والثابت في المدبرة في الحال مجرد استحقاق الحرية دون حقيقتها فجاز ان يصار الى السعاية حقيقتها عاجلا فتلتزم المال بمقابلتها الا ترى انه يجوز للمولى ان يكاتب ام ولده بالاجماع مع استحقاقها حرية الكل قطعا لعتقها عند موت مولاها من جميع المال دون ثلثه فاذا جاز التزام المال من ام الولد بمقابلة ما يستحق حرية كلا للاصباح الى استفادة الحرية قبل موت المولى كما مر فلان جاز ذلك من المدبرة بمقابلة ما يستحق حرية بعضا لتلك العلة بعينها اولى كذا لا يخفى فلينامل واستشكل بعض الفضلاء بهذا التعليل بوجه آخر حيث قال لا يتمشى على اصل ابي يوسف فانه يستحق حرية الكل عنده لعدم تجزي الاعتاق انتهى اقول ذلك ساقط لانا لا نسلم ان المدبر والمدبرة يستحقان بالتدبير حرية الكل عنده بل الظاهر انهما يستحقان به حرية الثلث عندهم جميعا ولهذا يعتقان عند موت المولى من ثلث ماله ويسعيان في ثلثيها اذا لم يكن له مال غيرهما بالاجماع وثبوت عتق الكل بعتق البعض عند موت المولى على اصل الامامين وهو عدم تجزي الاعتاق لا ينافي استحقاق حرية الثلث بنفس التدبير عندهما ايضا ولئن سلم استحقاق المدبر والمدبرة بنفس التدبير حرية الكل عندهما فالمراد بقوله لانهما استحقت حرية الثلث ظاهرا بوا انهما استحقتها صحابا من غير ان يلزمها سعاية في ذلك الثلث كما يلزم هما في الثلثين الاخرين وبقوله والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حرية هو ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حرية مجانا بخلاف ما لا يستحق حرية اصلا ولكن يلزمه اذا مال السعاية فانه يجوز ان يستلزم المال بمقابلته ولا يخفى ان هذا المعنى يتمشى على اصل ابي حنيفة واصل ابي يوسف ايضا تفكر تفهم قوله وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال وكذا ربوا قال صاحب العناية في شرح هذا المحل القياس ان لا يجوز لان هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال بما هو مال لان الاجل ليس بمال والدين مال وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة واذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلا عن الف وذلك ربوا انتهى وقال بعض الفضلا اشار بقوله وذلك في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز الى قوله اعتياض عما ليس بمال بما هو مال لكنه منقوض بالمهر فان المال المقابل بالطلاق الا ان يقال ذلك على خلاف القياس بالنص انتهى اقول ليس ذلك منقوضا بالمهر والمال المقابل بالطلاق لان المراد بعقد المعاوضة في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز ما ذكر العوض فيه بالايجاب والقبول بطريق الاصالة فيخرج منه النكاح والطلاق على مال ونحوهما لان ذكر العوض فيهما ليس بطريق الاصالة وقد صرح الشراح بمثل هذا

وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به فاعطي له حكم المال وبدل الكتابة مالا من وجه حتى لا تبطل الكفالة به فاشبه كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على ما بيناه في صدر كتاب المكاتب حيث قالوا ورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان

قال واذا اقر الاول لرجل على صاحبه بكذا وقال كان اعتقني على مال وانكر المقر له ذلك فالقول قول المقر مع يمينه لان الكتابة عقد معاوضة فيدعي كل واحد منهما ما يسقط حق صاحبه والظاهر شاهد للمقر لان الاصل عدم الكتابة والعتق على مال فكان القول قوله مع يمينه ولان المقر له يدعي عليه دينا والمقر ينكر ذلك والقول قول المنكر مع يمينه قال واذا كانت الامة بين رجلين فكاتباها او احدهما بغير اذن صاحبه ثم وطئها احدهما فجاءت بولد فادعاه فهو ابنه وعليه نصف عقرها ويسعى هو في نصف قيمة الولد لشريكه ويسعى في نصف قيمة الام لشريكه ان اختار ذلك وان شاء سعت الام في نصف قيمتها لشريكها ولا سعاية على الولد لشريكه في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله عليه نصف قيمة الولد لشريكه ويرجع به على الاب وهو قول زفر رحمه الله وقال الشافعي رحمه الله تسعى الام في نصف قيمتها لشريكها ولا سعاية على الولد لشريكه في قوله الاول وهو قول مالك رحمه الله وقال ابن ابي ليلى رحمه الله تسعى الام في نصف قيمتها لشريكها ويسعى الولد في نصف قيمته لشريكه ولا يرجع الاب على الولد بشيء مما سعى فيه لشريكه وهو قول الثوري رحمه الله وقال ابن شبرمة رحمه الله تسعى الام في نصف قيمتها لشريكها ويسعى الولد في نصف قيمته لشريكه ويرجع الاب على الولد بما سعى فيه لشريكه وهو قول الحسن بن حي رحمه الله وقال الحسن بن زياد رحمه الله تسعى الام في نصف قيمتها لشريكها ويسعى الولد في نصف قيمته لشريكه ويرجع الاب على الولد بما سعى فيه لشريكه ويرجع الولد على الاب بما سعى فيه لشريكه وهو قول ابن شبرمة رحمه الله وقال ابن ابي ليلى رحمه الله ايضا تسعى الام في نصف قيمتها لشريكها ويسعى الولد في نصف قيمته لشريكه ويرجع الاب على الولد بما سعى فيه لشريكه ويرجع الولد على الاب بما سعى فيه لشريكه ويتقاصان وهو قول الحسن بن حي رحمه الله وقال الشافعي رحمه الله تسعى الام في نصف قيمتها لشريكها ولا سعاية على الولد لشريكه في قوله الاول وهو قول مالك رحمه الله وقال ابن ابي ليلى رحمه الله تسعى الام في نصف قيمتها لشريكها ويسعى الولد في نصف قيمته لشريكه ولا يرجع الاب على الولد بشيء مما سعى فيه لشريكه وهو قول الثوري رحمه الله وقال ابن شبرمة رحمه الله

ومحمد في بيع المكاتب كان في تجويز الابطال الكتابة اذا اشترى لا يرضى بكتابته مكاتبا واذا اصاب ولدا له فالثاني واطئ ام ولد لعبده فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عنه بالقيمة فيرد ذلك لا يجب اعتماد عليه للشبهة ويلزمه جميع العقر لان الوطء لا تتجزء حكمه لحدث الغرامتين واذا ثبتت الكتابة وتحررت كلها مكاتبه له فيما يجب عليه نصف بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا يتجزء به المكاتبة ولا شيء يسقط بنصف البدل وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ لان حق المالك عن قيمة قد يظهر فيما حق بسقوط نصف البدل وفي ايفائه في حقهم نظر للمولى وان كان لا يتجزء المكاتبة يسقط بقدر المكاتبة هي التي تعطي العقر لا يختصها فيما بدل اخذها وفي عتق مدبر رجوع في الرقبة والى المولى لتظهر اختصاصه على ما بينا قال ويضمن الاول لشريكه في قيمته قول ابي يوسف نصف قيمته مكاتبا كله يملك نصفا شريكه وهي مكاتبة فيصفه موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك وفي قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فللمزدد يتخير لان قابلها قال ولو كان الثاني لم يطأها ذلك لان وطأه صادف ملكه إلا ان الاول اصاب عقرها فاخذه المولى لان المستولد قد تملكها قبل العجز واما عند ابي حنيفة رحمه الله فلانه بالعجز تبين انه غلبت نفسه من وقت الوطء فتبين انه صادف ملك غيره والبدل يعتمد الملك بخلاف النسب لانه يعتمد العقر وهي ام ولد للاول لانه ملك نصيب شريكه وحكم الاستيلاد وهي ما بينا ويصير شريكه بنصف عقر ما وطئها جارية مشتركة ونصف قيمتها كانه ملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة والولد ولد الام ولد لانه صحت دعوته لقيام الفراش في باب البيع الفاسد من ان الروايتين في حق المدبر واما في حق ام الولد فما ثبت من الروايات عن ابي حنيفة انه لا يضمن بالبيع والتعيب لانه لا تقوم لما لتها انتهى اقول لا ضير في مخالفته باذكر في هذا الجواب لانا في ما اسلفنه هناك بتمالا صاحب العناية في باب البيع الفاسد فانه والمالسلفه هناك بتمالا صاحب النهاية الا ان لم اصح هناك تحقيق الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله في ان تقوم ام الولد اذا جنى عليها قال والذي ثبت ام الولد والمدبر في يد المشتري قبل ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه قيمتها وهو رواية عنه انتهى وبهذا الجواب الثاني ابتاه ما تاج الشريعة وصاحب الكفاية وهما لم يذكرا في باب البيع الفاسد عدم تحقق الروايتين عن ابي حنيفة في حق ام الولد واما صاحب العناية فليس بمجيب بهذا الجواب من عند نفسه بل هو نقل محض فلا يناسبنا في ما اختاره هناك قوله وبخلاف بيع المكاتب الخ اخره بهذا جواب عما يقال لما قالتم بفسخ الكتابة فيما لا يتحقق في البيع او بيع المكاتب كما قالتم بفسخ الكتابة ضمنا لصحة الاستيلاد وجه الجواب ان في تجويز البيع ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى بها فيكون مكاتبا وفي ابطالها اضرار بالمكاتب وفي فسخ الكتابة فيما يتضرر به المكاتب لا ضرر بهذا عامة جمهور الشراح في حل مراد المصنف بكلامه هذا عليه وقد ذكر هذا السؤال والجواب صراحة في الكافي بيان قيل تأمل فان صاحب العناية بعد ان ذكر هذا المعنى لكلام المصنف هذا قيل قال ويجوز ان يكون بيانا لقوله وتبقى الكتابة فيما وراء فان البيع وما لا يتضرر به فان المكاتب يتضرر به فتنفسخ الكتابة كما كانت انتهى اقول لا يخفى على من له ذوق صحيح ما فيه من الركاكة من جهة اللفظ ومن جهة المعنى فليتفكر وقال بعض الفضلاء قول المصنف هذا جواب عند عن قياس ابي حنيفة فصل الكتابة المفرقة من ملك الثاني الا ملك الاول على ما بينا وجهه ان في القول بانفساخ الكتابة مطلقا كما فصل بخلاف البيع الذي ذكره لم يقع من ابي حنيفة قط فكيف يكون جوابا عن ذلك قوله وفي الضمين الاول مشتركة في قياس قول ابي يوسف نصف قيمتها مكاتبا الخ قوله فظاهره وبينهما بون اقامها قال صاحب العناية في شرح هذا المقام اذا كاتب الرجلان عبدا بينهما كتابة واحدة ثم اعتق احدهما نصيبه يضمن المعتق شريكه نصف قيمته مكاتبا عند ابي يوسف موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار وعند محمد يضمن الاقل من نصف قيمته مكاتبا ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فالمستردد يتخير وجه قولها ان الولاء يستحق بالعتق فيتبع العتق فيه فيجب قولها لانه متيقن قال صدر الاسلام ولانه لو بقي من البدل درهم يكون حصة نصف درهم وقد تملكها احدهما بالاستيلاد فيستحيل ان يجب عليه نصف القيمة وهو خمسمائة اذا كانت قيمتها الف درهم وقد وصل اليه جميع بدل نصيبه من هذه الرقبة الا نصف درهم فلذا اوجبنا الاقل هذا قولها في المكاتب المشترك اذا اعتق احدهما نصيبه على هذا القياس هو قولها فيما نحن فيه فعند قياس قول ابي يوسف يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة على قياس محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف ما بقي من البدل وجه قد ذكرناه الى هنا كلام صاحب العناية اقول هذا شرح فاسد وتحرير مختل اما اولا فلان قوله اذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم اعتق احدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبا عند ابي يوسف موسرا كان او معسرا خبط فاحش اذ قد صرح في عامة المعتبرات حتى الهداية نفسها فيما سياتي بعد نصف صفحة بان قال ابي يوسف في تلك المسئلة ان يضمن ان شاء قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا او يستسعي العبد ان كان معسرا بناء على انه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار ومن العجائب قول صاحب العناية في الاستدلال على قول ابي يوسف في تلك المسئلة لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار اذ لا يشتبه على احد ان ضمان الاعتاق ضمان اتلاف والتملك لا ضمان التملك اوطم منه قول صاحب الكفاية بصدد شرح قول المصنف هنا لانه

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

قال رحمه الله وإذا مات المكاتب وترك وفاء أو ترك وفاء ومولى الأم فإن ولاء أولاده لمولى الأم وإن ترك وفاء ومولى الأب فإن ولاء أولاده لمولى الأب وإن ترك وفاء ومولى الأم ومولى الأب فإن ولاء أولاده لمولى الأم وإن ترك وفاء ومولى الأم ومولى الأب وولد ولد فإن ولاء أولاده لمولى الأم وإن ترك وفاء ومولى الأم ومولى الأب وولد ولد وولد ولد فإن ولاء أولاده لمولى الأم وإن ترك وفاء ومولى الأم ومولى الأب وولد ولد وولد ولد وولد ولد فإن ولاء أولاده لمولى الأم وإن ترك وفاء ومولى الأم ومولى الأب وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد فإن ولاء أولاده لمولى الأم وإن ترك وفاء ومولى الأم ومولى الأب وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد فإن ولاء أولاده لمولى الأم وإن ترك وفاء ومولى الأم ومولى الأب وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد فإن ولاء أولاده لمولى الأم وإن ترك وفاء ومولى الأم ومولى الأب وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد فإن ولاء أولاده لمولى الأم وإن ترك وفاء ومولى الأم ومولى الأب وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد فإن ولاء أولاده لمولى الأم وإن ترك وفاء ومولى الأم ومولى الأب وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد فإن ولاء أولاده لمولى الأم وإن ترك وفاء ومولى الأم ومولى الأب وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد فإن ولاء أولاده لمولى الأم وإن ترك وفاء ومولى الأم ومولى الأب وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد فإن ولاء أولاده لمولى الأم وإن ترك وفاء ومولى الأم ومولى الأب وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد فإن ولاء أولاده لمولى الأم وإن ترك وفاء ومولى الأم ومولى الأب وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد فإن ولاء أولاده لمولى الأم وإن ترك وفاء ومولى الأم ومولى الأب وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد وولد ولد فإن ولاء أولاده لمولى الأم وإن ترك وفاء ومولى الأم ومولى الأب وولد ولد

وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجزئه حتى يتوالى عليه نجمان يقول لان الواجب في الوقت علقه هذا التركيب ولانه عقد يراد به حتى كان حسنه محمولة حالة الوجوب بعد حلول نجم يتمكن من اداء ما توالى عليه العاقد لان سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز عن اداء نجم واحد يكون اليأس عن اداء النجمين وهذا لان متصوراً في الثاني وصول المال عند حلول نجم قد فات فينفسخ اذا لم يكن قضاه وقد مر في الروم في الثلثة لابد منها لا يكاد يتم الا بها ولهم ان تأخير الاداء ساعة فان الوفي من يبر ان محاسبة لا يجزئ عن نجم فرد فاسقط الاحتجاج بها قال واخر الجزء عند ابي السلطان فجزء موقته بوقت فوجب ان يتقدر بالفائت تحقيقاً للتعجيز من غير حاجة الى القضاء ولهما ان الفسخ لا يعقد لازم قام دليل من القضاء او الرضاء كالرد بالعيب وهذا التقصير قال فان مات المكاتب وترك مالاً فعجز عما عليه من مال وعليه عتقه في آخر جزء من اجزاء حياته فمات ولم يترك وفاء فعند ابي حنيفة رحمه الله يسعى في قيمته لورثته وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يسعى لمولاه وهذا قول زفر رحمه الله وقال الشافعي رحمه الله يبطل الكتابة ويموت عبداً وماله لمولاه وامامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه لان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اتيانه فيبطل قال ان مات المكاتب وترك مالاً فعجز عما عليه من مال وعليه عتقه في آخر جزء من اجزاء حياته فمات ولم يترك وفاء فعند ابي حنيفة رحمه الله يسعى في قيمته لورثته وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يسعى لمولاه وهذا قول زفر رحمه الله وقال الشافعي رحمه الله يبطل الكتابة ويموت عبداً وماله لمولاه وامامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه لان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اتيانه فيبطل وقد مر الاداء لا يخلو اما ان ثبت بعد المماثلة مقصوراً او ثبت بعد مستوفياً وبعد الى الاول لعدم المماثلة والى الثاني تعذر الوفاء والحال يتعذر الوفاء حتى يثبت العجز وكذا انه حقه فيتعلق عتقه ولا يبطل بموت احد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء الحق بل اولى لان حقه الذي من حق المولى حتى يلزم النقض في جانبه والموت انفى لما فيه كيف ومنه للمعارضة

من ادائهم واحد موصولة وان تولية يكون عجز عن اداء النجمين خبران في قوله لان فلا شرط ولا جزاء في الكلام حتى يكون الجملة شرطية **قوله** والآثار متعارضة قال المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان مكاتبته اذا عجزت عن اداء النجم واحد فرد فاسقط الاحتجاج بها هذا جواب من استدلال ابي يوسف باثر علي رضي الله عنه بان الاثر المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما على ما ذكر في الكتاب يعارضه فاسقط الاحتجاج بها اي بالآثار للتعارض لان الآثار اذا تعارضت وجهل التاريخ تساقطت فيصار الى ما بعدها من الدليل وهو القياس وقد تحقق الى آخره سالما عن المعارض فيثبت الفسخ به كذا في غاية الشروح اقول ههنا اشكال لان ما قالاه من الدليل المعقول راجع الى القياس على مقتضى ما ذكروه في كتب الاصول عند بيان انحصار الادلة الشرعية في الاربعة من ان الاستدلال بالمعقول راجع الى القياس وقد صرح به صاحب غاية البيان ههنا حيث قال ان الآثار متعارضة والتاريخ مجهول فيصار الى ما بعدها من الدليل وهو القياس انتهى وقد تقرر في الاصول ايضا ان القياس لا يجري في المقادير ونحن فيه من قبيل المقادير كما افصح عنه كثير من الشراح حيث قالوا وبارد بناه من حديث ابن عمر كالمروي عن النبي عليه السلام لان ما يقوله الصحابي من المقادير يحمل على السماع لانه لا يدرك القياس انتهى فاذا تعارضت الآثار فيما نحن فيه وتساقطت كما قالوا ولم يصح القياس في المقادير كما تقرر في الاصول الفروع فكيف ينتهض ما قالاه من الدليل المعقول الذي مرجعه الى القياس حجة لهما في اثبات ما ذهبا اليه في جواب هذه المسئلة فليتامل **قوله** وقال الشافعي تبطل الكتابة ويموت عبداً وماله لمولاه وامامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه لان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اتيانه فيبطل قال صاحب الغاية في شرح هذا المحل وقال الشافعي تبطل الكتابة ويموت عبداً وماله لمولاه وهو قول زيد بن ثابت رض واستدل لذلك بالمعقول بان المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل والمقصود منها كذلك انتهى ورد عليه بعض الفضلاء بان قوله واستدل لذلك بالمعقول الى آخره لا يطابق الشروح لدلالته على انه استدل باثر زيد وبالمعقول حيث قال المصنف ولان المقصود بالواو العاطفة انتهى اقول بل هو مطابق للشروح فان الواو في قوله واستدل العطف ايضا والمعطوف عليه معنى قوله وهو قول زيد بن ثابت رض كانه قال احد يقول زيد بن ثابت واستدل لمدعاه بالمعقول ايضا كما ان قول المصنف ولان المقصود بالكتابة عطف على معنى قوله وامامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه كانه قال الاثر زيد بن ثابت ولان المقصود بالكتابة الى آخره والعطف بحسب المعنى شائع في كلام الثقات وقد صرح بجواز ذلك كثير من المحققين في مواضع شتى من كتب البلاغة فتطابق الشرح والمشروح في حاصل المعنى كما ترى ثم ان ذلك البعض قال والموافق للشروح فتبطل الكتابة لان العقود انما شرعت لاحكامها فبطلان الحكم يلزمه بطلان العقد انتهى اقول هذا الكلام خال عن التحصيل لانه كان مدار رده على صاحب الغاية بعدم مطابقته شرحه للمشروح على تحقق الواو العاطفة في المشروح وعدم تحققه في الشرح على زعمه ولم يتحقق ذلك فيما ذكره نفسه قطعا فانه قال لان المقصود الى آخره بدون الواو العاطفة فما معنى عدم مطابقته ذلك للمشروح وموافقته هذا اياه وايضا ان النفي في قوله فتبطل الكتابة مما لا محل له في المشروح كما لا يخفى على الفطن الناظر في عبارة المشروح **قوله** بل اولى لان حقه اكد من حق المولى قال صاحب العناية بل اولى يجوز ان يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب كموت العاقد لان العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد ووجه ذلك ان الموجب لبقاء العقد بعد موت العاقد ههنا انما هو الحاجة والحاجة الى ذلك بعد موت المكاتب اولى من حيث المقتضي والمانع الى آخره اقول لا يذهب على ذوي فطرة سليمة ان قول المصنف هذا انما هو لمجرد المبالغة في تحقق الجامع المذكور في جانب المقيس وهو موت المكاتب من المتعاقدين ولا وجه لتجويز كونه جوابا عما يقال من طرف الخصم ليس موت المكاتب كموت العاقد لان العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد لان الجواب عنه انما يتصور بمنع كون المكاتب

فينزل حيا تقديرا او يستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون اداؤه خلفه كاداء ورثته وكل ذلك ممكن على ما عرف تمامه في الخلافيات قال وان ترك وفاء ذكر او ولدا مولودا في الكتابة سعى في كتابة ابيه على نجومه فاذا ادى حكمنا بعتق ابيه قبل موته وعتق الولد لان الولد داخل في كتابته وكسبه كسبه فيخلفه في الاداء وصار كما اذا ترك وفاء وان ترك ولدا مشتريا في الكتابة قيل له ابدا ان تؤدي بدل الكتابة حالة او تؤدي نجما عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يؤدي به الى اجل اعتبارا بالولد المولود في الكتابة والجامع انه مكاتب عليه بتعاله وهذا على الموالي اعتاقه بخلاف سائر اكسابه وكما في حنيفة رحمه الله هو الفرق بين الفصلين ان الاجل ثبت شرطا في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشتري لم يدخل لانه لم يضف اليه العقد وكما سيأتي حكمه اليه لانفصاله بخلاف المولود في الكتابة لانه متصل وقت الكتابة فسري الحكم اليه وحيث دخل في حكم سعى في نجومه فان اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما حكم بحريته في آخر جزء من اجزاء حيوته حكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لانه تبع لابيه في الكتابة فيكون هذا احراما يورث عن حر وكذلك ان كان هو وابنه معا كاتبين كتابة واحدة لان الولدان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخصين واحد فاذا حكم بحرية الاب يحكم بحريته في تلك الحالة على ما مر قال فان مات المكاتب وله ولد من حرة وكل دينا وفاء لكتابته فجني الولد فقضي به على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب نفسه معقودا عليه بيان المعقود عليه بما هو سلامة بالاية البدل لما مر حواية المصنف لم يتعرض في كلامه هذا لمنع ذلك قط ولا لبيان ان الاصح وعليه اذا فلا مجال لان يكون كلامه هذا جوابا عن ذلك السؤال لان بطلان العقد سبب لاسقاط المعقود عليه ومحمع عليه لا يحمل جوازه يكون الحاجة ادعى الى ايفائه بعد ان ملك المعقود عليه فلا يفيد المقدمات المذكورة ههنا شيئا في دفع ذلك السؤال اصلا ثم ان بعض الفضلاء تبع غيا جوزه صاحب العناية من كون كلام المصنف هذا جوابا عما ذكر بوجه آخر حيث قال نفع الكيلوعن بعد قوله لا يحمل بموت احد المتعاقدين فكذا بموت الآخر فانه صريح في عدم كون المكاتب معقودا عليه اللهم الا ان يحمل على الكلام التنزلي انتهى اقول ليس بتمام لان كون قوله لا يحمل بموت احد المتعاقدين فكذا بموت الآخر صريحا في عدم كون المكاتب معقودا عليه ممنوع لاحتمال ان يكون المكاتب مع كونه احد المتعاقدين معقودا عليه ايضا لوقوع العقد على نفسه الا يرى الى قولهم في تصوير مسئلة كتابة العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه غائب بان يقول العبد كاتبتني بالف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب ولكن سلمنا كونه صريحا في ذلك فعدم كون المكاتب معقودا عليه عندنا لا يستدعي عدم كونه كذلك عند الخصم ايضا والسؤال المذكور انما يتوجه من قبل الخصم فلو قصد المصنف بقوله بل الاولى الجواب عنه لم يكن منافيا لقوله السابق بل يكون مقررا له فلا احتياج الى التنزل بل لا معنى لا يظهر ذلك كله بالتامل الصادق قوله فينزل حيا تقديرا او يستند الحرية باسناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون اداؤه خلفه كاداء نفسه هذا اشارة الى الجواب عما ذكره الخصم من الترديد بوجهين ذهب الى كل واحد منهما جماعة من اصحابنا احدهما انه يعتق بعد الموت بان ينزل حيا تقديرا كما انزلنا الميت حيا في حق بقاء التركة في حق ملك فيما اذا كان عليه دين مستغرق وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا في الثالث وكما قدرنا المولى حيا وماكا ومتقاضيا في فصل موت المولى وثانيهما انه يعتق في آخر جزء من اجزاء حيوته بان يستند الحرية باسناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويجعل اداؤه خلفه كاداء نفسه هذا زبدة ما في شروح هذا الكتاب وغيرها في هذا المقام ثم اقول من العجائب ههنا ان صاحب الاصلاح والايضاح بدل كلمة او في او يستند الحرية بكلمة الواو وقال في شرحه في اثناء تقرير تعليل المستثنى في هذه المسئلة فينزل حيا تقديرا او يستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت وقال في حاشيته على قوله ويستند الحرية هذا من تمام التعليل فمن قال او يستند فقد اخطا انتهى وفسر القائل في حاشيته صغرى كصاحب الهداية ولا يخفى على الناظر في شروح الهداية وغيرها من الكتب المبسوطة ان المحشي هو هذا المخطي فان المقصود من كلمة او هو الاشارة الى المسلكين المختلفين المتباينين في اثبات قولنا المستثنى في مسئلتنا هذه فحق التعبير ان يذكر كلمة او دون كلمة الواو ولعل منشأ غلط ذاك المخطي انه زعم ان قول صاحب الهداية او يستند الحرية الى آخره معطوف على اول التعليل وهو قوله ولنا انه عقد معاوضة فحكم بانه من تمام التعليل المذكور فكيف يعطف عليه بكلمة او ولا يخفى انه معطوف على قوله فينزل حيا تقديرا وانه لا محذور في اتمام التعليل باحد الامرين بل فيه تربية الفائدة بتوسيع الدائرة قوله ولا سري حكمه عليه لانفصاله قال المعقول الفضلاء فيه بحث انتهى اقول الظاهر ان مراده بالبحث هو انه لو لم يسر حكم عقد الكتابة اليما دخل في كتابته بقدر ما في اول فصل من باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله انه اذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته وايضا لو لم يسر حكمه اليه لما عتق اباه او ابدل الكتابة حالا لكنه ساقط بوجهيه لما سقوط وجهه الاول فلان قوله المشتري في كتابته ابيه ليس لسراية حكم عقد الكتابة الذي جرى بين المكاتب ومولاه اليه بل لتحمل المكاتب مكاتبا لولده باشتراء اياه تحقيقا للمماثلة بقدر الامكان كما ان احراز اشترى ولده يصير متقاضيا له بالاشتراء واما سقوط وجهه الثاني فلان عتق الابن المشتري عنده باداء بدل الكتابة حالا ليس لاجل السراية ايضا بل لصيرورة المكاتب اداؤه بمنزلة من اداه فعلا وقد صح عنه صاحب الكافي حيث قال وان كان فيها ان يباع بعد موته لفوات المتبوع ولكن اذا تعجل صار كانه ما عجز قط انتهى فتدبر قوله وان ترك المكاتب وله ولد من حرة الى آخره قال صاحب العناية ذكر هذه المسئلة والتي بعدها لبيان الفرق بينهما اقول هذا كلام لا حاصل له لان الفرق متحقق بين كل مسئلتين وان لم تكونا مسئلتين بل صارتا مسئلة واحدة فضلا عن مسئلتين اذا ذكرتا

لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة كان من قضيتها الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم لكن على وجه يحتمل ان يعتق فيجر الولاء الى موالي الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا وانما خصم موالي الام دون موالي الاب لانه قضى به لموالي الام لهو قضاء بالعجز لان هذا اختلاف في الولاء متمحض اوذلك يبتنى على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا انفسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالي الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالي الاب وهذا افصل يحتمل فيه وينفذ ما يدانيه من القضاء فلهذا كان تعجيزا قال وما ادى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك فان العبد يملك صدقة والمولى عوضا عن العتق واليه وقعت الاشارة النبوية في حديث بريرة رضي الله عنها هي لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا اباح للفقير والهاشمي كان المباح له يتناوله على ملك المبيح فلم يتبدل الملك فلذا تطيبه ونظيره المشتري شراء فاسدا اذا اباح لغيره لا يطيب له ولهم ملكه يطيب ويعجز قبل الاداء الى المولى فكذلك الجواب هذا عند محمد رحمه الله ظاهر لان بالعجز يتبين الملك عنده وكذا عند ابي يوسف رحمه الله لان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده

تتمة يعرف الفرق بينهما فائدة تخصيص علية بيان الفرق مكررا بين المسئلتين فان قيل الفرق بين المسئلتين ظاهر لكان بينهما فرق فيما ذكر اجيب عليه بان هذا الفرق ايضا متحقق في كثير من المسائل لكن لم يتعرض لتخصيصه وانما لو كان في ذكرها المجرد بيان الفرق بينهما لما استحقت هذه العلة ذكرا منفردة عن الاخرى لان كل واحدة منهما مسئلة مهمة مقصودة بالذكر والبيان على ان الفرق بين مفهومي هاتين المسئلتين ظاهر غني عن البيان وانما المحتاج الى البيان هو الفرق بين علتيهما وبيان الفرق بين علتيهما انما وقع في الهداية وهاتان المسئلتان بانفسهما مذكورتان في الداية ايضا بدون بيان العلة فلم يكن في ذكرها البيان الفرق بينهما بل كان لبيان حكمهما في انفسهما وبيان الفرق بينهما من حيث ان حكم كما في سائر المسائل قوله لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان فيها من قضيتها الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم على وجه يحتمل ان يعتق فيجر الولاء الى موالي الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا قال صاحب العناية في حل هذا المحل لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة وكل ما يقرر شيئا لا يبطله اما انه يقرر حكم الكتابة فلان الكتابة تستلزم الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم على وجه يحتمل ان يعتق المكاتب فيجر ولاء ابنه الى موالي امه لان الولاء كالنسب والنسب انما يثبت من قوم الام عند تعذر اثباته من الاب حتى لو ارتفع المانع من اثباته منه كما اذا كذب الملاعن نفسه عاد النسب اليه فكذا الولاء وكان ايجاب العقل من لوازمها وثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه واما ان كل ما يقرر شيئا لا يبطله فلما يعود على موضوعه بالنقض انتهى كلامه قلت تقريره نوع اشكال على طريقة اهل المعقول فان قوله وثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه ممنوع اذ لا يلزم من ثبوت اللازم ثبوت الملزوم يجوز ان يكون اللازم اعم من الملزوم والاشكال انما يتحقق الخاص والظاهر فيما نحن فيه عموم اللازم لان ايجاب العقل على موالي الام يتحقق في صورة ان يقضي بعجز المكاتب كما يتحقق في صورة ان يبقى على كتابته فلا يتم التقريب ثم اقول يمكن دفعه بان اللازم ههنا ليس مطلق ايجاب العقل على موالي الام بل ايجابه عليهم على وجه يحتمل ان يعتق المكاتب فيجر ولاء ابنه الى موالي امه ايجابه عليهم على ذلك الوجه لازم مساو لصورة ابقاء الكتابة اذ في صورة القضاء بالعجز ينتفي هذا اللازم بانتفاء جزئه وهو احتمال جر الولاء كما صرح به في المسئلة الآتية لكن يبقى ههنا شيء وهو ان لنا ان نمنع ثبوت هذا اللازم المقيد فيما نحن فيه لان ثبوته فيه يتوقف على ان لا يكون القضاء بموجب جناية الولد على عاقلة الام قضاء بعجز المكاتب وهو اول المسئلة فلا يخلو التعليل المذكور عن نوع المصادرة فتامل قوله وما ادى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك وتبدل الملك بمنزلة تبدل العين في الشريعة كذا في الكافي وعامة الشروح فان قيل ان ملك الرقبة كان للمولى فكيف يتحقق تبدل الملك قلنا ملك الرقبة للمولى كان مغلوبا في مقابلة ملك اليد للمكاتب حتى كان للمكاتب ان يمنع مولاه عن التصرف في ملكه ولم يكن للمولى ان يمنع المكاتب عن التصرف في ملكه ثم بالعجز ينعكس الامر وليس هذا الا تبدل الملك للمولى كذا قالوا جمهور الشراح واعترض صاحب العناية على هذا الجواب حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب فيه نظر لانا لا نسلم ان ذلك تبدل ملك ان كان فلا نسلم ان مثله بمنزلة تبدل العين انتهى وقصد الشارح العيني دفع ذلك فقال قلت اول كلامه ممنوع مجرد الثاني دعوى بلا برهان انتهى اقول ليس هذا بشيء فان المنع بمجرد المنع مع السند كلاهما من دأب المناظرين غاية الامر ان الثاني اقوى من الاول فلا يفيد قوله اول كلامه ممنوع مجرد واما قوله الثاني دعوى بلا برهان فغير سديد اذ لا دعوى له في الثاني بل هو ايضا منع مجرد كما ترى فلا يلزمه البرهان ثم العجب ان يقال ان منع التبدل ممكن اذ لا شك ان الانعكاس يقتضي التبدل بل هو عين التبدل ان منع كون مثل هذا التبدل بمنزلة تبدل العين ساقط لان كونه بمنزلة تبدل العين انما هو في حكم الشرع دون الحقيقة وكونه بمنزلة ذلك في حكم الشرع منصوص عليه من قبل اهل الشرع فلا مجال للمنع ثم قال صاحب العناية والعجب الاول ان يقال المولى لم يكن له ملك اليد قبل العجز وحصل به وكان تبدل انتهى ورد عليه الشارح العيني بانه ان لم يكن له ملك يد فله ملك رقبة اقول هذا ايضا كلام لغو اذ ان يكون له ملك رقبة قبل العجز لا ينافي تحقق التبدل بالنظر الى ملك اليد وهو كاف في كون ما ادى الى المكاتب من الصدقات طيبا للمولى كما صرح به الصواب في الرد عليه ههنا ان يقال هذا الذي ذكره في بيان الجواب الذي اختاره جمهور الشراح واورده هو المنظور عليه في ذلك الجواب من المزية وهي الاشارة الى وجه اعتبارهم تبدل الملك لا دون بقاء ملك الرقبة بان

لانه اخبث في نفس العصد قد وانما الخبث في فعل الاخذ لكونه اكلا له فذ يوجد خبث لذاته بمعنى زيادة حرمته وللاخذ ليوجد من المولى فساد كان السبب الذي وجد له الفساد الا ان يقال الخبث في نفس العصد قد انما انعدم من العصد قد حيث يطيب لهما وعلى هذا الحق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في يده وقال زفر الخبث العصد قد والفساد لا يستغني وقد مر في زيادة

وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له دون مولاه وسببه العقد وهذا بقال ولاء الموالاة والحكم يضاف الى سببه والمعنى فيهما التناصر كانت العرب تتناصر باشياء وقرب النبي عليه السلام تناصرهم بالولاء بوعيه فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهما كانا قبل الموالاة بالحلف **قال** واذا عتق المولى مملوكه فولاؤه له لقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق

ان لان الولاء المشتق من الولى الذى هو القرب لا يكون عبارة عن النصرة والمحبة بل يكون عبارة عن القرابة لان الاشتقاق ان تجد بين اللفظين تناسبا في اللفظ والمعنى ولا تناسب في المعنى بين الولى الذى معناه القرب وبين الولاء بمعنى النصرة والمحبة والتناسب في اللفظ والمعنى بين الولى بمعنى القرب وبين الولاء بمعنى القرابة وعن هذا قال في الكافي والكفاية هو من الولى بمعنى القرب ويقال بينهما ولاء اى قرابة ومنه قوله عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب وصلة كوصلة النسب انتهى فالولاء الذى يكون عبارة عن النصرة والمحبة انما يشتق من الولاية بالفتح بمعنى النصرة وعن هذا قال في النهاية ومعراج الدراية بعد بيان كون الولاء في اللغة مشتقا من الولى بمعنى القرب وقيل الولاء والولاية بالفتح النصرة والمحبة الا انه اختص في الشرع بولاء العتاقة وولاء الموالاة انتهى وقال في التبيين هو من الولى بمعنى القرب فهو قرابة حكمية حاصلة من العتق او الموالاة ثم قال ومن الموالاة وهي مفاعلة من الولاية بالفتح وهو النصرة والمحبة الا انه اختص في الشرع بولاء العتاقة وولاء الموالاة انتهى فقد ظهر ان قول صاحب العناية الولاء في اللغة عبارة عن النصرة والمحبة وهو مشتق من الولى وهو القرب خلط بين المعنيين واخلال بحق البيان **قوله** وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له انما قيد بقوله في الصحيح احترازا عن قول اكثر المتأخرين فانهم يقولون سببه الاعتاق ويستدلون بقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق ولكنه ضعيف فان من ورث قريبه فعتق عليه كان ولاؤه له ولا اعتاق هناك فالصحيح ان سببية العتق على ملكه لا يرى انه يقال ولاء العتاقة ولا يقال ولاء الاعتاق والحكم يضاف الى سببه واما قوله عليه السلام الولاء لمن اعتق فالمراد به ان الولاء بسبب العتق لا بسبب الاعتاق فان في الاعتاق عتقا ويزيد على العكس بزيادة ما في جملة الشروح هنا وقال في البدائع اما سبب ثبوته فالعتق سواء كان العتق حاصلا بصنعه وهو الاعتاق او بما يجرى مجرى الاعتاق شرعا كشراء القريب وقبول الهبة والصدقة الواجبة او بغير صنعه بان ورث قريبه سواء اعتقه قطوعا او عن واجب عليه كالاعتاق عن كفارة القتل والظهار والافطار واليمين والنذر وسواء كان الاعتاق بغير بدل او ببدل وهو الاعتاق على مال سواء كان منجزا او معلقا بشرط او مضافا الى وقت وسواء كان صريحا او بما يجرى مجرى الصريح او كناية ويجرى مجرى الكناية ذكر العتق احاصل بالتدبير والاستيلاد والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق من غير فصل الى هنا لفظ البدائع اقول كون الحديث المذكور اصلا في حق الصور المذكورة كلها محل نظر فان في صورة ان كان العتق حاصلا بغير صنعه كما اذا ورث قريبه لا يوجد الاعتاق فلا يندرج تحت قوله عليه السلام الولاء لمن اعتق فليتأمل في الدفع **قوله** والمعنى فيهما التناصر قال صاحب العناية قوله والمعنى فيهما التناصر بيان مفهومهما الشرعي انتهى اقول فيه بحث اذ ليس مفهومهما الشرعي مطلق التناصر بل تناصر يوجب الارث والعقل كما صرح به الشارح المزبور وغيره وبهذا الحصر يمتاز مفهومهما الشرعي عن مفهومهما اللغوي كما عرفت فلو كان مراد المصنف بقوله المذكور بيان مفهومهما الشرعي لما اطلق التناصر بل خصصه بما هو معتبر في مفهومهما الشرعي على انه لو كان مراده بيان مفهومهما لغويا كان او شرعيا لقال ومعناهما التناصر دون ان يقول والمعنى فيهما التناصر كما لا يخفى على من له ادنى دربة باساليب الكلام والحق ان مراد المصنف بقوله المذكور بيان المقصود منهما لا البيان بمفهومهما عن هذا قال صاحب الكافي بدل قول المصنف والمعنى فيهما التناصر والمطلوب بكل واحد منهما التناصر كما قال في المبسوط ايضا كذلك على ما مر تبرر شد **قوله** واذا عتق المولى مملوكه فولاؤه له لقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق قال صاحب العناية وجه الاستدلال ان الحكم اذا رتب على مشتق دل على ان المشتق منه علة لذلك الحكم انتهى اقول لا يذهب على من له ادنى تأمل ان حمل هذا الوجه ليس بسديد اذ لا شك ان المطلوب بهذه المسئلة بيان ان للمولى الاعلى ولاء الموالاة والوجه المذكور انما يفيد الثاني دون الاول فالاولى ان يقال المطلوب بوجه الاستدلال ان منا بوان لام الجنس في قوله عليه السلام الولاء لمن اعتق لاستغراق

لقوله عليه السلام

ولان التناصر به فيتقلد وقد احياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولادة ولان الغرم ولذا لك المرأة تعتق لما روينا ومات معتق لابنة حرة رضعها وعن بنت فجعل النبي عليه السلام المال بينهما نصفين ويستوي فيه الاعتاق بمال وبغيره لاطلاق ما ذكرناه **قال** فان شرط انه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن اعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح **قال** واذا ادى المكاتب عتق والولاء للمولى وان عتق بعد موت المولى لانه عتق عليه بما باشر من السبب وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب وكذا العبد الموصى بعتقه او بشرائه وعتقه بعد موته لان فعل الوصي بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه وان مات المولى عتق مدبره وامهات اولاده لما بينا في العتاق وولاؤهم له لانه اعتقهم بالتدبير والاستيلاد ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه لما بينا في العتاق وولاءه له لوجود السبب وهو العتق عليه

في قوله لمن اعتق تدل ان على ان جنس الولاء لمن اعتق دون غيره كما قالوا في قوله تعالى الحمد لله تدل بلامي الجنس والاختصاص على اختصاص جنس المحامد بالله تعالى ثم قال صاحب العناية فان قيل الاستدلال به على هذا الوجه ينافض جعل العتق سببا لان اعتق مشتق من الاعتاق فالجواب ان الاصل في الاشتقاق هو مصدر الثلاثي وهو العتق انتهى كلامه اقول في جوابه نظر لان كون مصدر الثلاثي اصلا في الاشتقاق لا يستدعي كونه اصلا في العلية لترتب الحكم على المشتق من المزيد عليه كما في ايمانكم فان كثيرا من مصادر المزيدات يصلح علة لما لا يصلح له مصادر الثلاثي الا يرى ان الاعتاق مثلا يكون علة للعتق ولا ريب ان العتق لا يكون علة لنفسه فلا يخلو ذلك من الصور ورد السؤال على العلية فلا يدفعه الجواب المزبور **قوله** ولان التناصر به فيعتقله او قد احياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولادة قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قوله ولان التناصر اي بسبب الاعتاق دليل على الاثرين الثابتين وهو العتق والميراث وتقريره المولى ينتصر بالعبد بسبب العتق ومن ينتصر شخص يعقله لان الغنم بالغرم فحيث ينتصر بغرم عقله المولى احياه معنى بازالة الرق عنه لان الرقيق هالك حكما الا ترى انه لا يثبت في حقه كثير من الاحكام التي تعلقت بالاحياء نحو القضاء والشهادة والسعي الى الجمعة والخروج الى العيدين واشباه ذلك وبالاعتاق يثبت هذه الاحكام في حقه وكان احياه اي احياء غيره معنى ومن احياه غيره معنى ورثه كالوارث فيصير الولاء الولاء يوجب الارث فكذلك الولاء انتهى كلامه اقول في اوائل تقريره الدليل خلل لانه اعتبر النصر في جانب المولى بمعنى العتق والانتصار في جانب المولى بمعنى المعتق بالكسر كما لا يخفى على من تامل في بسط كلامه سيما في قوله فحيث ينتصر بغرم عقله والظاهر ان الامر بالعكس اذ المعتق بالفتح ينتصر بمعتق بالكسر حيث ينال شرف الحرية بسبب اعتاق ذلك اياه فهو المناسب والمناسق قد استدل على ان من ينتصر شخص بعقله بان الغنم بالغرم وليس بصحيح لانه ان رجع ضمير الفاعل المستتر في تعقله اي من ينتصر كما هو الظاهر من سوق كلامه لم يصح المدعى في نفسه ومع ذلك لا يطابق الدليل المذكور اما عدم صحة المدعى في نفسه فلان العاقل في الشرع هو الناصر لا المنتصر على ما تقرر في موضعه واما عدم مطابقة الدليل المذكور اياه فلان المدعى حينئذ وجوب العقل الذي هو الغرم بالانتصار الذي هو الغنم والدليل المذكور انما يفيد عكس ذلك فالدليل المطابق له عكس ما ذكر هو الغنم بالغرم كما ينبئ عنه الحديث الشريف على ما ذكر في كتب الحديث ومر في هذا الكتاب ايضا في باب النفقة من كتاب الطلاق وان رجع ذلك الضمير الى شخص في قوله من ينتصر شخص لم يصح الدليل المذكور ايضا لان الغانم هو المنتصر شخص والغارم هو ذلك الشخص الناصر فلم يجتمع الغنم والغرم في شخص واحد حتى يصح الاستدلال بان الغنم بالغرم اذ لا شك ان غنم شخص لا يصير سببا لغرم شخص آخر والا لكان العكس ثم اقول الصواب ان مراد المصنف رح بقوله ولان التناصر به فيعقله هو ان العتق بالفتح ينتصر بمعتق بالكسر سبب اعتاقه اياه فيعقله اي فيتقبل المعتق بالكسر العتق بالفتح بناء على ان دار العقل ان يكون ناصرا كما تقرر في كتاب المعاقل حيث صرحوا فيه بان وجه ضم العاقلة الى الجاني في الدية دون غيرهم هو ان الجاني انما قصر قوة فيه قوتك بانصارهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا بالضم اليه **قوله** ولان الغنم بالغرم قال صاحب العناية قوله ولان الغنم بالغرم يخدم الوجهين المذكورين اقول يمكن ان يقال ان الوجه الاول من الوجهين المذكورين هو الذي يناسب ما ذكره من التعليل لا الثاني انتهى كلامه اقول يمكن ان يقال ان الوجه الاول انما يناسب ما ذكره من التعليل اذا حمل قول المصنف رح ولان التناصر به فيعقله مسببا على كون الغنم بالغرم كما عرفت وكيف يتاتى ذلك على ما ذكره من ان الواو في قول المصنف رح ولان الغنم بالغرم للعطف في قول المصنف رح ولان الغنم بالغرم للاستئناف على الوجه الاول العطف يقتضي المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه على انا لو سلمنا قول المصنف رح ولان الغنم بالغرم يخدم الوجهين وسلمنا ان المعنى ان ما ذكره من التعليل يناسب الوجه الاول لا نسلم انه يناسبه فقط لانه ربما يناسب الوجه الثاني ايضا لان ما ذكره من التعليل يؤدي الى الدور كما لا يخفى فالعتاب عندي ان قول المصنف رح ولان الغنم بالغرم دليل على الوجه الثاني فقط وهو الارث معطوف بحسب المعنى على قوله وقد احياه معنى بازالة الرق وكانه قال لانه احياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ولان الغنم بالغرم فحيث ينتصر بغرم عقله يرث ماله كما ان قوله فيما سيأتي ومات معتق لابنة حمزة الى آخره معطوف على قوله لما رويناه معنى كما صرح به الشارح رح المزبور وغيره هناك ونظائر هذا اكثر من ان تحصى

واذا تزوج عبد رجل امة لآخر فاعتق مولى الامة الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام لانه عتق على عتق الام مقصودا اذ هو جزء منها يتقل الاعتاق مقصودا لا ينتقل ولانه عتق على عتق الام تبعا للام لانه لا يتصل به بعد عتقها فصيرها في الولاء كالمكاتبة وقت الاعتاق حتى يتعتق مقصودا اذا اعتق الاب جده الاب وولاء ابنه واشتمل عن موالي الام الى موالي الاب لان العتق ههنا في الولد ثبت تبعا للام مجلاف الاقاوة وهذا لان الولاء بمنزلة النسب قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم النسب الى الاباء فكذلك الولاء والنسبة الى موالي الام كانت لعدم اهلية الاضرورة فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه بمنزلة ولد الملاعنة ينسب الى امه خاصة ضرورة فان اكذب الملاعن نفسه كنسب ليه بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة عن موت او طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت والطلاق حيث يثبت الولد موالي الام ان اعتق مولى الام فان اعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت والطلاق البائن الرجعي الى انه يصير مراجعا بالشك فاسند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند اعتاق الام فعتق مقصودا ومن عتق مقصودا لا ينتقل ولاؤه كما تقدم حتى لو اعتق الاب بعد ذلك لا يجر ولاء ابنه الى موالي نفسه وان كانت الولادة بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر بل يكون ولاء الولد لموالي امه وان اعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت لاستحالته من الميت والى ما بعد الطلاق اذا كان بائنا فلحرمة الوطء بعده واما اذا كان رجعيا فلما يصير مراجعا بالشك فاسند الى حالة النكاح فكان الحمل موجودا عند اعتاق الام فعتق مقصودا فلا ينتقل انتهى وادى صاحب العناية ايضا هذا المعنى ولكن بطريق النقض والجواب حيث قال ونوقض قوله فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه بما اذا اعتقت المعتدة عن موت بان كان كانت الامة امرأة مكاتب فمات عن وفاء واعتقت المعتدة عن طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت او الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالي الام لم ينتقل عنهم وان اعتق الاب والجواب ان العود اليه يعود الاهلية ولم يثبت ههنا العتق للاب الاهلية لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت وهو ظاهر والى ما بعد الطلاق البائن لحرمة الوطء وكذلك بعد الطلاق الرجعي لما انه يصير مراجعا بالشك لانه اذا جاءت به لاقل من سنتين احتمل ان يكون موجودا عند الطلاق فلا حاجة الى اثبات الرجعة لثبوت النسب واحتمل ان لا يكون فيحتاج الى اثباتها ليثبت النسب واذا تعذر اضافته الى ما بعد ذلك اسند الى حالة النكاح فان كان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا ومن عتق مقصودا لا ينتقل ولاؤه كما تقدم انتهى كلامه اقول مدار الكلام على ان يكون قول المصنف رح بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة عن موت او طلاق الى آخره متعلقا بقوله فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه لكنه محل بحث فان العود انما يتصور فيما اذا ثبت الولاء اولا للمولى الام ثم انتقل الى موالي الاب بصيرورته اهلا وهذا انما يتحقق فيما اذا تقدم عتق الام على عتق الاب ولا يخفى ان عتق الاب مقدم على عتق الام في صورة ان اعتقت المعتدة عن موت اذ لا مجال لاحداث العتق في الميت فلا يتصور في ما نحن فيه هذه الصورة العود اصلا فلا يتوهم بها النقض اصلا على قوله فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه حتى يحتاج الى دفعه بقوله بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة عن موت وبالجملة الاساس لتلك الصورة اصلا بمسئلة انتقال الولاء بالجر بخلاف الصورة الثانية وهي ما اذا اعتقت المعتدة عن طلاق فانه يجوز هناك ان يقع عتق الاب بغير عتق الام فتصير منظنة النقض بها على مسئلة جر الولاء فيحسن تدارك دفعه فان قلت قد تدارك

قوله واذا تزوج عبد رجل امته لآخر فاعتق مولى الامة الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه ابدا هذا لفظ القدوري قال المصنف رح في تعليله لانه عتق على عتق الام مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه خلافا بما رويناه وقال الشراح انما صار الحمل معتقا مقصودا لان المولى قصد اعتاق الام والقصد اليها بالاعتاق قصد الى جميع اجزائها والحمل جزء منها فصار معتقا مقصودا انتهى اقول يرى المخالفة بين ما ذكروا ههنا وبين ما ذكره المصنف رح في كتاب العتاق فانه قال هناك وان اعتق حاملا اعتق حملها تبعا لها اذ هو متصل بها انتهى والظاهر منه ان يصير الحمل معتقا تبعا البتة لا مقصودا فليتامل في التوفيق **قوله** فان اعتق الاب جر الاب ولاء ابنه المنتقل عن موالي الام الى موالي الاب قال في الكافي فان قيل الولاء كالنسب والنسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته فكذا الولاء يجب ان لا ينفسخ بعد ثبوته قلنا لا ينفسخ ولكن حدث ولاء اولى منه فقدم عليه كما نقول في الاخ انه عصبة بي فاذا حدث من هو اولى منه في الارث لا يبطل تعصيبه ولكن تقدم عليه انتهى وذكر في غاية البيان ايضا هذا السؤال والجواب نقلا عن الشيخ ابي نصر اقول في الجواب اشكال وهو انه لو لم ينفسخ الولاء بل قدم عليه ولاء اولى منه في الارث لزم ان يرث موالي الام عند انقطاع موالي الاب بعد انتقال الولاء عن موالي الى موالي كما هو الحال في العصبة الادنى عند انقطاع العصبة الاولى منه كالاخ عند عدم الابن والاب ولم يرد اعن احد ان يرث موالي الام بالولاء في حال بعد ان انتقل عنهم الولاء بالجر **قوله** بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة عن موت او طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت او الطلاق الى آخره قال صاحب النهاية ومعراج الدراية قول المصنف رح هذا الى آخره يتعلق بقوله فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه يعني اذا ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر ثم اعتق العبد يجر ولاء ابنه من موالي الام الى موالي نفسه بخلاف ما اذا ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر ثم اعتق بعد موت او طلاق حيث لا يجر ولاء ابنه الى موالي نفسه وان كانت الولادة بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر بل يكون ولاء الولد لموالي امه وان اعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت لاستحالته من الميت والى ما بعد الطلاق اذا كان بائنا فلحرمة الوطء بعده واما اذا كان رجعيا فلما يصير مراجعا بالشك فاسند الى حالة النكاح فكان الحمل موجودا عند اعتاق الام فعتق مقصودا فلا ينتقل انتهى واورد صاحب العناية ايضا هذا المعنى ولكن بطريق النقض والجواب حيث قال ونوقض قوله فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه بما اذا اعتقت المعتدة عن موت بان كان كانت الامة امرأة مكاتب فمات عن وفاء واعتقت المعتدة عن طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت او الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالي الام لم ينتقل عنهم وان اعتق الاب والجواب ان العود اليه يعود الاهلية ولم يثبت ههنا العتق للاب الاهلية لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت وهو ظاهر والى ما بعد الطلاق البائن لحرمة الوطء وكذلك بعد الطلاق الرجعي لما انه يصير مراجعا بالشك لانه اذا جاءت به لاقل من سنتين احتمل ان يكون موجودا عند الطلاق فلا حاجة الى اثبات الرجعة لثبوت النسب واحتمل ان لا يكون فيحتاج الى اثباتها ليثبت النسب واذا تعذر اضافته الى ما بعد ذلك اسند الى حالة النكاح فان كان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا ومن عتق مقصودا لا ينتقل ولاؤه كما تقدم انتهى كلامه اقول مدار الكلام على ان يكون قول المصنف رح بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة عن موت او طلاق الى آخره متعلقا بقوله فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه لكنه محل بحث فان العود انما يتصور فيما اذا ثبت الولاء اولا للمولى الام ثم انتقل الى موالي الاب بصيرورته اهلا وهذا انما يتحقق فيما اذا تقدم عتق الام على عتق الاب ولا يخفى ان عتق الاب مقدم على عتق الام في صورة ان اعتقت المعتدة عن موت اذ لا مجال لاحداث العتق في الميت فلا يتصور في ما نحن فيه هذه الصورة العود اصلا فلا يتوهم بها النقض اصلا على قوله فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه حتى يحتاج الى دفعه بقوله بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة عن موت وبالجملة الاساس لتلك الصورة اصلا بمسئلة انتقال الولاء بالجر بخلاف الصورة الثانية وهي ما اذا اعتقت المعتدة عن طلاق فانه يجوز هناك ان يقع عتق الاب بغير عتق الام فتصير منظنة النقض بها على مسئلة جر الولاء فيحسن تدارك دفعه فان قلت قد تدارك

صاحب العناية ربط الصورة الاولى ايضا بما نحن فيه حيث قال في تصويرها بالكاتبة الامة امرأة مكاتب فمات عن وفاء فاورثها تاخر حق الاب عن حق الام

قلت لا يتيسر التاخير فيما قاله ايضا اذ قد مر في كتاب المكاتب ان في المكاتب الذي مات عن وفاء قولين عن اصحابنا احدهما مذهب الجمهور وهو انه يعتق في آخر جزء من اجزاء حيوته فعلى هذا يتعين تقدم عتق الاب على عتق الام فيما صوره ايضا وثانيهما مذهب البعض وهو انه يعتق بعد الموت وذلك بان ينزل حياته تقديرا في حق الاداء كما ينزل الميت حيا في حق التجهيز والتكفين فعلى هذا ان اللازم فيما صوره اعتبار عتقه بعد موته لا اعتبار عتقه بعد عتق امرأته المعتقة عن موته حتى يتاخر عتقه عن عتقها اللهم الا ان يفرض تحقق الاداء عاجزا كما لو مات المكاتب وفاء بعد ما اعتقت امرأته وبعبر معتقة بين تحقق الاداء بعد الموت على مذهب البعض فتامل **قوله** بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه مالك معنى لانه لا يملك شيئا ولان الرق اثر الكفر والكفر موت حكمي قال الله تعالى اومن كان ميتا فاحييناه اي كافرا فهديناه فصار هذا الولد كانه لا اب له فينسب الى موالي الام ضرورة كذا في الشروح اقول بهنا شيء وهو انه ان كان المراد بكون العبد مالكا معنى انه في حكم الموت كما هو الظاهر من قولهم لان الرق من اثر الكفر والكفر موت حكمي يرد عليه ان مجرد موت الاب لا يمنع ثبوت الولاء لموالي الاب بل انما يظهر اثر الولاء لهم بعد موته اذ عند حيوته هو متقدم عليهم وان كان المراد بذلك انه في حكم مجهول الابوة وان ولده في حكم مجهول النسب كما هو المتبادر من قولهم فصار هذا الولد كانا لا اب له يتجه عليه انه يلزم حينئذ ان لا يرث من هذا الولد من ينتمي اليه بابيه العبد من الاقارب الاحرار كالاجداد والجدات على تقدير ان يبقى ابوه ذلك العبد على كونه في حكم مجهول النسب على الفرض المزبور والظاهر ان الامر ليس كذلك اذ قد تقرر في كتب الفرائض ان المحروم عن الميراث كالكافر والقاتل والرقيق لا يحجب من هو ابعد منه عند ائمتنا جميعا بل يرث الابعد عند جريان الاقرب فالاولى بهنا ان يقال بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه لا اهلية له لرقه كما مر فحاله يحتمل الاهلية بزوال رقه فلا يثبت الولاء لاله ولا لموالي به سواء كان حيا او ميتا تدبر **قوله** ولهما ان ولاء العتاقة قوي مستبد في حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا انسابهم ولهذا لم يعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوي لا يعارضه الضعيف اقول لقائل ان يقول ظاهر هذا التعليل يقتضي ان يكون موالي الام في هذه الصورة مقدمين في الارث على العصبات النسبية لا ولاد الابن على اصحاب الفرائض لهم اذ لا شك ان استحقاق كل من العصبات النسبية واصحاب الفرائض بالقرابة النسبية واذا كان النسب في حق العجم ضعيفا لا يصلح ان يعارض ولاء العتاقة وقد تقرر ان لا يعارض احد من العجم في الارث بجهة نسب سوا كانت تلك الجهة جهة العصوبة او جهة الفرض موالي العتاقة لقوة ولاء العتاقة وضعف النسب في حق العجم مع ان المسئلة في الارث ليست كذلك اذ قد تقرر في كتب الفرائض وسيجيء في نفس هذا الكتاب ايضا ان موالي العتاقة مطلقا يرثون في الارث عن اصحاب الفرائض وعن العصبات النسبية وانما يقدمون على ذوي الارحام فليتامل في التوجيه

فصل

في ولاء الموالاة اخر ولاء الموالاة عن ولاء العتاقة لان ولاء العتاقة اقوى لانه غير قابل للتحول والانتقال اذ في جميع الاحوال بخلاف ولاء الموالاة فان للمولى فيه ان ينتقل قبل العقل ولانه يوجد في ولاء العتاقة الاحياء الحكمي ولا يوجد في ولاء الموالاة احياء اصلا ولان ولاء العتاقة متفق عليه في التعصيب للارث وانه مقدم على ذوي الارحام بخلاف ولاء الموالاة فان الشعبي لم يقل بولاء الموالاة وقال لا ولاء الا ولاء العتاقة وبه اخذ الشافعي رح ومالك رح واحمد رح ثم ان معنى مطلق الولاء لغة وشريعة قد تقدم في صدر كتاب الولاء وتفسير هذا الولاء على ما ذكر في الذخيرة وغيرها هو ان يسلم رجل على يد رجل فيقول الذي اسلم على يده اوليغيره واليتك على اني ان مت فميراثي لك وان جنيت فعقلي عليك وعلى عاقلتك وقيل الآخر منه قال في العناية والنهاية وله ثلث شرائط احدها ان يكون مجهول النسب بان لا ينسب الى غيره اما اذا نسب الى غيره فغير مانع والثانية ان لا يكون له ولاء عتاقة ولا ولاء موالاة مع احد وقد عقل عنه والثالثة ان لا يكون عربيا انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان الشريطة الاولى تغني عن الشريطة الثالثة اذ الجهالة في نسب العرب فيظهر باشتراط كون المولى مجهول النسب اشتراط ان لا يكون

ولابد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب لانه بالالتزام وهو بالشرط ومن شرطه ان لا يكون المولى من العرب لان تناصرهم بالقبائل فاغنى عن الموالاة قال وللمولى ان ينتقل عنه بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه لانه عقد غير لازم بمنزلة الوصية وكذا للاعلى ان يتبرأ عن ولائه لعدم اللزوم

غيرنا الا ان يكون ذكر الثالثة استقلالا من قبيل التصريح بما علم التزاما واما ثانيا فلانه ان اريد حصر شرائط الولاء في هذه الثلاث كما هو المتبادر من ذكر العدد في امثال هذا المقام فليس بصحيح اذ من شرائطه ايضا شرط الارث والعقل كما صرح به المصرح فيما بعد حيث قال ولابد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب وصرح به صاحب الكتاب ايضا حيث قال وانما يصح ولاء الموالاة بثلاثة منها ان يشترط الميراث والعقل صرح به صاحب الكفاية ايضا حيث قال ولم شرائطه وعد منها ان يشترط الارث والعقل وان اريد حصر شرائطه في هذه الثلاث يكون تخصيص هذه الثلاث بالذكر خاليا عن الفائدة ويكون ذكر العدد عبثا لا يكون للسؤال والجواب الآتيين ذكر هما صاحب العناية متصلا بذلك كما ستعرفه فما وجه الا ان يراد بها على ارادة الحصر وهو الا يتوجه ذلك السؤال رأسا فلا يحتاج الى الجواب عنه اصلا وقال في العناية فان قيل من شرط العقد عقل الاعلى وحريته فان مولاة الصبي والعبد باطلة فكيف جعل الشرائط ثلاثة اجيب بان المذكور انما هي الشرائط العامة المحتاج اليها في كل واحد من الصور واما ما ذكرت فانما هو نادر فلم يذكر انتهى اقول الاصح هذا الجواب جدا فان عقل الاعلى وحريته ايضا من الشرائط العامة المحتاج اليها في كل واحد من صور الموالاة اذ لا شك ان عقد الموالاة لا يصح بدون عقل المتعاقدين في شيء من الصور اذ لا يتصور الايجاب والقبول بدون العقل وكذا لا يجوز مولاة العبد اصلا بغير اذن مولاه وان له مولاه في القبول كان عقده كعقد مولاه فيكون الولاء للمولى نص عليه في المبسوط وغيره فلا معنى لقوله واما ما ذكرت فانما هو نادر فلم يذكره ثم ان في تقرير السؤال خللا فان تقييد العقل بعقل الاعلى في قوله من شرط العقد عقل الاعلى مما لا وجه له لان عقل الاسفل ايضا شرط العقد اذ لا يتصور الايجاب بدون العقل كما لا يتصور القبول بدونه وقد افصح عنه صاحب البدائع حيث قال واما شرائط عقد الموالاة فمنها عقل العاقدين اذ لا صحة للايجاب والقبول بدون العقل وكذا تقييد الحرية بالاضافة الى ضمير الاعلى في قوله وحريته مما لا وجه له اذ حرية الاسفل ايضا شرط بل هي اظهر اشتراطا من حرية الاعلى لانه لا يجوز ايجاب العبد عقد الموالاة ولو اذن له مولاه ذلك ويجوز قبوله اياه باذن مولاه ويصير الولاء لمولاه كما صرحوا به وايضا لا وجه لترك ذكر البلوغ في اثناء تقرير السؤال فانه من شروط عقد الموالاة كالعقل والحرية نص عليه في المبسوط والبدائع مع ان قوله فان موالاة الصبي في قوله فان موالاة الصبي والعبد باطلة اوفى باشتراط البلوغ من اشتراط العقل فان الصبي قد يكون عاقلا فلم يكن بطلان موالاته لعدم عقله بل كان لعدم بلوغه كما لا يخفى قوله ولابد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب اشارة الى ما ذكره القدوري في مختصره بقوله واذا اسلم الرجل على يد رجل وولاه على ان يرثه ويعقل عنه وقبل منه قبل ان اعترض صاحب غاية البيان على وجوب اشتراط الارث والعقل في صحة عقد الموالاة حيث قال قال الحاكم في مختصره الكافي قال ابراهيم النخعي اذا اسلم الرجل على يد رجل فانه يرثه ويعقل عنه وله ان يحول ولاءه الى غيره ما لم يعقل عنه فاذا اعتقل عنه لم يكن له ان يحول الى غيره وبه اقول ابو حنيفة رحمه الله وابو يوسف رحمه الله وهذا يدل على ان شرط الارث والعقل ليس بموقوف عليه صحة الموالاة بل مجرد العقد كاف بان يقول احدهما والديك والآخر قبلت لان الحاكم لم يذكر الارث والعقل شرطا لصحة الموالاة بل جعلها حكما لها بعد صحتها فافهم ويدل عليه ايضا قول القدوري في مختصره واذا اسلم على يد غيره وولاه يوضحه تحول صاحب التحفة وتفسير عقد الموالاة ان يسلم على يد رجل ويقال له انت مولاي ترثني اذا مت وتعقل عني اذا جنيت ويقال الآخر قبلت فينعقد بينهما عقد الموالاة وكذلك اذا قال والديك والآخر قبلت وكذا اذا عاقد مع رجل غير الذي اسلم على يده الى هنا لفظ التحفة انتهى كلامه حيث قال الا يخفى ان قوله اقول الا يخفى على ذي فطرة سليمة ان شيئا مما ذكره لا يدل على عدم اشتراط الارث والعقل في صحة عقد الموالاة اما نقله عن الحاكم الشهيد فلانه يجوز ان يكون عدم وقوع التصريح باشتراطهما هناك بناء على ظهور تضمن الموالاة اشتراطهما فيكون قوله وولاه في قوله اذا اسلم الرجل على يد رجل وولاه مغنيا عن ذكر ذلك فلا يدل على ان مجرد ان يقول احدهما والديك والآخر قبلت كاف في تمام عقد الموالاة وجعل نفس الارث والعقل حكما للموالاة لا ينافي كون ذكرهما في العقد شرط الصحة العقد كما لا يخفى واما قول القدوري في مختصره واسلم على يد غيره وولاه فلانه لا شك ان مراد القدوري بقوله ذلك انما هو بيان ان الاسلام على يده ليس بشرط في صحة

لا انه يشترط في هذا ان يكون محضرا من الآخر كما في عزل الوكيل فيجد المجلد في ما اذا عقد الاسفل مع غيره بغير محضر من الاول لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة قال واذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول بولائه الى غيره لانه تعلق به حق الغير ولانه قضى به القاضي ولانه بمنزلة عوض نالة كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول ولده وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما ان يتحول لانهما في حق الولاء كشخص واحد قال وليس لمولى العتاقة ان يوالي احدا لانه لازم وضع بقائه لا يظهر الا في

عند الموالاة لان ذكر الارث والعقل ليس بشرط فيها وانما قول صاحب التحفة فلان محل توهم عدم اشتراط الارث والعقل انما هو قوله وكذلك اذا قال والتيك والآخر قبلت ويجوز ان يكون مراده بذلك كذلك اذا قال والتيك بدل قوله انت مولاي فقط لا بدل مجموع قوله انت مولاي ترثني اذا مت وتعقل عني اذا جنيت فلا دلالة على عدم اشتراطهما وبالجملة ان عدم التصريح بشرط عند تفسير عقد الموالاة وبيان صورة الموالاة يدل على عدم اشتراط ذلك ويجوز ان يكون عدم التصريح به بناء على ظهوره من بيانهم اياه على الاستقلال لا يرى ان بصحة عقد الموالاة شرائط كثيرة ككون الموالي المحمول النسب وكونه غير معتق وكونه غير عربي وغير ذلك مع انهم لم يصرحوا بشيء من ذلك عند تفسير عقد الموالاة وبيان صورته **قوله** لانه لا يشترط في هذا ان يكون محضرا من الآخر كما في عزل الوكيل قصدا ورد عليه بان سبب اشتراط حضرة الوكيل في حق العزل ظاهر وهو تضرر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه اذا كان تقدم من الموكل على ما مر في الوكالة فلا معنى لاشتراط توقف الفسخ ههنا على حضرة كل واحد من الاعلى والاسفل واجيب عنه بوجهين احدهما ان سبب الاشتراط ههنا هو السبب هناك وهو دفع الضرر فان العقد كان بينهما وفي انفراد احدهما الزام الفسخ على الآخر بدون علمه ونفس الزام احدهما حكم الفسخ على الآخر بدون علمه ضرر لا محالة لان فيه جعل عقد الرجل الفاسق البالغ كلا عقد وفيه ابطال فعل فلا يجوز بدون العلم كذا في الشروح وقال في النهاية وهذا الوجه هو الذي اختاره في المبسوط وقصر صاحب العناية ذكر الجواب على هذا الوجه فكانه اختاره ايضا اقول هذا الوجه مخل للكلام فان كون نفس الزام الفسخ على الآخر ضررا امر ظاهر لما ذكر من ان فيه ابطال فعل العاقل البالغ وانما الخفاء في خلية عدم علم الآخر بذلك الالزام في كونه ضررا فغير ظاهرة اذ على تقدير علم الآخر به ليس له قدرة على دفع ذلك عن نفسه لاستقلال كل واحد منهما في فسخ العقد عند علم الآخر بالاسباب فيتحقق ابطال فعل الآخر في صورة العلم ايضا بالضرورة والظاهر ان عدم الانسان بالامر الذي يكرهه ولا يقدر على دفعه لا يجدي شيئا فاذن لم يكن سبب اشتراط توقف الفسخ ههنا على حضرة كل واحد منهما دفع الضرر على هذا الوجه اللهم الا ان يقال دفع الضرر وان لم يتعين ههنا كما تعين في صورة العزل عن الوكالة الا انه تمام بالرضا والآخر بالبر والمجازات لكنه فيه ما فيه قوله وثانيهما ان فسخ احدهما هذا العقد بغير محضر من صاحبه يتضمن اضرارا بصاحبه اما اذا كان الفسخ من الاسفل فلانه ربما يموت الاسفل فيحسب الاعلى ان ماله سار ميراثا له فيتصرف فيه فيصير مضمونا عليه واما اذا كان الفسخ من الاعلى فلان الاسفل ربما يعتق عبدا على حسبان ان عقل عبده على مولاه ولو صح فسخ الاعلى يحجب العقل على الاسفل بدون علمه فتتضرر كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الذخيرة اقول هذا الوجه في الجواب هو الصواب لان مسلما ان في الفسخ بدون علم صاحبه ضررا لا غرار وفي الاعلام دفع ذلك فلا بد منه ولا ريب ان هذا معقول المعنى **قوله** لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة قيل عليه لم لا يجعل صحة العقد مع الثاني موجبة فسخ العقد الاول واجيب بان الولاء كالنسب والنسب ما دام ثابتا من انسان لا يتصور ثبوته من غيره وكذلك الولاء فعرفنا ان من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الاول كذا في عامة الشروح والكافي وغيره وفي النهاية ومعراج الدراية الى المبسوط اقول في الجواب بحث من وجهين الاول ان قولهم والنسب ما دام ثابتا من انسان لا يتصور ثبوته من غيره ممنوع فانه اذا كانت الامة بين شريكين فجاءت بولد فادعياه ثبت نسبه منهما عندنا كما مر في باب الاستيلاد من كتاب العتاق والولاء مشبه بهما والثاني ان قياس الولاء على النسب يقتضي ان لا يصح عقد الولاء مع الثاني بعد ان يصح مع الاول اذ النسب لا يتصور ثبوته من انسان بعد ثبوته من آخر فينبغي ان يكون الولاء كذلك على مقتضى القياس فمن لا يتصور الاستدلال بصحة عقد الولاء مع الثاني على بطلان عقده مع الاول ثم اقول يمكن ان يجاب عن الاول بان المراد ان النسب ما دام ثابتا من انسان ولا يتصور ثبوته من غيره ثانيا وثبوت نسب ولد الامة المشتركة بين رجلين منهما انما هو فيما اذا ادعياه معا واما اذا ادعاه احدهما اولا والآخر ثانيا فانما يثبت نسبه من الاول دون الثاني كما فصل في باب الاستيلاد من كتاب العتاق وعن الثاني بان القياس في مجرد عدم صحة اجتماع ثبوته للشخصين في حالة واحدة اذا كان ثبوته لهما على سبيل التعاقب لا في عدم صحة الانتقال من احدهما الى الآخر فساد امر آخر فانا

كتاب الاكراه

الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما يتوعد به سلطانا كان او لصا لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره مع بقاء اهليته وهذا انما يتحقق اذا خاف المكره تحقيق ما يوعد به وذلك انما يكون من القادر وهو السلطان وغيره سياتي عن تحقق القدرة والذي قاله ابو حنيفة رح ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان لما ان المنعة له والقدرة لا تتحقق بدون المنعة فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ولم يكن القدر رح منه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان واهله ثم كما يشترط قدرة المكره لتحقق الاكراه يشترط خوف المكره وقوع ما هدد به وذلك بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير به محمولا على ما دعي اليه من الفعل قال واذا اكره الرجل على بيع ماله او على شراء سلعة او على ان يقر لرجل بالف او اوجره اكره على ذلك بالقتل او بالضرب الشديد او بالحبس فباع او اشترى فهو بالخيار ان شاء امضى البيع وان شاء فسخه وجاز بالبينة ان شاء صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم

من كون الثابت لازما وعقد الولاء عقد غير لازم فيخالف النسب من هذه الحيثية فلهذا يصح الانتقال فيه دون النسب فتامل

كتاب الاكراه

قيل في مناسبة الوضع لما ذكر ولاء العتاقة لمناسبة المكاتب وذكر ولاء الموالاة لمناسبة ولاء العتاقة لان ايراد الاكراه عقيب ولاء الموالاة لمناسبة ان في كل منهما تغير حال المخاطب من الحرمة الى الحل فان ولاء الموالاة بتغير حال المخاطب الذي هو المولى الاعلى من حرمة تناول مال المولى الاسفل بعد موته الى حلة الارث فلذلك الاكراه بتغير حال المخاطب الذي هو المكره من حرمة المباشرة الى ما في عامة المواضع ثم ان الاكراه في اللغة عبارة عن حمل الانسان على شيء يكرهه يقال اكرهت فلانا اكراها اي حملته على امر يكرهه وانما في اصطلاح الفقهاء فقد ذكر في المبسوط ان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره من غير ان ينعدم به الاهلية في حق المكره او يسقط عنه الخطاب لان المكره مبتلى والابتلاء يقرر الخطاب الا يرى انه يتردد بين فرض وحظر او اباحة ورخصة ويأثم مرة ويؤجر اخرى وهو آية الخطاب وذكر في الايضاح ان الاكراه فعل يوجد من المكره فيحدث في المحل معنى يصير به مدعوا الى الفعل الذي طلب منه وذكر في الوافي انه عبارة عن تهديد القادر غيره على ما هدده بمكروه على امر يجتنبه فينتفي به الرضا كذا في النهاية ومعراج الدراية قال في النهاية ولكل ان يختار من هذه اثنا شئت قلت وقد اختار المصنف رح عبارة المبسوط كما ترى وسيجيء ما يتعلق بتفسيرها واشتراطه وحكمه فيما يأتي في الكتاب في اثناء المسائل

قوله لان الاكراه اسم لفعل لفاعله المرء لغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره مع بقاء الاهلية قال صاحب العناية وتفسيره ان يحمل المرء غيره على المباشرة حملا ينتفي به رضاه وهو اعم من ان يكون مع فساد اختياره او مع عدمه وهو اشارة الى نوعي الاكراه او يفسد به اختياره وذلك يستلزم نفي عدم الرضا وهو اشارة الى القسم الآخر لكن لا بد من تقديره لاني او يفسد به اختياره فذلك انواع الاكراه الثلثة وموضعه اصول الفقه انتهى كلامه اقول قد صرح الشارح المذكور في تفسير كلام المصنف رح هذا عن سنن الصواب وسلك مسلكا لا يرتضيه احد من ذوي الالباب وان شئت ما هو التحقيق في هذا المقام فاستمع لما نتلو عليك من الكلام فاعلم ان الشائع المذكور في عامة الكتب من الاصول والفروع هو ان الاكراه نوعان نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار وذلك بان يكون بقتل او بقطع عضو وهو الاكراه الملجئ ونوع يعدم الرضى ولا يفسد الاختيار وذلك بان يكون بضرب او تقييد او بحبس وهو الاكراه الغير الملجئ وكل منهما لا ينافي الاهلية ولا الخطاب واما فخر الاسلام البزدوي فقال في اصوله الاكراه ثلثة انواع نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار وهو الملجئ ونوع يعدم الرضى ولا يفسد الاختيار وهو الذي لا يلجئ ونوع آخر لا يعدم الرضى وهو ان يهم بحبس ابيه او ولده او ما يجري مجراه والاكراه بجملته لا ينافي الاهلية ولا يوجب وضع الخطاب انتهى قال صاحب الكشف في شرح هذا المقام من اصول فخر الاسلام الاكراه حمل الغير على امر يكرهه ولا يريد مباشرته لولا الحمل عليه ويدخل في هذا التعريف الاقسام الثلثة المذكورة في الكتاب قال شمس الائمة هو اسم لفعل يفعله الانسان بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره ولم يدخل فيه القسم الثالث الذي ذكره في الكتاب وكانه لم يجعله من اقسام الاكراه لعدم ترتب احكامه عليه الى هنا كلام صاحب الكشف واذا عرفت هذا فقد ظهر لك ان ما ذكره المصنف رح ههنا من معنى الاكراه هو ما ذكره شمس الائمة في المبسوط بعينه وان القسم الثالث من الاقسام الثلثة المذكورة في اصول فخر الاسلام غير داخل في هذا المعنى كما توهمه صاحب العناية وانما هو داخل في معنى الاكراه لغة كما اشار اليه صاحب الكشف وان في وجه عدم ادخال ذلك القسم في معنى الاكراه شرعا عدم ترتب احكام الاكراه عليه في عرف الشرع وترتب عليه احكامه في الكشف عندك ايضا شاهد واقع في جملة الكتب من تنويع الاكراه الى نوعين فقط فان المعتمد بالبيان في الكتب الشرعية احوال الاكراه الذي يترتب عليه الحكم الشرعي ثم ان ما ذكره صاحب العناية في تفسيره ذكر المصنف رح ههنا مع كونه خلاف ما هو الواقع كما عرفت غير صحيح في نفسه اما اولا فلانه جعل قول المصنف رح فينتفي به رضاه اعم من ان يكون

والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا وتفسد بجاوزة فيما اذا اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم لانه لا يبالي به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم انه يستضر به لفوات الرضا وكذا الاقرار ترجح جنبة الصدق فيه على جنبة الكذب وعند الاكراه يحتمل انه يكذب لدفع المضرة ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا وعند زفر لا يثبت لان البيع موقوف على الاجازة الا ترى انه لو اجاز جاز والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله والفساد لفقد شرطه وهو التراضي فصار كسائر الشروط الفاسدة ثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه واعتقه وتصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة وباجازة المالك المفسد ثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه واعتقه وتصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة وباجازة المالك يتم المفسد وهو الاكراه وعدم الرضا ويجوز لانه لا يتقطع به حتى استرد الباتع وان تداولته الايدي ولم يرض الباتع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد فيها حق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته اما هنا الاقرار حق العبد وهما سواء فلا يبطل حق العبد الاول حق الثاني قال رضي الله عنه ومن حمل البيع الجائز المعتاد بيعا فاسدا ليجعله كبيع الملجأ وحتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوات الرضا وهم من جعله هنا فقد تناقض من حيث

مع فساد اختيار او عدمه مع ان مقابلة قوله او يفسد به رضاه تمنعه قطعا واما ثانيا فلانه قال ان قول المصنف رح او يفسد به اختياره يستلزم نفي عدم الرضا وهو ولا معنى له لانه هي ان اراد انه بحسب ظاهره اي بدون تقدير شيء آخر يستلزم ذلك فليس كذلك قطعا لان فساد الاختيار انما يستلزم عدم الرضا لا نفي عدمه وهو ثبوت الرضا وان اراد انه اذا اخرج عن ظاهره بتقدير لا كما ذكر فيما بعد يستلزم ذلك فليس كذلك ايضا اذ بتقدير اليسير المعنى او لا يفسد به اختياره وذلك بان يصح اختياره مع عدم الرضا ولا شك ان صحة الاختيار لا يستلزم نفي عدم الرضا وبه ثبوت عدم الرضا بجواز ان يصح الاختيار وان لم يوجد الرضا كما في النوع الغير الملجئ من نوع الاكراه على امر وانا ثالثا فلانه قال وهو اشارة الى القسم الآخر لكن لا بد من تقدير لا في او يفسد به اختياره وهو ايضا محتمل لان هذا التقدير مع كونه خلاف الظاهر جدا سيجيء في مقام التعريف لا يجدي ما ذكره من كون مقصود المصنف رح الاشارة الى الانواع الثلثة للاكراه لان نفي فساد الاختيار انما يفسد صحة الاختيار وهي لا تقتضي الرضا بل تتحقق مع عدم الرضا ايضا كما عرفت آنفا فلا يحصل الاشارة لقوله او يفسد به الاختيار على تقدير كلمة لا في القسم الثالث من الاكراه لصدقه على القسم الثاني من النوعين الاولين لكن كما ترى اللهم الا ان يقال نفي فساد الاختيار في مقابلة انتفاء الرضى يدل على بقاء الرضى في المقابل فيخرج القسم الثاني من النوعين الاولين كما لا يخفى على ذي مسكة ان المعنى الذي نسبه الشارح المذكور ههنا الى المصنف رح كان يحصل بان يقول بدل قوله او يفسد به اختياره او لا بمعنى او لا ينتفي برضاه فهل يجوز العاقل لمثل المصنف رح ان يترك ذاك اللفظ الاقصر الخالي عن التعلقات باسرها واراد افادة ذلك المعنى الذي نسبه الشارح المذكور اليه ويختار هذا اللفظ الاطول المشتمل على تعلقات كثيرة في افادة ذلك المعنى ولعمري ان تنبه المصنف رح معزل عن مثل ذلك فالحق ان مراده بقوله فينتفي برضاه اي ينتفي برضاه بدون فساد اختياره بقرينة مقابلة قوله او يفسد به اختياره فان العام اذا قوبل بالخاص يراد به ما عدا ذلك الخاص كما في قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلوة الوسطى وكان قوله فينتفي برضاه اشارة الى احد نوعي الاكراه وهو غير الملجئ وقوله او يفسد به اختياره اشارة الى النوع الآخر منهما وهو الملجئ فانتظم كلامه من غير كلفة اصلا والطبق لما في عامة الكتب

قوله والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا اراد بهذه الاشياء القتل والضرب الشديد والحبس المديد وهذا مع كونه اظهر من ان يخفى قد يخفى على الشارح العيني فقال في تفسير قول المصنف رح بهذه الاشياء يعني بالبيع واخواته ولم يدر ان البيع واخواته من المكره عليه لا من المكره به وهذا نظير سائر سقطاته في كتابه هذا قوله بخلاف اذا

اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم لانه لا يبالي به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الاكراه اقول يرد على ظاهر هذا التحرير ان آخر الكلام ينافض اوله فانه قال في اوله بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم فدل ذلك على تحقق الاكراه في هذه الصور ايضا والا لما قال بخلاف ما اذا اكره بل كان ينبغي ان يقول بخلاف ما اذا ضرب بسوط او حبس يوما او قيد يوما وقال في آخره فلا يتحقق به الاكراه وهذا صريح في عدم تحقق الاكراه في هاتيك الصور فتناقضا فتساقطا والجواب ان المراد بالاكراه في قوله بخلاف ما اذا اكره معناه اللغوي وهو حمل الانسان على امر يكرهه كما مر ولا شك في تحقق هذا المعنى في هاتيك الصور الذي نفاه في آخر الكلام انما هو تحقق الاكراه على معناه الشرعي الذي يترتب عليه احكامه ولا تناقض ولك ان تقول التغيير بالاكراه في قوله بخلاف ما اذا اكره للمشاكلة كما في قوله تعالى تعلم ما في نفسي ولا اعلم ما في نفسك فحينئذ لا يكون لفظ الاكراه ههنا حقيقة لا لغوية ولا شرعية بل لصيرورته مجازا فلا تناقض اصلا **قوله وكذا الاقرار حجة الى آخره** قال في النهاية والعناية قوله وكذا الاقرار حجة معطوف على قوله والاكراه بهذه الاشياء بعدم الرضا فتقديره والاقرار ايضا يفسد بالاكراه بهذه الاشياء وذلك لان الاقرار انما صار حجة في غير الاكراه لترجح جنبة الصدق وعند الاكراه يحتمل الكذب لدفع المضرة فلا يكون حجة انتهى اقول الظاهر عندي ان قوله وكذا الاقرار حجة الى غير معطوف على قوله لان من شرط صحة هذه العقود التراضي الى قوله فتفسد لا على قوله والاكراه بهذه الاشياء بعدم الرضا فتفسد لان قوله والاكراه بهذه الاشياء بعدم الرضي بمنزلة الكبرى من غير الشكل الاول فعطف قوله وكذا الاقرار حجة الى آخره على ذلك المقدمة من الدليل يقتضي المشاركة في المقدمة الاولى مع ان المذكور في حيز قوله وكذا الاقرار

ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهازل ومنهم من جعله جائزا لما مر في المتن من الحاجة اليه قال فان كان ممن لم يعرف فالقول قوله مع يمينه لان الظاهر معه وان كان ممن يعرف فالقول قول البائع لان الظاهر معه وان اقاما البينة فالبينة بينة المشتري لان معها زيادة علم وان لم يكن لهما بينة تحالفا وترادا لان كل واحد منهما مدع ومدعى عليه فان حلف البائع فلا شيء له غير ما سلم له من الثمن وان حلف المشتري فله ان يأخذ الدار ويغرم للبائع ما بقي من الثمن وان نكل احدهما قضي عليه بما ادعاه صاحبه لان النكول بذل اليمين وان نكلا جميعا فسخ القاضي العقد بينهما لان النكول كالاقرار وان كان لاحدهما بينة قضي له بها لان البينة حجة في حق الكل وان اقام كل واحد منهما بينة قضي ببينة المشتري لان معها زيادة علم وان كان في يد احدهما قضي له به لان اليد دليل الملك وان كان في يد غيرهما جعل في يد عدل لان يده لا تدل على الملك ولا على الاستحقاق فوجب ان يوضع في يد عدل كما لو تداعيا عينا في يد غيرهما قال وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع معتبرة بالعالم قال وان غصبه فكذلك لان الغصب يوجب الضمان قال وان كان البائع قاتما في يده لفساد العقد فقال المشتري لا اريد الشراء وقال البائع قد فسخت العقد وهو في يده فهو امانة في يد البائع لان الفسخ يصح بقوله وان كان المشتري قاتما في يده لفساد العقد فقال البائع قد فسخت العقد وهو في يده فهو امانة في يد المشتري لان الفسخ يصح بقوله وان كان المشتري قاتما في يده لفساد العقد فقال البائع قد فسخت العقد وهو في يده فهو امانة في يد المشتري لان الفسخ يصح بقوله

فصل وان غصبه فكذلك لان الغصب يوجب الضمان قال وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع معتبرة بالعالم قال وان غصبه فكذلك لان الغصب يوجب الضمان قال وان كان البائع قاتما في يده لفساد العقد فقال المشتري لا اريد الشراء وقال البائع قد فسخت العقد وهو في يده فهو امانة في يد البائع

الا انه انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في اول الاسلام او في دار الحرب قال وان اكره على الكفر بالله تعالى والعياذ بالله او بسب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بقيد او حبس او ضرب لم يكن ذلك اكراها حتى يكون بما يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه لان الاكراه يعدم الاشياء بلين الاكراه في شرب الخمر لما مر ففي الكفر حرمته اشد اولى واحرى قال فاذا خاف على ذلك وسعه ان يفعل ما امر به ويؤدي فان الصبر على ذلك وقلبه مطمئن بالايمان فذلك اشد عليه لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حين ابتلي به وقد قال له النبي عليه السلام كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان فقال عليه السلام فان عادوا فعد وقد نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان الآية ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه قال فان صبر حتى قتل ولم يفعل الكفر كان مأجورا لان خبيبا رضي الله عنه صبر على ذلك حتى صدق سماه رسول الله عليه السلام سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيقي في الجنة

بعض الفضلاء الضافي هذا المقام فلنشر اليه وليتأمل فيه قوله الا انه انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة قال تاج الشريعة هذا جواب اشكال كأنه يقول اذا ثبت اباحة شيء ان لا يأثم الانسان لا يأثم بتركه فاجاب بانه يأثم اذا علم بالاباحة ولم يأكل حتى تبين لانه يصير ساعيا في زوال نفسه انتهى واقتفى اثره الشارح العيني اقول لا يخفى على ذوي فطرة سليمة ان كلام المصنف رح هذا لا يصلح ان يكون جوابا عن ذلك الاشكال اذ لا ممانعة في العلم ان لا يأثم الانسان بتركه المباح فان المباح من حيث انه مباح لا يأثم الانسان بتركه وان علم اباحته بل بالعلم باباحته يتكشف عدم العلم في تركه فكيف يحصل الجواب بقوله الا انه انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة على ان اذا ثبت اباحته ينبغي ان لا يأثم اذ الانسان لا يأثم بترك المباح فالوجه ان قول المصنف رح هذا انما هو لبيان ان الحكم بالاثم على تقدير الصبر وترك الاكل في مسئلتنا هذه ليس على اطلاقه بل فيما اذا علم بالاباحة في هذه الحالة واما اذا لم يعلم بها فلا اثم عليه في تركه لكونه معذورا بالجهل في امثال هذا بناء على الخفاء قوله فقال فان عادوا فعد قال جمهور الشراح معنى قوله عليه السلام فان عادوا فعد ان عادوا الى الاكراه فعد الى طمأنينة القلب بالايمان واجراء كلمة الكفر والطمأنينة جميعا كما زعمه البعض لان ادنى درجات الامر الاباحة فيلزم ان يكون اجراء كلمة الكفر مباحا وليس كذلك لانه لا يتكشف حرمته اصلا انتهى وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى مبسوط شيخ الاسلام واورد عليه بعض الفضلاء بان قال فيه بحث فانه قد يكون الامر للترخيص قال العلامة النسفي في اول كتاب الطلاق من الكافي الامر بالشيء لا ينفي الحظر فان الحظور قد يرخص بصيغة الامر حتى لا يقع في محظور فوقه كالحنث في اليمين وقطع الصلوة الى آخر ما ذكره هناك فلم لا يجوز ان يكون ههنا كذلك انتهى اقول مراد الشراح ان ادنى درجات ما استعمل فيه صيغة الامر حقيقة هو الاباحة وانما يستعمل في الترخيص ونحوه مجازا ولا بد في المجاز من قرينة صارفة عن الحمل على الحقيقة وفيما نحن فيه لم توجد تلك القرينة فلا جرم نحملها على الحقيقة وحقيقة الامر انما يتصور ههنا بصرف الاعادة الى الطمأنينة دون اجراء كلمة الكفر لما بينوا وعن هذا قال العلامة النسفي ههنا اي عد الى طمأنينة القلب بالايمان وقيل فعد الى ما كان منك من الميل مني وذكر التتمي بخير فغلط لانه لا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم انه يأمر بالتكلم بكلمة الكفر الى هنا كلامه قوله ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قوله ولان بهذا الاظهار دليل معقول ووجهه ان الايمان لا يفوت بهذا الاظهار حقيقة لان الركن الاصلي فيه هو التصديق وهو قائم حقيقة والاقرار ركن زائد وهو قائم تقديرا لان التكرار ليس بشرط وفي الامتناع فوت النفس حقيقة وكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله توهما فيسعه الميل الى احياء حقه انتهى كلامه اقول في تقريره خلل اما اولا فلان قوله فان التكرار ليس بشرط في تعليل قوله وهو قائم تقديرا ليس بسديد لان عدم اشتراط التكرار لا يستدعي قيام الاقرار تقديرا اذ لا بد فيه من ان لا يقر اعليه ما يضاده كما تقرر في موضعه والمفروض ههنا طريانه عليه اذ الكلام في اظهار كلمة الكفر وهو مضاد للاقرار باللسان فان قلت انما يضاده الاقرار طواعية وانما يضاده اظهار اطواعية قلت هذا مبني على جواز اظهار اباحة الاكراه وهو اول المسئلة فاخذه في اثناء اقامة الدليل عليها مصادرة فبهذا اظهر سقوط ما قاله بعض الفضلاء ههنا انه كلام انما ينفي وجوده بمنزلة العدم فانه ايضا مبني على اول المسئلة فيستلزم المصادرة واما ثانيا فلان قوله فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله توهما يشعر بعدم فوت حق الله تعالى حقيقة ههنا اصلا وليس كذلك اذ لو لا فوت حقه تعالى حقيقة اصلا لما كان ماجورا فيما اذا صبر حتى قتل ولما تم قول المصنف فيما ياتي ولان الحرمة باقية اذ الظاهر ان الحرمة لا تثبت بمجرد توهم فوت حقه تعالى بدون ان يفوت حقيقة بل التحقيق ان اجراء كلمة الكفر على اللسان حرام في كل حال لا يسقط عنه الحرمة اصلا وان فيه ترك حق من حقوق الله تعالى بل هو كفر صورة في حالة الاكراه وكفر صورة ومعنى في حالة الاختيار كما صرح به في كتب الاصول الا ان المبتلى بالاكراه عليه يصير معذورا اعانة الاكراه

ولان الكره ينافي الرضا والرضا شرط في الكل قال (ولو استثناه) قال ابن كره على الكفر وقال مسلم بالعكس وهو خلاف ما تقدم للاستثناء قال (ولو استثناه) قال ابن كره على الكفر وقال مسلم بالعكس وهو خلاف ما تقدم للاستثناء

فيه اهل الميت بطائفة القلب جاز لقصد صيانة اموال الحرمة ابدا قوله ولان الحرمة باقية والاستباح لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء وقعة خص عليه بان اجاز كلمة الكفر ايضا استثنى لقوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان من وقع لسانه من كفر بالله من بعد ايمانه فينبغي ان يكون مباحا كاكل الميتة وشرب الخمر واجيب بان في الآية تقديما وتاخيرا وتقديره من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان فان الله تعالى ان

اجرى كلمة الكفر على لسانه مع حالة الاكراه وانما وقع عنهم العذاب والغضب وليس من ضرورة نفي الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة لانه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض فان السبب موجود والحكم متاخر فجاز ان يكون الغضب منتفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب وهو الحرمة فثبت اباحة اجراء كلمة الكفر كذا في غاية الشروح وغيره في النهاية الى مبسوط شيخ الاسلام قال صاحب العناية بعد ذكر السؤال والجواب وفيه نظر لان المراد بالعلة ان كان هو المصطلح فذاك ممنوع التخلف عن الحكم الذي هو معلوله وان كان المراد بها السبب الشرعي كما مثل به فانه يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تاخيره كما في المثال المذكور من قوله تعالى ومن كان مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر والدليل فيما نحن فيه على ذلك انتهى اقول هذا السطر ساقط جدا فانه يصح ان يختار كل واحد من شقي الترديد ولا يلزم محذور اصلا ويجوز ان يراد بالعلة ما هو المصطلح عليه في علم الاصول وهو ما كان خارجا عن الشيء ومؤثرا فيه قوله فذاك ممنوع التخلف عن الحكم الذي وهو معلوله ممنوع فان وجوب مقارنة العلة الشرعية للمعلول انما هو في بعض اقسامها وهو ما كان علة اسما ومعنى وحكما دون البعض الآخر وهو ما كان علة اسما فقط او اسما ومعنى كما تقرر ذلك كله في علم الاصول فيجوز ان يكون العلة فيما نحن فيه من قبيل الثاني فلا يمتنع التخلف ويجوز ان يراد بها السبب الشرعي كما هو الظاهر من التمثيل وهو ما كان خارجا عن الشيء ولم يكن مؤثرا فيه بل كان موصلا اليه في الجملة قوله فانما تخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تاخيره ممنوع بل السبب الشرعي مطلقا من حيث انه سبب يجوز تخلف الحكم عنه اذ لا بد ان يتوسط بينه وبين الحكم علة فانما تحقق تلك العلة لا تحقق الحكم لجواز ان يتخلف السبب وهذا اليضا مع كونه مقررا في علم الاصول مفهوم من نفس معنى السبب الشرعي فان الايصال في الجملة كيف يستلزم تحقق الحكم والمثال المذكور في الجواب ليس في معرض التمثيل لتخلف الحكم عن السبب الشرعي بل هو مسوق لمجرد التمثيل فتحقق دليل شرعي مبين على جواز تاخير الحكم هناك لا يقتضي قيام دليل شرعي على جواز ذلك في كل صورة على حدة على انه يمكن ان يجعل حديث خبيب دليلا على بقاء الحرمة فيما نحن فيه لعدم ان نفي حكمه وهو الغضب فان خبيبا لما اكره على اظهار كلمة الكفر فصبر ولم يظهرها حتى قتل مدحه رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث سماه سيد الشهداء وقال هو رفيقي في الجنة ولو لم تبق الحرمة ابدا في اظهار كلمة الكفر لما وسعه الصبر عليها حتى يقتل ولما استحق المدح في ذلك لان في الامتناع عن المباح في تلك الحالة اعانة الغير على اهلاك نفسه وهو حرام فيلزم ان يأثم بذلك كما في حالة المخمصة على ما مر قوله ويرجع على الذي كره به العبد لانه صلح آلة فيه من حيث الاتلاف فان ضاف اليه قال في العناية ومنع صلاحيته لذلك لان الاتلاف ثبت فيضمن بالتلفظ بهذا اللفظ لا يصلح آلة له في حق التلفظ وكذا في حق ما يثبت في ضمنه واجيب بان الاعتاق ايلاف وهو يصلح آلة فيه والتلفظ قد ينفك عنه في الجملة كما في اعتاق الصبي فصح ان يكون آلة بالنسبة الى الاتلاف دون التلفظ انتهى اقول فيه نظر لان الانفكاك في اعتاق الصبي انما هو من جهة ثبوت التلفظ بدون ثبوت الاعتاق وذلك لا ينافي ثبوت الاعتاق في ضمن التلفظ البتة وانما ينافيه عكس ذلك وهو ان يثبت الاعتاق بدون ثبوت التلفظ فيه وهو متحقق في صورة اعتاق الصبي فلم يتم التمثيل ولا التقريب وكذا بعض الفضلاء نسبة لهذا حيث قال فيه تامل فان الذي مر انما هو ثبوت الاعتاق في ضمن التكلم كما اذا ورث القريب وهو اول الكلام فيه ايضا فاقول فان الثابت ثمة حقيقة ان ورث القريب انما هو العتق دون الاعتاق كما مر صرح به فاطبة وقد مر في كتاب الولاء مفصلا والكلام ههنا في الاعتاق دون مجرد العتق كما لا يخفى فلا يتم التمثيل بتلك الصورة ايضا ولا التقريب ثم اقول لا فائدة لحديث الانفكاك اصلا في الجواب ههنا فان كون ثبوت الاتلاف فيما نحن فيه في ضمن التلفظ امر مقرر للقبول الانكار فيكون مدار الورود والسؤال المذكور لا محالة ولا يجدي شيئا في دفعه انفكاك الاتلاف

فلذلك يقتصر موسرا كان او معسرا ولا سعاية عليه على العبد لان السعاية انما تجب للتخليص الى الحرية او لتعلق حق الغير ولم يوجد احدهما ولا يرجع المكره على العبد بالضمان لانه ضوء اخذ بما اداه فهو قال ويرجع بنصف قيمة المرأة ان كان قبل الدخول وان لم يكن الصداق مسمى يرجع في المكره بما لزمه من المتعة لان ما عليه كان على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها وانما تأكد بسبب الطلاق فكان اتلافا للمال من حيث الايجاب فيضاف الى المكره من حيث انه اتلاف في الجملة فان ما اذا دخل بها لان المهر قد تقرر بالدخول لا يرجع المكره على الزوج بشيء لانه اكره على التوكيل بالطلاق والعتاق فيفعل الوكيل بازائه شيئا لان الاكراه مؤثر في فساد الاهلية عند الوكالة لا تبطل بالفراغ وطء فاسدا ويرجع على المكره بمهر مثلها لان مقصود المكره ازالة الملك اذا باشر الوكيل والمهر لا يعدل فيه الاكراه لانه لا يحتمل الفسخ ولا يرجع على المكره بما لزمه لانه لا مطالبة له في الدنيا فانه يطالبه فيها ولكن اليمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ ولكن الاولى تركه بالاولى والتفريق بالسان لانها تسمى مع الاول والحلم من ايمان طلاق او يمين لا يعمل فيه الاكراه فلو كان مكرها على الحلم وتوانى البر لزمها البر لرضاها بالالتزام قال وان اكره على الزنا يجب الحد عند ابي حنيفة رحمه الله لان يكره السلطان وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يلزمه الحد وقد ذكرناه في الحدود قال واذا اكره على الردة لم تبن امرأته منه

عن التلفظ في صورة اخرى فالحق عندي في الجواب ان يقال لا يلزم من عدم صلاحية المكره للالتزام في حق التلفظ عدم صلاحيته لما في حق ما ثبت في ضمنه وهو الاتلاف لان عدم صلاحيته لها في حق التلفظ لعلة امتناع التكلم بلسان الغير وهي غير متحققة في حق ما ثبت في ضمنه من الاتلاف فان المكره يمكنه ان يأخذ المكره ويكلفه على اتلافه فيتلفه كما صرحوا به فيما مر قوله فلذلك يضمنه موسرا كان او معسرا لانه ضمان اتلاف فلا يختلف باليسار والاعسار كذا في الكافي وغيره فان قيل ينبغي ان لا يضمن المكره لانه اتلف بعوض حصل للمكره وهو الولاء والاتلاف بعوض كلا اتلاف اجيب بان الاتلاف بعوض انما يكون كلا اتلاف اذا كان العوض مالا كما لو اكره على اكل طعام الغير فاكل فانه لا ضمان على المكره لانه حصل للمكره عوض او كان في حكم المال كما في منافع البضع اذا اتلفها مكرها لان منافعه تعد مالا عند الزوج والولاء ليس كذلك لانه بمنزلة النسب لا يرى ان شاهد الولاء اذا رجعا لا يضمان كذا في الشروح اقول هذا الجواب لا يشكل بما لو اكره على شراء ذي رحم منه فعتق عليه فان المكره لا يرجع هناك بقيمة العبد على المكره بناء على انه حصل له عوض فهو صلة الرحم نفس عليه في البدائع ولا يذهب عليك ان صلة الرحم ليست بمال كالولاء اما حقيقة فظاهر واما حكما فانه لم يقل به احد كما قالوا في منافع البضع عند الدخول فتامل قوله ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما بخلاف المريض اذا اعتق عبده وعليه دين ان السعاية تجب ثم تحق الغرماء ويجب بخلاف الراهن اذا اعتق المرهون وهو معسر فانه يجب السعاية لحق المرتهن كذا في الكافي وعامة الشروح قال صاحب العناية يدل ذلك بخلاف ما اذا كان العبد مرهونا فاكره الراهن على اعتاقه فانه يجب على العبد السعاية لتعلق حق الغير وهو المرتهن به انتهى اقول لم ار ما ذكره من وجوب السعاية على العبد اذا اكره الراهن على اعتاقه في شيء من كتب الفقه سوى شرح تاج الشريعة لهذا الكتاب فانه قال فيه ههنا ولا يتعلق بالعبد حق الغير ايضا حتى يحتاج الى السعاية لذلك مثل ان يكون مرهونا فاكره الراهن على اعتاقه وهو معسر فحينئذ يجب على العبد السعاية لتعلق حق المرتهن برقبته واما ههنا فلم يتعلق حق الغير بالعبد فلا يجب عليه شيء انتهى ولعله غلط وقع من تاج الشريعة فاغتر به صاحب العناية لان مجرد تعلق حق الغير بالعبد المعتق لا يوجب السعاية عليه بل لا بد من ان لا يقدر معتقه على ايفاء ذلك الحق ولهذا قالوا اذا اعتق الراهن العبد المرهون وهو معسر يجب السعاية على العبد لحق المرتهن حيث زادوا قيد الاعسار ولا يخفى ان الراهن فيما اذا اكره على اعتاق عبده المرهون ففعل لقدر على ايفاء حق المرتهن بما ضمنه المكره من قيمة ذلك العبد فان له ان يضمنه اياها لما ذكر في الكتاب فكان ينبغي ان لا يجب السعاية على العبد ثم ان قول صاحب العناية بخلاف ما اذا كان العبد مرهونا فاكره الراهن على اعتاقه الى آخره لا يكاد يصح ههنا لان تلك الصورة داخلة في اطلاق ما نحن فيه من مسألة الكتاب فكيف يصح الحكم بالمخالفة بينها وبين ما نحن فيه بخلاف الصورتين المذكورتين في الكافي وعامة الشروح فانهما مسألتان مغايرتان لما نحن فيه فيصح الحكم بالمخالفة بينهما وبين ما نحن فيه وكذا قول تاج الشريعة واما ههنا فلم يتعلق حق الغير بالعبد الى آخره ليس بسديد فانه ليشعر المخالفة ايضا بين تلك الصورة وبين ما نحن فيه مع انها داخلة في اطلاق ما نحن فيه كما لا يخفى والظاهر وجوب السعاية على العبد في الصورة المزبورة لا ينتقض بها ما ذهب اليه ابو حنيفة رحمه الله من ان السعاية انما يجب على العبد للتخريج الى الحرية اذ لا تخريج الى الحرية في تلك الصورة لما ذكروا ان العبد قد خرج الى الحرية بالاعتاق فلا يمكن تخريجه اليها ثانيا فلزم ان لا يتم قول تاج الشريعة وصاحب العناية وغيرهما في ذيل شرح هذا المحل وهذا القدر من التعليل كاف على مذهب ابي حنيفة رحمه الله على ما لا يخفى على المتأمل واما على مذهبهما فمنتقض بما اذا اعتق المحجور عليه بالسفه فانه يتعلق به وجوب عليه السعاية عندهما وقد اعتق ملكه ولا حق لاحد فيه فيزاد لهما في التعليل وهو غير محجور عليه تامل تفهم قوله وان اكره على الزنا وجب عليه الحد عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يكرهه السلطان وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجب الحد ووجه قولهما ان المعتبر في الاكراه كونه باعيا يخاف بقدرته المكره على الايقاع وخوف المكره الوقوع كما مر وذلك قد يكون من غير السلطان اكثر تحقق لان السلطان يعلم انه لا قوة فهو وداناه في امره وغيره يخاف الفوت بالالتجاء الى

كان الردة تتعلق بالاعتقاد والهزؤ اذ لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا يثبت البينونة بالشك فان قالت المرأة قد بنت منك وقال لم اقصد الطلاق وقلبي مطمئن بالايمان فالقول قوله استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله

السلطان فيعمل في الايقاع وجه قول ان المكره يعتبر عن دفع السلطان عن نفسه اذ ليس قوته من يلتجئ اليه ويقدر على دفع اللص بالالتجاء الى السلطان فان التفرق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو اذا لا حكم له فلا يسقط به الحد كذا في العناية والنهاية وهو المطابق لما ذكره المصنف في كتاب الحدود اقول يتجه على الوجه المذكور من قبل ابي حنيفة رحمه الله ان يقال مذهبه ذلك مسموع كيف وقوع خلق للمعصومين وقطاع الطريق بالناس وعجزهم عن دفع شرهم ولا سيما في المواضع المتغلبة سيما في المواضع الثابتة عن العمران الكثير من ان تحصى ولئن سلم الندرة فان لا يكون للسلطان حكم فيما يندرئ بالشبهات من الحدود سيما في حد الزنا كما سنح فيه ممنوع اذ لا شك ان عجز الاحتمال يثبته الشبهة فضلا عن الوقوع بطريق الندرة قال في غاية البيان في هذا المقام ودليلهما ظاهر لان الكلام فيما اذا جاء من غير السلطان ما يأتي من السلطان في موضع لا مدفع عادة وفي مثل هذا السلطان في غير الامصار سوى الايرى انه لو كان في غير المصر اعتبر بالاجماع ولا بالي ضيقة حرانه اصلا فيغلب عادة اذا كان في المصر لان الظاهر انه يلجئه الخوف من الناس او من السلطان فيندفع والحكم لا يبنى على النادر حتى او كان في موضع يغلب كما في غير المصر يعتبر كذا قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي انتهى اقول على هذا التقرير يمكن ان يندفع منع الندرة ولكن يبقى منع ان لا يكون للنادر حكم فيما يندرئ بالشبهات كما سنح فيه على حاله ثم اقول اطلاق مسئلة الكتاب واطلاقات عامة المعتبرات في ان حكم الاكراه مخصوص بالسلطان عنده وعامة كل متغلب يقدر على تحقيق ما هدد به عندهما مما لا يساعد القول بان الاكراه من غير السلطان في غير المصر معتبر بالاجماع يظهر ذلك بالتامل في عبارة الكتاب وتتبع سائر المعتبرات قال الامام خاضيخان رحمه في اول كتاب الاكراه من فتاواه الاكراه لا يتحقق الا من السلطان في قول ابي حنيفة رحمه الله وفي قول صاحبيه يتحقق من كل متغلب يقدر على تقدير تحقيق ما هدد به وعليه الفتوى انتهى وقال من الذخيرة والمحيط ومن شرط صحته ان يكون الاكراه من السلطان عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما اذا جاء من غير السلطان مما يجيء من السلطان فهو اكراه صحيح شرعا والاختلاف على ما لا يخفى مذكور في مسئلة الزنا وصورتها غير السلطان اذا اكره رجلا على الزنا فعلى قول ابي حنيفة رحمه الله يجب الحد على الزاني كانه باشر الزنا طوعا وعلى قولهما لا حد عليه فظن بعض مشائخنا ان الخلاف بينهم في الزنا خاصة وانما في غيره فاكراه غير السلطان اكراه السلطان سواء عندهم جميعا ومنهم من قال الخلاف في الزنا وغيره من الاحكام ايضا سواء واختلفوا فيما بينهم بعضهم قالوا هذا اختلاف عصر وزمان وبعضهم قالوا هذا اختلاف حجة وبرهان انتهى فتدبر قوله لان الردة تتعلق بالاعتقاد الا ترى انه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك لا يثبت البينونة بالشك قال صاحب العناية ويجوز ان يجعل كلامه دليلين جدهما ان يقال ان الردة تتبدل الاعتقاد وتبدل الاعتقاد لا يتحقق بالشك باثبات لقيام الدليل وهو الاكراه والثاني ان يقال الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاده الكفر شك لانه امر مغيب لا يطلع عليه الا بترجمة اللسان وقيام الاكراه يصرف عن صحة الترجمة فلا يثبت البينونة هي المترتبة على الكفر بالشك انتهى اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان ما قاله لغو من الكلام لان ما عمم دليلين متحدان في المعنى وانما التغاير بينهما في بعض الالفاظ وهو تبدل الاعتقاد في الاول واعتقاد الكفر في الثاني ولا يتبادر ان تبدل اعتقاد المسلم انما يكون باعتقاد الكفر فالاتحاد في المعنى جعلهما دليلين وان جعل مدار جعلهما دليلين مجرد تغايرهما في اللفظ فلا معنى لجعل كلام المصنف رح دليلين ايضا لان الواقع في كلام المصنف هو اللفظ الثاني دون الاول كما جرى قوله فالقول له استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول له قال صاحب العناية في حل هذا المحل على وجه الاستحسان ان اللفظ يعني كلمة الكفر غير موضوع للفرقة يعني لم ينظر فيها طورا ما من حيث التحقيقة حتى يكون صريحا يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق بل دلالته عليها من حيث ان اللفظ دليل وترجمة لما في القلب فان دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالته عليها دلالة مجازية ومع الاكراه لا يدل على التبدل فضلا على ان يكون صريحا فيه يقوم لفظه مقام معناه فلهذا كان القول قوله انتهى كلامه اقول فيه خلل فان قوله فان دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالته عليها دلالة مجازية لا يكاد يتم اذ لا بد في المجاز من كون اللفظ مستعملا

بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل رجحنا الاسلام في الحالين لانه يعلو ولا يعلى وهذا بيان الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقده فليس بمسلم ولو اكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم جحد لم يقتل لتمكن الشبهة وهي دارئة للقتل ولو قال انما اكرهت على اجراء كلمة الكفر اخبرت عن امر ماض ولم اكن فعلت بانت منه حكما لاديانة لانه اقرار له طائع بابانة مالم يكره عليه وحكم الطلاق ماذكرناه ولو قال اردت ما طلبت مني ودقد خلوا بالخبز ما فيه بانت ديانة وقضاء لانه اقر انه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم انه خلط الخبز ومن هذا اكره على الصلوة للصليب وسب محمد النبي عليه السلام فصلى وقال نويت الصلوة لله تعالى وسب غير النبي عليه السلام بانت منه قضاء لا ديانة ولو سجد للصليب وسب محمدا النبي عليه السلام وقد خطر بباله الصلوة لله تعالى وسب غير النبي عليه السلام بانت منه ديانة وقضاء لما مر وقد زدناه زيادة على هذا في تكملة الفتح والله اعلم

كتاب الحجر

في المعنى المجازي ولا شك ان اللفظ ههنا وهو كلمة الكفر غير مستعمل في الفرقة لا حقيقة ولا مجازا وانما هي اي الفرقة اثر لازم لمعنى اللفظ وهو الاعتقاد الردي فلم يكن دلالة اللفظ عليها مجازية بل كانت التزامية بحتة وكان انتفاؤها من اللفظ بطريق الاستتباع لا بطريق الاصالة فصارت من قبيل مستتبعات الالفاظ المغايرة للحقيقة والمجاز على ما عرف في علم البلاغة فان قلت يجوز ان يراد بالمجازية ههنا المتجاوزة عن المعنى الحقيقي الى اي شئ كان لا المتجاوزة عن المعنى الحقيقي الى المعنى المجازي فقط فتعم مستتبعات الالفاظ ايضا قلت هذا المعنى مع كونه مخالفا للعرف والاصطلاح بالكلية يابا عد اقوله من قبل يعني لم يظهر فيها ظهورا بينا من حيث الحقيقة فتامل فالوجه الجمل المفيد المطابق للمشروح ما ذكره صاحب النهاية مغربا الى الايضاح حيث قال وجه الاستحسان ان هذه اللفظة غير موضوعة للفرقة وانما تقع الفرقة باعتبار تغير الاعتقاد والاكراه دليل على عدم تغير الاعتقاد فلا تقع الفرقة كذا في الايضاح انتهى **قوله** بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل رجحنا الاسلام في الحالين لانه يعلو ولا يعلى وهذا بيان الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقده فليس بمسلم ولو اكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم جحد لم يقتل لتمكن الشبهة وهي دارئة للقتل ولو قال انما اكرهت على اجراء كلمة الكفر اخبرت عن امر ماض ولم اكن فعلت بانت منه حكما لا ديانة لانه اقرار له طائع بابانة مالم يكره عليه وحكم الطلاق ماذكرناه ولو قال اردت ما طلبت مني ودقد خلوا بالخبز ما فيه بانت ديانة وقضاء لانه اقر انه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم انه خلط الخبز ومن هذا اكره على الصلوة للصليب وسب محمد النبي عليه السلام فصلى وقال نويت الصلوة لله تعالى وسب غير النبي عليه السلام بانت منه قضاء لا ديانة ولو سجد للصليب وسب محمدا النبي عليه السلام وقد خطر بباله الصلوة لله تعالى وسب غير النبي عليه السلام بانت منه ديانة وقضاء لما مر وقد زدناه زيادة على هذا في تكملة الفتح والله اعلم

كتاب الحجر

اورد الحجر عقيب الاكراه لان في كل منهما سلب ولاية المختار عن الجري على موجب الاختيار الا ان الاكراه لما كان اقوى تاثيرا لان فيه سلبها عن الاختيار صحيح وولاية كاملة بخلاف الحجر كان احق بالتقديم كذا في الشروح ومن محاسن الحجر ان فيه شفقة على خلق الله عز وجل وهي احد قطبي الديانة والآخر التعظيم لامر الله تعالى وتحقيق ذلك ان الله تعالى خلق الورى وفاوت بينهم في الحجى فجعل بعضهم اولي الرامي والنهى ومنهم اعلام الهدى ومصابيح الدجى وجعل بعضهم مبتلى ببعض اسباب الردى فيما يرجع الى معاملات الدنيا كالمجنون الذي هو عديم العقل والمعتوه الذي هو ناقص العقل فاثبت الحجر عليهما عن التصرفات نظرا من الشرع لهما لان الظاهر من تصرفهما ضررهما اذ ليس لهما عقل كامل يردعهما وتمييز وافر يمنعهما وكذلك حجر الصبي الرقيق اما الصبي ففي اول احواله كالمجنون وفي آخرها كالمعتوه فما هو المتوقع من ضررهما يتوقع في حق الصبي واما الرقيق فانه يتصرف في مال غيره لانه لا مال له ولا يستعمل من يتصرف في مال الغير مثل استعماله في مال نفسه عادة فسد باب التعرف على الرقيق بالحجر لرقه نظر اللمولى ثم ان الحجر في اللغة هو المنع فانه مصدر حجر عليه القاضي اذا منعه وفي الشريعة هو المنع عن التصرف في حق شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون كذا في النهاية والعناية اقول فيه قصور اما اولا فلان الحجر في الشريعة ليس هو المنع عن التصرف مطلقا بل هو منع

قال الاسباب الموجبة للحجر ثلثة الصغر والرق والجنون فلا يجوز تصرف الصغير الا باذن وليه ولا تصرف العبد الا باذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال اما الصغر فلقصان عقله عن ادراك الاشياء على التمام والرق لرعاية حق المولى كيلا يتعطل منافع عبده ولا يملك رقبته بتعلق الدين به عن ان المولى باذن رضى بفوات حقه والجنون لا يجامعه الاهلية فلا يجوز تصرفه بحال اما العبد فاصل في نفسه والصبى يرتقب اهليته فلهذا وقع الفرق **قال** من باع من هؤلاء شيئا او اشترى وهو يعقل البيع ويقصد فالولى بالخيار ان شاء اجاز اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه كان التوقف في العبد حق المولى فيتخير فيه وفي الصبى والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه وكابان يعقل البيع ليوجد ركن العقد فينعقد موقوفا على الاجازة والمجنون قد يعقل البيع يقصد ولكن لا يتحرى المصلحة على الكمال فيكون سفيها وهو المعتوه الذى يصلح ويفسد عن قلة كما بينا في الوكالة فان قيل التوقف عندكم في البيع اما الشراء فالاصل فيه النفاذ على المباشر قلنا نعم اذا وجد نفاذا عليه كما في شراء الفضولى وههنا لم يجد نفاذا لعدم الاهلية او لنقصانها على المولى فوقفناه **قال** هذه المعانى الثلثة توجب الحجر في الاقوال دون الافعال لانه لا ضرر في ايجادها حسا ومشاهدة

عن التصرف قولا وفعلا كما يفصح عنه ما سيأتى في الكتاب من ان هذه المعانى الثلثة يعنى الصغر والرق والجنون يوجب الحجر في الاقوال دون الافعال واما ثانيا فلان المحجور عليه غير منحصر في الصغير والرقيق والمجنون بل المفتى الماجن والمتطبب الجاهل والمكارى المفلس محجور عليه ايضا بالاتفاق والسفيه والمحفل والمديون ايضا محجور عليه عند ابى يوسف ومحمد رحمهما الله كما سر جوابك كله في عامة المعتبرات وسيأتى في الكتاب شيئا فشيئا فقوله في ذيل التعريف وهو الصغير والرقيق والمجنون تفسير زائد وتقييد كاسد وباطل في التعريف المذكور تقصيرا من حيث اطلاق المقيد وتقييد المطلق وقال في الكافى الحجر في اللغة المنع وفي الشرع منع عن التصرف قولا لصغر ورق وجنون انتهى اقول فيه تدارك للمحذور الاول ولكن يبقى المحذور الثانى على حاله كما لا يخفى والاولى ما ذكر في معراج الدراية فانه قال فيه الحجر لغة المنع مصدر حجر عليه وشرعا منع مخصوص وهو المنع من التصرف قولا لشخص مخصوص وهو المستحق للحجر بای سبب كان انتهى تدبر **قوله** الاسباب الموجبة للحجر ثلثة الصغر والرق والجنون هذه الثلثة بالاتفاق والحق بها اشتق منه ثلثة اخرى بالاتفاق ايضا وهى المفتى الماجن والمتطبب الجاهل والمكارى المفلس واما المحجر المديون والسفيه بعد بالغ رشيد فعلى قول ابى يوسف ومحمد رحمهما الله كذا في الشروح اقول قد طبقت كلمة القوم في كتب الفروع على ادراج العتة في الجنون وجعل الاسباب الاصلية المتفق عليها ثلثة وهى الصغر والرق والجنون وفي كتب الاصول على جعل العتة قسيما للجنون كسائر الامور المتعرضة على الاهلية وفي الفاظ في اكثر الاحكام فقد خالف اصطلاحهم في الفروع اصطلاحهم في الاصول وهذا من النوادر **قوله** وهذه المعانى الثلثة توجب الحجر في الاقوال اى هذه المعانى الثلثة التى هى الصغر والرق والجنون توجب الحجر في الاموال حتى اوجب التوقف في الاقوال التى تتردد بين النفع والضرر كالبيع والشرى بطريق العموم بين الصغير والمجنون والعبد واوجب الحجر من الاصل بالاعدام في حكم اقوال تتمحض ضررا كالطلاق والعتاق في حق الصغير والمجنون دون العبد فانه يملك الطلاق كذا في النهاية والكفاية قال صاحب العناية في حل هذا المحل وهذه المعانى الثلثة يعنى الصغر والرق والجنون يوجب الحجر في الاقوال يعنى ما تتردد منها بين النفع والضرر كالبيع والشراء اى هذه المعانى يوجب التوقف على الاجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد واما ما تمحض منها ضررا كالطلاق والعتاق فانه يوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد واما ما تمحض منها نفعا كقبول الهبة والصدقة فانه لا حجر فيه على العموم انتهى كلامه فخصص الشارح المزبور الاقوال المذكورة في مسئلة الكتاب باقوال المتردد بين النفع والضرر حيث قال يعنى ما تتردد منها بين النفع والضرر كالبيع والشراء فلما خرج حينئذ عن الاقوال ما تمحض نفعا وما تمحض ضررا كان فائدة اخراج الاول ظاهرة بعد ثبوت الحجر فيه اصلا ودون فائدة اخراج الثانى لثبوت الحجر فيه ايضا في حق الصغير والمجنون فخصص معنى ايجاب الحجر ايضا حيث قال اى هذه المعانى يوجب التوقف على الاجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد واشار بذلك الى عدم ثبوت الحجر بهذا المعنى للمخصوص فيما تمحض ضررا من الاقوال بقوله واما ما تمحض منها ضررا كالطلاق والعتاق فانه يوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد ولا يذهب عليك ان عبارة الكتاب مع عدم مساعدتها الشيخ من التخصيصين المذكورين يلزم منها ذاك محذوران احدهما انه على ذلك المعنى الذى ذهب اليه الشارح المزبور يصير حال معنى هذه المسئلة وهى قوله وهذه المعانى الثلثة توجب الحجر في الاقوال معنى المسئلة السابقة وهى قوله ومن باع من هؤلاء شيئا او اشتراه وهو يعقل البيع ويقصد فالولى بالخيار ان شاء اجاز اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه فلا يكون في اعادة الثانية فائدة الا مجرد كونها توطئة لقوله دون الافعال وثانيهما انه لا يناسب حينئذ ادراج المتمحض ضررا من الاقوال كالطلاق والعتاق في المسائل المتفرعة على هذا الاصل وهو قوله وهذه المعانى الثلثة توجب الحجر في الاقوال وقد اورد عليها في الكتاب حيث قال فيما بعد والصبى والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما ولا يصح طلاقهما ولا اعتاقهما وصرح الشارح المزبور وغيره هناك بان تلك المسائل ذكرت تفريعا على الاصل المذكور وقد وقع التصريح بناء على التفريع في مختصر القدورى في قوله

بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه الا اذا كان لعدم يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون **قال** والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما ما بينا ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما لقوله عليه السلام كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه

فالصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما لا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما بعد قوله وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الاقوال ودون الافعال بتعيين التفريع بنفس عبارته فالوجه عندي ان اللام في الاقوال في قوله توجب الحجر في الاقوال للجنس وان المراد بايجاب الحجر في قوله توجب الحجر في الاقوال ما يعم ايجاب التوقف على الاجازة كما في الاقوال المتردد بين النفع والضرر وايجاب الاعدام من الاصل كما في الاقوال المتمحضة للضرر فلا يحتاج الى اخراج هذا القسم اعني ما تمحض ضررا عن الاقوال المذكورة في الاصل المسفور بل هذا القسم ايضا داخل في جنس الاقوال فيشمله ذلك الاصل فينا سب تفريع المسائل الآتية بأسرها عليه ولا يضر عدم تحقق الحجر في الاقوال التي تمحض نفعا لان تحقق الحجر في جنس الاقوال لا يقتضي تحققه في جميع افرادها فصار الاصل المزبور مجملا وما فرع عليه من المسائل مبينا له فما جعل في تلك المسائل ما يحجر فهو داخل تحت حكم الحجر وما لا فلا فتامل تقف **قوله** بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه اقول فيه اشكال لان الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص واليمين والنذر كلها من الاقوال المعتبرة في الشرع مع ان القصد ليس بشرط لاعتبارها في الشرع الا يرى ان طلاق العاقل البالغ هازلا او كذا يمينه هازلا او نذره هازلا صحيح معتبر في الشرع على ما صرحوا به في مواضعها سيما في مباحث النزل من كتب الاصول مع ان الهزل ينافي القصد لا محالة فان عدم القصد والارادة معتبر في نفس مفهوم الهزل ثم قال في العناية فان قيل الاقوال موجودة حسا ومشاهدة فما بالها شرط اعتبارها موجودة شرعا بالقصد دون الافعال فالجواب من وجهين احدهما ان الاقوال الموجودة حسا ومشاهدة ليست عين مدلولاتها بل هي دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن ان يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم بخلاف الافعال فان الموجود منها عينها فبعدما وجدت لا يمكن ان تجعل غير موجودة والثاني ان القول قد يقع صدقا وقد يقع كذبا وقد يقع جدا وقد يقع هزلا فلا بد من القصد الا يرى ان القول من الحر البالغ العاقل اذا وجد هزلا لم يعتبر شرعا فكذا من غيره الثلثة بخلاف الافعال فانها حيث وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها انتهى اقول في كل من وجهي الجواب نظرا اما في الاول فلانه غير متمش في الانشاآت من الاقوال كالبيع والهبة والتطليق والاعتاق ونحوها فان الانشاآت ايجادات لا يمكن تخلف مدلولاتها عنها ولا يخفى ان اكثر الاقوال المعتبرة في الشرع في افادة الاحكام الشرعية من قبيل الانشاآت فلا يتم التقريب واما في الثاني فلانه منتقض بما يساوي فيه الجد والهزل من الاقوال كالطلاق والعتاق ونحوهما تدبر تفهم **قوله** والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما الخ اراد بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم في قوله ومن باع من هؤلاء شيئا فالولي بالخيار وانما اعاد المسئلة تفريعا على الاصل المذكور ان هذه المعاني الثلثة توجب الحجر عن الاقوال لتساوق التعليلات في موضع واحد كذا في النهاية والعناية قال بعض الفضلاء واذا اريد بالصبي والمجنون الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب لا يحتاج الى تاويل صحة بعدم النفاذ ويخلص كلام المصنف رح عن وصمة التكرار انتهى وقد اخذ هذا المعنى من آخر كلام صاحب نهاية البيان هنا فان قال اراد بقوله لا يصح لا ينفذ لانه جعل صحة العقد فائدته الذي تترتب بين النفع والضرر موقوف على اجازة الولي الا يرى الى ما قال قبيل هذا بقوله ومن باع من هؤلاء شيئا وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء اجازه الا اذا اريد به بقوله والصبي من لا يعقل اصلا وبقوله والمجنون الذي لا يفيق اصلا فحينئذ يجري قوله ولا يصح على ظاهره انتهى كلامه اقول لا مساغ لذلك الاحتمال لان حمل الصبي والمجنون في قوله والصبي والمجنون لا يصح عقودهما على الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب فقط مما لا يساعده القاعدة فان المعرف بلام التعريف اذا لم يكن هناك معهود انما يحمل على الجنس في تلك الصورة عند اهل العربية وعلى الاستغراق في قاعدة اهل الاصول كما تقرر كله في موضعه فهنا الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب عليه لم يعهد بخصوصهما قطعا فلا بد ان يراد الصبي والمجنون المذكوران هنا جنسهما او جميع افرادهما على احدى القاعدتين لا حصة مخصوصة منهما كما توهم ولكن سلم مساعدة القاعدة لذلك فلو اريد بهما هنا ذلك القسم المعين جنسا لزم ان لا يكون احكام عقود الصبي العاقل والمجنون الغير المغلوب الذي هو المعتوه ولا احكام اقراره طلاقها وعتاقها

والاعتاق بتحقيق مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فليس الامر موقوفا على اجازته ولا ينفذان مباشرتهم بخلاف سائر العقود وان اتلفا شيئا لزمهما ضمانه احياء لحق المتلف عليه وهذا لان كون الاتلاف موجبا لا يتوقف على القصد كالذي ينقلب بانقلاب النائم عليه والجائف المائل بعد الاشتداد بخلاف القول على ما بيناه قال تاما العبد فاقراره نافذ في حق نفسه لقيام اهليته غير نافذ في حق مولاه رعاية لحقه لان نفاذه لا يعدوه عن تعلق الدين برقبته او كسبه وكل ذلك اتلاف ماله قال فان اقر بمال لزمه بعد العتق لوجود الاهلية وزوال المانع ولا يلزمه في الحال لقيام المانع وان اقر بحد او قصاص لزمه في الحال لانه مبني على اصل الحرية في حق الدم حتى لا يصح اقرار المولى عليه بذلك طلاقه ما روناه لقوله عليه السلام العبد والمكاتب شيئا الا الطلاق ولانه عارف بوجه المصلحة فيه فكان اهلا ولكن فيه ابطال ملك المولى ولا تفوت منافعه فينفذ والله اعلم

باب الحجر للفساد

قال ابو حنيفة رح لا يحجر على الحر العاقل البالغ السفيه وتصرفه في ماله جائز وان كان صدره مفسدا ويتلف ماله فيما لا حجر عليه ولا مصلحة وقال ابو يوسف ومحمد رح يحجر عليه وهو قول الشافعي رح ويمنع من التصرف في ماله

مذكورة في كتاب الحجر اصلا اذ موضع ذكر تلك الاحكام هناك ثم تذكر في موضع آخر من هذا الكتاب فيلزم ان يكون متروكة السدى ولا يخفى فساده ولا يحتاج في وهمك انها تفهم مما ذكر دلالة لان سبب الحجر في الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب اقوى من سببه في غيرهما فلا يدل على عدم تصرف في حقهما على عدم صحته في حق غيرهما كما لا يخفى قوله والاعتاق بتحقيق مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام والاعتاق بتحقيق مضرة لاستحالة الطلاق وان امكن ان يرد بين النفع والضرر باعتبار مراقبة الحال بعد البلوغ لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق بحال اما في الحال فلعدم الشهوة واما في المال فلان علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين الاخلاق وتنافر الطباع عند بلوغه حد الشهوة ولا علم له بذلك والولي وان امكن ان يقف على مصلحة في الحال لكن لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة انتهى كلامه اقول فيه بحث اما اولا فلان جهلة الطلاق تتمايز وبين النفع والضرر تخالف لما صرح به نفسه وسائر الشراح فيما مر من انه ما تحقق ضرر للعلم الا ان يجعل كلامه ههنا على التنزل والتسليم فتامل واما ثانيا فلانه ان اراد بالمصلحة في قوله والولي وان امكن ان يقف على مصلحة في الحال مصلحة للصبي في الطلاق كما هو الملائم لما نحن فيه وهو الطلاق المقول من قبل لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق يلزمه ان لا يتم قوله وان امكن ان يقف على مصلحة في الحال لان علة عدم الوقوف على مصلحة في الطلاق في الحال عدم شهوته في الحال كما افصح عنه المصنف رح والشارح المزبور في تعليل عدم وقوف الصبي على تلك المصلحة فعند تقرير هاتيك العلة كيف يمكن للاولى ان يقف على تلك المصلحة وان اراد بالمصلحة المذكورة مصلحة في غير الطلاق تكون ذكرا بالغوا في اثبات ما نحن فيه كما لا يخفى

باب الحجر للفساد

اخر هذا الباب لان اسباب الحجر فيما تقدم عليه بها وتيد وسبب الحجر ههنا مكتسب والسماوي في التاثير اقوى فكان بالتقديم اولى وفي الحجر في الاول متفق عليه وفي الثاني مختلف فيه والمتفق عليه احرى بالتقديم قال في العناية والمراد بالفساد ههنا هو السفه وهو خفة تعتري الانسان فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع انتهى اقول في تفسير كل من معنيي السفه على الوجه المذكور شيء اما في الاول فهو ان العمل بخلاف موجب العقل مع موجب العقل مشكل اذ الظاهر ان موجب الشيء لا يختلف عنه وعن هذا قال في المبسوط والكافي السفه هو العمل بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى وترك ما يدل عليه الحجى واما في الثاني فهو انه ان كان معنى السفه في عرف الفقهاء تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع فكيف يتصور القول من ابي حنيفة رحمه الله بعدم الحجر على السفيه اذ لا مساغ لعدم المنع عما هو خلاف مقتضى الشرع عند احد من الفقهاء ويمكن الجواب عن الاول بان المراد بخلاف موجب العقل خلاف موجب حكم العقل لا خلاف موجب نفس العقل فاللازم عدم التخلف عن حكم العقل لا عن نفسه ولا محذور فيه لامكان العمل بخلاف ما اوجبه حكم العقل كما هو حال النفوس الخبيثة وعن الثاني بان ما هو على خلاف مقتضى الشرع يجب ان ينهى عنه مرتكبه باللسان على الاتفاق وفي عمل السفيه بالسفه الحجر عنه بمعنى ابطال حكم التصرف بالكلية وان كان ذلك التصرف في نفس مال المتصرف فهو امر آخر ورا ذلك لم يقل به ابو حنيفة رح بناء على استدراك ضرر اشد من ضرر اتلاف المال كما ياتي بيانه في الكتاب وقال في النهاية ثم اعلم ان مسائل هذا الباب كلها مبنية على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لا على قول ابي حنيفة رحمه الله فانه لا يرى الحجر للفساد والسفه اصلا انتهى اقول ليس هذا الكلام بسديد فان اكثر مسائل هذا الباب مما اتفق عليه ابو حنيفة رح وصاحباه كقوله وان اعتق عبدا نفذ عتقه وقوله ولو دبر عبده جاز وقوله ولو جاءت جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية ام ولد وقوله وان تزوج امرأة جاز نكاحها وان سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها

لانه يبتغي ماله بمعرفته لاعلى الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي بل اولى لان الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقته ولهذا منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما منع من يده ولان في حنيفة ره انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد وهذا لان في سلب ولاية اهل اراده ابقاء الحاقه بالبهائم وهو اشد ضررا من التبذير فلا يتحمل الا على الوجه الادنى حتى لو كان الحجر فيه ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفلس جاز فيما روي عنه اذ هو دفع ضرر الاعلى بالادنى ولا يصح القياس على منع المال لان الحجر ابلغ منه في العقوبة ولا على الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظرا له الشرع مرة باعطاء الله القدرة والحري على اخباره ومنع المال فقد لان غالب السفه في الهبات والتبرعات والصدقات وذلك يقف على اليد قال واذا حجر القاضي عليه ثم رفع الى قاض اخر فابطل حجره واطلق عنه جاز لان الحجر منه فتوى وليس بقضاء الا ترى انه لم يوجد القضية له والمقتضى عليه ولو كان قضاء تنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء حتى لو رفع نصوبه بعد الحجر الى القاضي الحاجر او الى غيره فقضى ببطلان ما رفعه اليه لم ينفذ ورفع الى قاض اخر نفذ ابطاله لانتقال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك ثم عند ابي حنيفة ره اذا بلغ غير رشيد ولم يسلم اليه ماله حتى بلغ خمسا وعشرين سنة فان تصرف فيه قبل ذلك تقدر تصرفه فاذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم يؤنس منه الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله ابدا حتى يؤنس رشده ولا يجوز تصرفه فيه لان علة المنع السفه فبقي ما بقي العجز وصار كما

وقوله ولو طلقها قبل الدخول وجب لها النصف وقوله وتحرج الزكوة من مال السفيه وتنفق على اولاده وزوجته ومن تجب نفقته من ذوي اهله وقوله فان اراد حجه الاسلام لم يمنع منها ولو اراد مرة واحدة لم يمنع منها وقوله فان مرض وادعى وصايا في القرب والوجوه الخير جاز ذلك في ثلث ماله وقوله ولو حجر الفاسق عندنا اذا كان مصلحا لماله وانما المسائل الخلافية بين ابي حنيفة رح وصاحبيه من مسائل هذا الباب ثلث عشرة منها مذكورة ههنا مذكورة ثمان في اول الباب في البداية والبداية احدى لهما مسئلة انه لا يحجر السفيه عند ابي حنيفة ره ويحجر عندهما وآخر لهما مسئلة ان الغلام البالغ غير رشيد اذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله عند ابي حنيفة رحمه الله وان لم يؤنس منه رشده وعندهما لا يدفع اليه ماله حتى يؤنس منه رشده وواحدة منها مذكورة في آخر الباب في البداية وحدها وهي مسئلة ان يحجر القاضي بسبب الغفلة عندهما ومع ذلك جعل قول ابي حنيفة رح في المسئلتين الاوليين اصلا في الذكر وقولهما تبعا له فلم يبق من مسائل هذا الباب ما هي مبنية على قولهما لا على قوله الا المسئلة الاخيرة المذكورة في الهداية وحدها فكيف يصح القول بان مسائل هذا الباب كلها مبنية على قول ابي يوسف رح ومحمد رح لا على قول ابي حنيفة رح ثم اقول لو قال بدل ذلك الكلام ثم اعلم ان تلقيب هذا الباب بباب الحجر للفساد مبني على قول ابي يوسف رح ومحمد رح لا على قول ابي حنيفة رح فانه لا يرى الحجر للفساد اصلا كان له وجه صحيح كما لا يخفى **قوله** لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي قال صاحب العناية استدل المصنف ره بقوله لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل وكل من هو كذلك يحجر عليه نظرا له كالصبي فهذا يحجر عليه انتهى اقول تقريره غير مطابق للمشروح اذ لا يخفى ان حاصل كلام المصنف رح ههنا قياس السفيه على الصبي قياسا خفيا في وجوب الحجر عليه نظرا له اورشده اليه قطعا قوله فيما سياتي من قبل ابي حنيفة رح ولا يصح القياس على منع المال ولا على الصبي وقد قرره الشارح المذكور على القياس المنطقي حيث قدر الكبرى الكلية وجعل قوله فيحجر عليه نتيجة القياس كما ترى ثم ان صاحبي النهاية والعناية قالا هذا الدليل الذي ذكره المصنف رح انما يصح على قول ابي يوسف رح ومحمد رح لا على قول الشافعي رح لان حجر السفيه عنده بطريق الزجر والعقوبة لا بطريق النظر له وقالا فائدة هذا الخلاف بينهم تظهر فيما اذا كان السفيه مفسدا في دينه مصلحا في ماله كالفاسق فعند الشافعي رح يحجر عليه زجرا وعقوبة وعندهما لا يحجر عليه انتهى اقول فيه نظر لان من كان مصلحا في ماله لا يسمى سفيها في عرف الفقهاء كما افصح عنه صاحب العناية فيما مر حيث قال وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع واما كون المصلح في ماله اذا كان مفسدا في دينه يسمى بالسفيه على معناه الاصلي فلا يجدي نفعا ههنا اذ نحن بصدد بيان حكم السفيه في عرف الفقهاء بانه لا يحجر عليه عند ابي حنيفة رح ويحجر عليه عند ابي يوسف رح ومحمد رح والشافعي رح ولو كان الفاسق داخلا في السفيه في عرفهم لما صح بيان الحكم بالوجه المذكور فان الفاسق لا يحجر عليه عند احد من ائمتنا كما سياتي في الكتاب **قوله** ولابي حنيفة رح انه مخاطب عاقل فلا يحجر اعتبارا بالرشيد قيل لشكل هذا بالعبد فانه مخاطب عاقل ايضا ومع ذلك يحجر عليه واجيب بوجهين احدهما انه ذكر المخاطب مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل والعبد ليس بمخاطب كامل لسقوط الخطابات المالية عنه كالزكوة وصدقة الفطر والاضحية والكفارات المالية وسقوط بعض الخطابات الغير المالية كالحج وصلوة الجمعة والعيدين والشهادات وشطر الحدود وغيرها والثاني ان المراد بالمخاطب في قوله انه مخاطب هو المخاطب بالتصرفات المالية بدلالة محل الكلام لان الكلام في الحجر عن التصرفات المالية كالبيع والشراء والهبات والصدقات فحينئذ لا يتناول قوله انه مخاطب العبد لانه لا مال له فلا تصرف في المال ولا خطاب فيه هذا زبدة ما في النهاية وغيرها اقول بقي في كلام المصنف رح شئ وهو ان قوله عاقل بعد قوله انه مخاطب مستدرك لان المخاطب لا يكون الا عاقلا فان ما ليس بعاقل كالصبي والمجنون ليس بمخاطب لامحالة **قوله** وقالا لا يدفع اليه ماله ابدا حتى يؤنس منه رشده قال صاحب العناية وتسامح عبارته في الجمع بين الابد وحتى ظاهر انتهى اقول يمكن توجيه عبارته بان يحمل الابد على الزمان الطويل الممتد كما حمل بعض المفسرين الخلود في قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا

قال ان تزوج امرأة جاز نكاحها لانه لا يتوقف فيه الحول ولانه من جنس النفقة الاصلية ان سمى لها مهرا جاز بمهر مثلها لانه من متعارفات النكاح وبالمهر المسمى لانه الاصل فيه هو التزم بالتسمية ولا تعتبر الزيادة بنصاب كما في مهر المثل ولانه لا يتوقف على الحول بخلاف الزكوة قال فان خرج الزكوة من مال السفيه لانها واجبة عليه يتبع على الاولاد زوجته ومن يجب نفقته عليه من ذوي رحامه كان اجيبه ولده وزوجته من جراحه ولا نفقة على في الرحم واجب لانها تجب حقا للزوجية والسفه لا يبطل حقوق الناس لان القاضي يدفع قدر الزكوة اليه ليفرقها الى مصارفها لانه لا بد من نيته لكونها عبادة لكن يجب ان يعلمه كيلا يصرفها في غير الجهة وفي النفقة يدفع الى الصبي لانه ليست بعبادة فلا يحتاج الى نيته وهذا يخالف ما ذكره الخصاف اذا حلف انه لا يدفع الى فلان فدفع الى ابنه الصغير لا يحنث لان الدفع الى الصبي دفع اليه حقيقة وفي الكبير يحنث لانه دفع الى وكيله حكما وحيث لا يكفر بالصوم لانه مما يجب بفعله فلا يتأدى بفعل غيره قال فان اراد تحليف الامين ليس له ذلك لان الحلف لا يستحق الا على من ادعى عليه حقا والامين لا يدعى عليه شيئا وانما يحلف المدعي ولان الحلف يشرع لقطع الخصومة والامين لا يخاصم قال فان اراد تحليف الامين ليس له ذلك لان الحلف لا يستحق الا على من ادعى عليه حقا والامين لا يدعى عليه شيئا وانما يحلف المدعي ولان الحلف يشرع لقطع الخصومة والامين لا يخاصم

وجوب السعاية والحجر الترفيه والثالث ان التعليل المذكور انما يصح في حق السفيه لا في حق الهازل والصحيح فيه ان يقال لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له لانتقصان في العقل والجواب عن الاول ان القضاء بالحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع الى الاتلاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذر لان في تنفيذهما اضاعة المقصود من الحجر لامكان ان يتصرف في جميع ماله باليمين والحنث والنذر وعن الثاني ما يجيء في الكتاب وعن الثالث ان قصد اللعب بالكلام وترك ما وضع له من مكابرة العقل واتباع الهوى فلا فرق بينهما انتهى اقول في الجواب عن الاول وعن الثاني على الوجه المذكور بحث ايضا اما في الجواب عن الاول فلان اصل ذلك الجواب بيان وجه عدم تنفيذ الكفارات والنذر الواقعة من السفيه وهذا لا يجدي شيئا في دفع البحث الاول لان حاصل ذلك البحث كما ترى نقض كلية قولهما ان كل تصرف يؤثر فيه الحجر وما لا فلا بعدم تنفيذ القاضي تصرف السفيه في الكفارات والنذر مع عدم تاثير الحجر في شيء منهما فما ذكر في الجواب يقوي البحث فضلا عن ان يدفعه واما في الجواب عن الثاني فلان ما يجيء في الكتاب هو قول المصنف رح لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا انه متعذر فتجب رده بردالقيمة كما في الحجر على المريض ولا يذهب عليك ان هذا ايضا لا يدفع نقض الكلية المعتبرة في اصلها كما هو حاصل البحث الثاني ايضا بل بقوله كما عرفت آنفا ثم ان بعض الفضلاء اورد على قول صاحب العناية في البحث الثالث والصحيح فيه ان يقال لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له حيث قال فيه بحث اذ هذا المعنى لا يوجد في السفيه ولا بد من الاشتراك انتهى اقول كانه غلط في الاستخراج فتوهم ان الضمير المجرور في قوله والصحيح فيه راجع الى التعليل فاعترض بانه لا بد في تمام التعليل هنا من الاشتراك في العلة وهذا المعنى يعني قصد اللعب دون ما وضع الكلام له لا يوجد في السفيه كما ان المعنى المذكور في الكتاب لا يوجد في الهازل على زعم صاحب البحث الثالث ولكن لا يخفى على الفطن ان الضمير المجرور راجع الى حق الهازل في قوله لا في حق الهازل فالمعنى والذي يصح في حق الهازل ان يقال لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له ما ذكر في الكتاب فانه انما يصح في حق السفيه فقط فحينئذ لا يكون البحث ذلك القائل وجه كما لا يخفى **قوله** ولنا قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم وقد انس نوع رشد فينا وله النكرة المطلقة قال في النهاية وفي المبسوط فقوله رشدا منكرة في موضع الاثبات والنكرة في موضع الاثبات تخص ولا نعم فاذا وجد رشدا ما فقد وجد الشرط فيجب دفع المال اليه انتهى اقول تقرير دليل الاستدلال في هذه المسئلة على الوجه المذكور في الكافي وفي المبسوط ينتقض بقول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في السفيه المصلح في دينه دون ماله فانه يحجر عليه عندهما كما مر مع انه قد انس منه نوع رشد وهو الرشد في دينه فينا وله النكرة المطلقة فيجب ان يدفع اليه ايضا ماله والاظهر في تقرير الاستدلال ان يتمسك بالآية الكريمة المذكورة ما ذكره صاحب الكفاية بعد ذكره في الكتاب وشرحه على وفق ما في المبسوط حيث قال لان الرشد في المال مراد بالاجماع فلا يكون الرشد في الدين مرادا كيلا تعم النكرة المطلقة اولا ان الدفع معلق بايناس رشد واحد لانه نكرة في موضع الاثبات فلا يكون الرشد مرادا لانه حينئذ يكون معلقا برشدين انتهى فتدبر **قوله** ولان الفاسق من اهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون الى اليا للتصرف اقول يرد عليه ان نقض السفيه المصلح في دينه دون ماله على قوله لا محالة لان الاسلام فيه ايضا متحقق بل هو اقوى فلزم ان يكون من اهل الولاية فينبغي ان يكون الى اليا للتصرف ايضا غير محجور عليه كما ذهب اليه ابو حنيفة رحمه الله **قوله** ويحجر القاضي عندهما ايضا وهو قول الشافعي رح بسبب الغفلة وهو ان يعين في التجارات الى آخره واعترض بانه خلاف ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم فانه ما حجر على حبان بن منقذ وكان يغبن في التجارات بل قال له قل لا خلابة ولي الخيار ثلثة ايام فاثبت له البيع بشرط الخيار وما حجره واجيب بان الحجر على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم لما انه يتلف الاموال كالسفيه فلا يعارضه خبر الواحد كذا ذكره تاج الشريعة قال صاحب العناية بعد ذكر الاعتراض الجواب ورد بان ذلك لمنع المال فليس النزاع فيه انتهى وقال بعض الفضلاء ويجوز ان يقال يفهم منه الحجر ايضا بطريق الدلالة والالتزام بعد المنع كما سبق من وليلهما انتهى اقول ويجوز ان يرد هذا ايضا بان الحجر

فصل في حد البلوغ **قال** بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال اظهر وطئ فان لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثماني عشرة سنة عند ابي حنيفة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام لتسع عشرة سنة وهو اقل الحبل فان لم يوجد ذلك حتى يتم لها سبع عشرة سنة وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا رح اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عن ابي حنيفة رح وهو قول الشافعي وعند في الغلام تسع عشرة سنة وقيل الروايتان يطعن لتمام سبع عشرة سنة وبذلك تمام ثمانية عشرة سنة زاد الخزاز وقيل فيه اختلاف الرواية لانه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة امام العلامة فخر البلوغ بالانزال حقيقة والحبل لاحقيقة والحيض لاحكما لانه كدم الحيض ثم ان الحبل فعل كل ذلك عند تمام البلوغ ولدى المدة لذلك في حق الغلام ثماني عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين ولا التفات الى قول من قال انها تبلغ بالسن فيما روي عن هذا لقوله تعالى حتى يبلغ اشده واشد الصبي ثماني عشرة سنة هكذا قاله ابن عباس رض وتابعه القتبي هذا اقوال الحكماء في البلوغ فقال محمد بلغت فالقول قوله واحكامه احكام البالغين لانه معنى لا يعرف الا من جهتها ظاهرا فاذا اخبرا به ولم يكن بهما الظاهر قبل قولهما فيه كما يقبل قول المؤذن في الصوم والفطر وقال ابو يوسف رح لا يكون بلوغا حتى يحتلم الغلام او تحبل الجارية لان الاصل عدم البلوغ فلا يزول الا بيقين وهذا لان الاحتلام والحبل امارتان على البلوغ فلا يثبت البلوغ بهما كالشعر النابت حول القبل وقال زفر رح لا يكون بلوغا حتى يحتلم الغلام او تحبل الجارية لان الاصل عدم البلوغ فلا يزول الا بيقين وهذا لان الاحتلام والحبل امارتان على البلوغ فلا يثبت البلوغ بهما كالشعر النابت حول القبل وقال زفر رح لا يكون بلوغا حتى يحتلم الغلام او تحبل الجارية لان الاصل عدم البلوغ فلا يزول الا بيقين وهذا لان الاحتلام والحبل امارتان على البلوغ فلا يثبت البلوغ بهما كالشعر النابت حول القبل

باب الحجر بسبب الدين

قال ابو حنيفة رح لا حجر في الدين واذا وجب دين على رجل وطلب غرماؤه حبسه وحجر عليه لم يحجر عليه في الحجر على اهل السفه خاص

ابلغ من منع المال في العقوبة كما مر في دليل ابي حنيفة رح على عدم الحجر على السفيه فافي يفهم من منع المال الحجر بطريق الدلالة وان منع المال مفسد لان غالب السفه في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليسار كما مر هذا ايضا في دليله جوابا عن قولهما المنع لا يفيد بدون الحجر فيسقط قول ذلك القائل ههنا والا لم يفد المنع كما سبق من دليلهما وقال الشارح العيني بعد نقل ما ذكره تاج الشريعة وصاحب العناية قلت فيه نظر لان في حديث حبان بن منقذ نوع حجر لانه عليه السلام اطلق له البيوع كلها بالخيار فصار كالمحجور في البيوع المطلقة فافهم انتهى اقول ليس ما قاله شيئ اذ لا شك انه لا حجر في الحديث المزبور على حبان في شئ بل فيه ارشاده الى ما يليق بحاله من شرط الخيار في البيع وقول الشارح المذكور فصار كالمحجور في البيوع المطلقة ليشعر باعترافه ايضا بانه لم يصر محجورا على حقيقة في شئ فلا يجدي ما قاله شيئا ههنا ولو سلم دلالة الحديث على كونه محجورا على البيوع المطلقة اي في البيوع التي لم يشترط فيها الخيار فلا يقع لها في رفع مادة الاعتراض ههنا فان مذهب الائمة الثلاثة ومن الشافعي رح ان الحجر القاصر على المغفل في بيوعه مطلقا اي سواء شرط فيها الخيار لم لا فيرد عليه ان الحجر على المغفل في البيوع التي شرط فيها الخيار خلاف ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم في حديث حبان بن منقذ

فصل في حد البلوغ البلوغ في اللغة الوصول وفي الاصطلاح انتهاء الصغر ولما كان الصغر احد اسباب الحجر لم يكن بد من بيان انتهائه وهذا الفصل لبيان ذلك **قوله** وهذا اقل ما قيل فيه فيبني الحكم عليه المتيقن به اقول يرد على قوله المتيقن به اعتراض قوي وهو انه لا شك ان المتيقن به في بلوغ الصبي اشده انما هو اكثر ما قيل في اشده المحدود ان قل فيه منها لانه اذا بلغ الاكثر منها فقد بلغ الاقل منها دون العكس نعم وجود الاقل في نفسه لا يستلزم وجود الاكثر بخلاف العكس لكن ليس الكلام ههنا في وجود مدة في نفسها بل في كون تلك المدة اشد الصبي والمتيقن به فيه انما هو اكثر ما قيل في اشده بلا ريب ثم اني لم ار احدا من الشراح حام حول هذا الاشكال سوى تاج الشريعة وصاحب الكفاية فانهما قالا فان قيل ينبغي ان يقال بالاكثر لانه المتيقن اذ الادنى يكون في الاكثر دون العكس قلنا اول الآية دلائل التقريب الى قوله حتى يبلغ اشده والله تعالى مد الحكم الى غاية الاشد واقل ما قيل في تفسيره ثماني عشرة وهو المتيقن اذ لو مد الى اقصاه لابد ان يمد الى ثماني عشرة ولو مد اليها لا يكون ممتدا الى اقصاه وكانت ثماني عشرة متيقنا في كون الحكم ممتدا اليها فيبني الحكم عليه اقول في الجواب نظر لان الاشد في الآية الكريمة المذكورة منتهى الحكم السابق وغايته كما يدل عليه قطعا قوله تعالى حتى يبلغ اشده فمجرد دخول مد الحكم السابق الى ثماني عشرة في مدة الى اقصى ما قيل في تفسير الاشد لا يلزم كون ثماني عشرة منتهى الحكم السابق وغايته حتى يلزم كونها اشده فيما اذا مد الحكم الى اقصاه ايضا وانما يلزم وجودها في نفسها في ضمن وجود مدة اكثر منها فلم يكن متيقنا بها من حيث كونها الاشد بل من حيث وجودها في نفسها والمطلوب ههنا هو الاول دون الثاني فلا تيم التقريب والحق في اصل التعليل ان يقال وهذا اقل ما قيل فيه فيبني الحكم عليه الاحتياط كما وقع في الكافي والتبيين الا انه قال في الكافي بعد قوله للاحتياط ولانه متيقن به وافي التبيين فقد اكتفى بقوله للاحتياط وهو الاصوب

باب الحجر بسبب الدين عقب هذا الباب بالحجر بسبب الدين وما قبله بالحجر للفساد واما على قولهما فقط كما قالوا في فصل تكبيرات التشريق من كتاب الصلوة وفي باب مقاسمة الجد من علم الفرائض لان ابا حنيفة رح لا يرى شيئا منها واما على قولهم جميعا بناء على تعلق نظر كلهم بذلك اثباتا منها ونفيا منه ثم ان الحجر بسبب الدين لما كان مشروطا بالطلب لغرماء كان فيه وصف زائد فصار بالنظر الى ما قبله بمنزلة المركب عن المفرد فلذا اخر تاخيره عنه **قوله** قال ابو حنيفة رحمه الله لا حجر في الدين اذا وجب دين على رجل وطلب غرماؤه حبسه الحجر عليه لا حجر عليه لان في الحجر عليه ابطال اهليته فلا يجوز للدفع ضرر خاص

اهليته فلا يجوز له دفع ضرر خاص قال صاحب العناية في هذا المقام وابو حنيفة رحمه الله لا يجوزه لان فيه اهدار اهليته وذلك ضرر فوق ضرر المال فلا يترك الاعلى الادنى انتهى اقول لا يذهب عليك ان قوله فلا يترك الاعلى الادنى لا يناسب ما قبله من المقدمتين بل ينافيه في الظاهر فكان حق العبارة

فان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لا مدة نوع حجر

ان يقال فلا تحمل الاعلى لدفع الادنى كما قاله المصنف رح في اوائل باب الحجر للفساد واشار اليه ههنا بقوله فلا يجوز لدفع ضرر خاص وعن هذا قال بعض الفضلاء ولعل العبارة هكذا وقوله فلا يترك سهو من الناسخ انتهى اقول يمكن توجيهه على النسخ الآن بوجوه الاول ان يحمل المراد بالاعلى في قوله فلا يترك الاعلى للادنى على اهلية المديون للاعلى اهدار اهليته وبالادنى على المال نفسه لا على ضرر يرجع اليه انه قال للادنى ولم يقل لدفع الادنى كما قاله المصنف رح ولا شك ان كون اهدار اهلية ضررا فوق ضرر المال انما يجب كون اهليته اعلى اي اشرف وكون المال ادنى اي اخس كان ضرر فوت الاشرف فوق ضرر فوت الاخس لا محالة فان قلت المطابق لقوله في السوال الآتي وانما يكون الاول اعلى ان لو كان في شخص واحد ان يكون المراد بالاعلى اهدار الاهلية وبالادنى ضررا يقابله قلت التطبيق حاصل في الموضعين في عين المراد وغير لازم فان علو نفس الاهلية شرفا وعلو اهدارها ضررا انما كان لكونها نفس المال وذاته ضررا نجاز ان يراد بالاعلى والادنى في موضع نفس الاهلية ونفس المال وفي موضع آخر ضررها وحاصل بهذا القدر ما هو المقصود في كل من الموضعين كما لا يخفى على المتامل والثاني ان يحمل الترك المنفي في قوله فلا يترك على معنى الابقاء فيكون معنى قوله فلا يترك الاعلى للادنى فلا يبقى الضرر الاعلى لاجل الضرر الادنى اي لاجل دفعه ومجيء الترك بمعنى الابقاء واقع في التنزيل كقوله تعالى وتركنا عليه في الآخرين اي ابقينا ثناء عليه في القاموس وشايع في كلام المصنفين حيث يقولون ترك على حاله ووقع في كلام المصنف رح ايضا في هذا الباب حيث قال ولو ترك عليه دست من ثياب بذلة ويباع الباقي فان قلت معنى الابقاء لا يناسب هذا المحل لان المتبادر من نفي ابقاء اهدار الاهلية تحقق اهدارها والمقام مقام نفي تحقق اهدارها فرع التحقق ومذهب ابي حنيفة رح ان لا يجوز اهدار اهلية الانسان راسا لان فيه الحاقه بالبهائم قلت لا نسلم تبادر ذلك في صورة النفي وكون الابقاء فرع التحقق انما هو في الثبوت ولئن سلم ذلك فيمكن ان يلتزم الحمل على خلاف المتبادر من ظاهر اللفظ لقرينة المقام والثالث ان يحمل كلمة لا في قوله فلا يترك على الزائدة كما في قوله تعالى لئلا يعلم اهل الكتاب وقوله تعالى لا اقسم بهذا البلد وغيرهما من الامثلة فان قلت قد عينت مواقع زيادة لا في اكثر كتب النحو احدها مع الواو بعد النفي وثانيها بعد ان المصدرية وثالثها قبل القسم على قلة ورابعها مع المضاف على الشذوذ ونحن فيه ليس منها في شيء قلت ذكر ابن هشام في مغني اللبيب وقوع لا الزائدة في مواضع من التنزيل وعد منها قوله تعالى وما يشعركم انها اذا جاءت لا يؤمنون فيمن فتح الهمزة وقال فقال قوم منهم الخليل والفارسي لا زائدة والا لكان عذرا للكفار وعد منها ايضا قوله تعالى وحرام على قرية اهلكناها انهم لا يرجعون وقال فقيل لا زائدة والمعنى ممتنع على قرية قدرنا اهلاكهم لكفرهم انهم يرجعون عن الكفر الى قيام الساعة انتهى ولا يخفى ان هذين الموضعين ليسا من المواقع الاربعة المعينة وموافقين لما نحن فيه فكفى بهما حجة لهذا الوجه والحجة فان قلت لا ينتظم حينئذ آخر الكلام وهو قوله للادنى اذ لا معنى لان يقال يترك الضرر الاعلى للضرر الادنى فان ترك الضرر الاعلى ليس للضرر الادنى بل لكونه اشد واقبح منه ثم ان لم يكن معنى قوله للادنى لدفع الادنى وما اذا كان معناه ذاك كما هو الظاهر فسد المعنى اظهر اذ ليس المعنى اذ ذاك فيترك الضرر الاعلى لدفع الضرر الادنى فيلزم ان لا تحمل شيء من الضررين وليس كذلك قطعا قلت يمكن نظم ذلك بان يحمل اللام في قوله للادنى على معنى عند فيكون معنى الكلام فيترك الضرر الاعلى عند تيسر الضرر الادنى لوجوب اختيار احد الشرين وهذا معنى مستقيم كما ترى ومجيء اللام بمعنى عند قد ذكره ابن هشام في مغني اللبيب ومثله بقولهم كتبته لخمس خلون وقال وحمل منه ابن جني قراءة قوله تعالى بل كذبوا بالحق لما جاءهم بكسر اللام وتخفيف الميم انتهى والانصاف ان هذا الوجه ابعد الوجوه التي ذكرنا لتوجيه كلام صاحب العناية ههنا لكن مقصودنا بيان جملة ما لوح من الاحتمالات في توجيه كلامه بحسب الامكان على القواعد العلمية ثم قال صاحب العناية فان قيل اهدار الاهلية ضرر يلحق المديون وترك الحجر ضرر يلحق الدائن وانما يكون الاول اعلى لو كانا في شخص واحد فالجواب ان ضرر الدائن يندفع بالحبس لا محالة والحبس ضرر يلحق المديون مجازاة شرعا ولو لم يكن اعلى مما اندفع به ضرر الدائن واهدار الاهلية اعلى من الحبس فيكون اعلى من

وكذا ما ذكر في الخانية

ضرر الدائن انتهى كلامه اقول حاصل السؤال منع كون ابداء الاهلية للمديون اعلى ضررين ضرر ان مستند ابكونهما شخصين دون شخص واحد وحاصل الجواب اثبات المقدمة المنوعة بطريق قياس المساواة بجامع مشترك بطلان السند اليضا تقريره ان ابداء الاهلية اعلى ضرر امن الحبس والحبس اعلى ضررا من ضرر الدائن بملاحظة مقدمة مقررة وهي ان الاعلى مرادف الاعلى من الشيء الاعلى من ذلك الشيء ولا شك ان هذا القياس يقتضي كون ابداء الاهلية اعلى ضررا من ضرر الدائن وان كانا في شخصين فسقط المنع وبطل السند ولكن لما كان في المقدمة الثانية من القياس المزبور وهي قولنا والحبس اعلى ضررا من ضرر الدائن نوع خفاء بينها الشارح المحقق اولا بما حاصله ان ضرر الدائن يندفع بالحبس والحبس لم يكن الحبس اعلى ضررا من ضرر الدائن لما اندفع هذا بذاك ثم ذكر المقدمة الاولى والنتيجة مظهرا لها بالبيان ثم اخذ في الجواب بحث اما اولا فلان قوله ان ضرر الدائن يندفع بالحبس لا صحة له في حيز المنع بجواز ان يختار المديون الحبس ابدا ولا يوفي حق الدائن فلا يندفع حينئذ ضرر الدائن واما ثانيا فلان الحبس لو كان اعلى ضررين ضرر الدائن لما جاز الحبس عند ابي حنيفة رحمه الله بناء على مقتضى قوله لا تحمل الضرر الاعلى لدفع ضرر الادنى كما هو الاساس في اثبات مذهبه في هذه المسئلة مع ان الحبس جائز بالاجماع ومتعين عند ابي حنيفة رح ويمكن ان يجاب عن الاول بان اختيار المديون الحبس الابدي مع قدرته على ادا الدين بعيد بالغير واقع في العادة الا بغاية الندرة ومبنى الاحكام الشرعية على الغالب الاكثر وعن الثاني بان الحبس ليس بمجرد دفع ضرر المال عن الدائن بل هو مع ذلك جزاء الظلم المديون الدائن بالمماطلة وقد صرح المصنف في فصل الحبس من كتاب القضاء بكون الحبس جزاء المماطلة حيث قال واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه امره بدفع ما عليه للان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها واشار الى ما ذكره في اثناء الجواب المزبور بقوله والحبس ضرر يلحق المديون مجازاة شرعا ولعل قصده الاشارة اليه كان باعثا على ذكره هذه المقدمة اثناء الجواب والا فلا حاصل لها في اثبات المقدمة المنوعة في السؤال كما ظهر من تقريرنا السابق فاذا كان كذلك فاستحقاق الحبس للمجازاة الشرعية مع اندفاع المال عن الدائن به ايضا لا مجرد دفع هذا الضرر الذي هو ادنى من ضرر الحبس حتى ينتقض به قول ابي حنيفة رح لا تحمل الاعلى لدفع الادنى فان قلت هب ان الحبس ليس لمجرد دفع ضرر المال عن الدائن بل له وبجزاء ظلم المماطلة معا لكن يندفع به ظلم المماطلة ايضا كما ينص عنه قول المصنف رح فيما بعد ولكن يحبسه ابدا حتى يتبين في دينه ايفاء الحق الغرماء ودفعا لظلمه انتهى فيقاس المقدمة المذكورة في الجواب القائلة ولو لم يكن اعلى ما اندفع به ضرر الدائن يقال ولو لم يكن الحبس اعلى من ظلم المماطلة لما اندفع به ذلك الظلم فيلزم ان يكون الحبس اعلى من ظلم المماطلة ايضا فيعود انتقاض قوله لا تحمل الاعلى لدفع الادنى بالحبس قلت المندفع بالحبس خاصة الاتي والمجوز بقول المصنف رح فيما بعد ودفعا لظلمه لا ظلمه الماضي انما هو لا مجال لدفع ما تحقق فيما مضى من المماطلة لانها عرض لا يبقى والذي جعل الحبس جزاء له انما هو ظلمه الماضي واختيار الحبس لمجازاة ظلمه الماضي مع دفع ظلمه الاتي ودفع ضرر المال عن الدائن ايضا فلا تمشي النقض بالنظر الى مجازاة ظلمه الماضي كما لا يخفى ولئن سلم كون الحبس اعلى من ظلمه مطلقا ومن ضرر الدائن فنقول ان قوله لا تحمل الاعلى لدفع الادنى في قول على موجب القياس والحبس قد ثبت بالنص من كتاب وسنة على ما صرح به في فصله وفصلوه فيترك به القياس بخلاف الحجر لسبب الدين فانه لم يثبت بنص فيجري فيه القياس ويسقط النقض بالحبس قطعا لا يقال الحجر لسبب الدين ايضا ثبت بالنص وهو ما روي ان معاذا لما كثر ديون غرماء رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص كما ذكر في البدائع والتبيين وبعض شروح هذا الكتاب دليلا على قول الائمة الثلاثة في هذه المسئلة لانا نقول اجابوا عنه في تلك الكتب ايضا عن قول ابي حنيفة رح بان بيع النبي صلى الله عليه وسلم مال معاذ كان باذنه استعان بالنبي عليه السلام وقالوا والدليل عليه ان بيع ماله لا يجوز حتى يأمره ويأبى ولا يظن بمعاذ رضي الله عنه ان يخالف امر رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال في البدائع مع ما روي انه طلب من رسول الله صلى الله عليه وسلم

ولكن يحبسه ابدا حتى يبيعه في دينه لحق الغرماء وهذا ظاهر وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من البيع والتصرف لانه يضر بالغرماء لان الحجر على السفيه انما يجوز لانه يتوقع منه ما يقوت حقهم ومعنى قولهما ضعفه من البيع ان يكون ما يقع من ثمن المثل اما البيع بمثل الثمن او بغبن يسير حتى لا يتمكن الغرماء من المنع حقهم فاذا ثبت هذا قال باع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عند علمائنا لان البيع مستحق عليه لايفاء دينه حتى يحبس بحبسه فاذا امتنع باع القاضي ماله كما في الجارية المشتركة ولهذا قلنا الشفعة موضوعة لاستحقاق القضاء للدين بالبيع ليس بطريق متعين لذلك فجاز ان يجب لقضاء الدين بما يختاره من الطريق كيف وان صح البيع كان الحبس اضرارا بهما فيأخذ حق الدائن ويعطى للمديون فلا يكون مشروعا قال وان كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير امره وهذا بالاجماع لان للدائن حق الاخذ من غير رضا فللقاضي ان يعطيه وان كان دينه حنطة وله حنطة فالمراد على ظاهر ذلك باعها القاضي في دينه وهذا عند ابي حنيفة استحسان والقياس ان لا يبيعه كما في العروض هذا لان لصاحب الدين ان يأخذ بجنس حقه لا بجودة لا استحسان انهما مختلفان في الصورة والمالية فيبقى النظر في الاستبدال للقاضي ولا يد للقاضي ولا يد للتصرف وبالنظر الى الاختلاف في ثمن الدائن ولاية الاخذ عماده بالشهين بخلاف العروض لان الغرض يتعلق بصورتها ومعانيها اما النقود فرءوس اموال فافترقا ويباع في الدين النقود ثم العروض ثم العقار يبدأ بالاسهل فالاسهل من السائمة ايا فتضاء الدين موهوم اما حاجب المديون ويترك عليه ثياب بدنه ويباع الباقي لان بيع كفاية وقيل دستان لانه اذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس قال فان اقر في حال الحجر باقرار لزمه ذلك بعد قضاء الدين لانه تعلق بعد المال حق الاولين فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار لغيرهم

ان بيع ماله لينال بركته فيصير دينه منقضيا ببركته انتهى فظهر انه لا نص يدل على جواز الحجر بسبب الدين فتعين ان المدار فيه هو القياس وتحقيق هذا المقام على هذا المنوال من الاسرار التي وفقنا لها بتوفيق الله تعالى ثم ان من العجائب ههنا اني قد ابتليت في زمان من الازمان بان امتحن مع بعض من عدس الاهالي والاعيان لاجل بعض من المدارس في يوم واحد من كتب ثلثة الهداية وشرح المواقف وشرح المفتاح فاتفق ان يقع البحث من هذا الكتاب في اول هذا الباب وكان استخراج بعض من اصحاب الامتحان في هذا المقام على ان تكون كلمة لو في قول صاحب العناية في الجواب ولو لم يكن اعلى لما اندفع به ضرر الدائن وصلية فجعل كلمة اعلى مضافة الى كلمة ما وجعل كلمة ما موصولة فبنى على هذا الاستخراج خرافات من الاوهام فلما عرض ذلك على الصدرين اللذين كانا حكمين في ذلك الامتحان بينا بطلانه وشنعا عليه جدا ومع ذلك لم يرجع عن رأيه الباطل بل اصر عليه وراجع بعض الوزراء واستعان بشهادة بعض من جملة المدرسين بالمدارس العالية فوقع النزاع وشاع الامر حتى كاد يقع فتنة عظيمة ولله در من قال رحم الله امرأ عرف قدره ولم يتعد طوره **قوله** ولكن يحبسه ابدا حتى يبيعه في دينه اقول يرد على ظاهر عادة المصنف رح ههنا ما اورده صاحب العناية على نظيره في اوائل باب الحجر للفساد بان قال تسامح عبارته في الجمع بين الابد وحتى ظاهر ويمكن توجيه عبارته ههنا ايضا بما وجه به عبارته هناك من حمل الابد على الزمان الطويل الممتد ويمكن ههنا توجيه آخر وهو ان تكون كلمة حتى ههنا بمعنى كي دون الى فيصير معنى الكلام ولكن يحبسه ابد البيعة فلا مسامحة في الجمع اصلا والمسامحة انما هي في الجمع بين الابد وحتى بمعنى الانتهاء دون السببية كما لا يخفى نعم لا يقصد بالابد بمعنى الدوام البتة ولكنه امر آخر ورد المسامحة في الجمع تامل تفت **قوله** وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه اقول لقائل ان يقول لا يجب ان يكون الحجر عليه مفلسا بل يجوز الحجر على الغني ايضا عندهما نظرا للغرماء بل الحجر بسبب الدين انما تفيد فائدته في حق الغني دون المفلس كما لا يخفى على الفطن فذكر المفلس في وضع المسئلة لا يخلو عن سبق لا يقال قد ذكر في النهاية وغيرها نقلا عن الذخيرة ان من مشائخنا من قال مسئلة الحجر بسبب الدين بناء على مسئلة القضاء بالافلاس حتى لو حجر عليه ابتداء من غير ان يقضي عليه بالافلاس لا يصح حجره بلا خلاف والخلاف عندهما يتحقق في حالة الحيوة فيمكن للقاضي القضاء بالافلاس وبالحجر بناء عليه وعند ابي حنيفة رح الافلاس في حال الحيوة لا يتحقق فلا يمكنه القضاء بالافلاس اولا وبالحجر بناء عليه ومنهم من جعل هذه المسئلة مسئلة مبتدأة فعلى هذا القول المانع من الحجر عند ابي حنيفة رح كون الحجر متضمنا الحاق الضرر بالمحجور ولا تعلق له بالقضاء بالافلاس انتهى فيجب ان يكون ذكر المفلس في وضع المسئلة في الكتاب بناء على اختيار قول من قال مسئلة الحجر بسبب الدين بناء على مسئلة القضاء بالافلاس لانا نقول ما ذكر في الكتاب في تضاعيف بيان المذهبين في هذه المسئلة وتقريرهما كقوله في مذهب ابي حنيفة رح وان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر وقوله في مذهبهما لانه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم وقوله فيه ايضا وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص بدل قطعا على ان ليس مدار ما في الكتاب على اختيار قول من قال مسئلة الحجر بناء على مسئلة القضاء بالافلاس اذ القضاء بالافلاس لا يتصور فيما اذا ظهر ماله وتلك الاقوال المذكورة في الكتاب صريحة في ظهور ماله بل مدار ما في الكتاب على اختيار قول من جعل هذه المسئلة مسئلة مبتدأة غير مبنية على مسئلة القضاء بالافلاس كما لا يخفى فالجواب ان يقال ليس المراد بالمفلس في قوله اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه معناه الحقيقي بل المراد به الامن يدعي الافلاس فيتناول الغني ايضا اذ الظاهر ان المديون الذي لا يودي دينه يدعي الافلاس وان كان غنيا في نفسه والامر في حاله حال المفلس ولا شك ان الغني الذي لا يودي دينه حاله في عدم اداء الدين حال المفلس فلا يلزم تخصيص المسئلة بما هو مفلس حقيقة **قوله** ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء اقول وجه ذكر التصرف المطلق بين البيع والاقرار مع انهما من جنس التصرف ايضا غير واضح والعهدة في ذلك على القدوري لان هذه العبارة عبارة القدوري والمصنف رح معتبر عنه ولكنه لو اصلحها بتصرف لكان يسلم كما لا يخفى **قوله** وهذا عند ابي حنيفة رح استحسانا قال كثير من الشراح انما خص

بخلاف الاستهلاك لانه منشاها الا ترى انه لو ولد ولد استفاد ملكا آخر بعد الحجر فقد ازداد فيه لان حقهم لم يتعلق به بعد مدة الحجر قال ويتعلق على المفلس من ماله على زوجته وولده الصغار دون ما عداهم حتى تعقد عليه لان حاجة الاصلية مقدمة على حق الغرماء ولانه حق ثابت بغير فلا يبطل الحجر وهذا لو تزوجها وكانت في مقدار مهر مثلها اسوة للغرماء قال فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه حبسه وهو قول الاصحاب الى حبسه اشارة الى كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة وقد ذكر هذا التفصيل لوجوه في كتاب ادب القاضي من هذا الكتاب فلا نعيد قال الى ان قال وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له يعني خلى سبيله بالكفالة وقد ذكر هذا التفصيل لوجوه في كتاب ادب القاضي من هذا الكتاب فلا نعيد قال الى ان قال وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له يعني خلى سبيله لوجوب النظر الى الميسرة ونوقض في الحبس بمن له خادم يقوم بمصالحه وان لم يكن اخرجه فقراء على هذا كله والحرف فيه لا يمكن من الاستغلال فيعتبر بقضاء الاخرى قال لا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس بل يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والبيع لقوله عليه السلام لصاحب الحق اليد ولسان الرجل ملازمة وبالسان التقاضي قال ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة وقالا اذا افلسه الحاكم حال بين الغرماء وبينه لان المقصود بالحجر لا يحصل الا بالمنع عنهما ولهما ان القضاء بالافلاس عندهما يتم فيثبت الصيرورة ويسقط النظرة الى الميسرة وعند ابي حنيفة رح لا تتحقق القضاء بالافلاس لان مال الله تعالى غاد ورائح ولان وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق الا قاطع فيتصل للقرض لا بطال حق الملازمة وقوله الا ان يقيم البينة اشارة الى ان بينة ان مال الله تعالى غاد ورائح ولان وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق الا قاطع فيتصل للقرض لا بطال حق الملازمة وقوله الا ان يقيم البينة اشارة الى ان بينة

ايا حنيفة رح بالذكر وان كان نهرا بالاجماع لان الشبهة ترد على قوله لانه كان لا يجوز بيع القاضي على المديون في العرض وكان ينبغي ان لا يجوز في النقدين ايضا لانه نوع من البيع وهو بيع الصرف انتهى اقول ما ذكره انما يتم ان لو كان عبارة المصنف رح وهنا عند ابي حنيفة رح هكذا ودون ذكر قوله استحسانا واما عند ذكر قيد الاستحسان كما هو الواقع في كلام المصنف رح فكان ذلك مخصوصا بابي حنيفة رحمه الله في الحقيقة فان كون جواز بيع القاضي عند الثلثة بطريق الاستحسان دون القياس انما هو قول ابي حنيفة رح فقط واما عندهما فيجوز بيع القاضي بطريق القياس فلا احتياج الى الاعتذار بتدبر قوله بخلاف الاستهلاك قال صاحب من الشراح قوله بخلاف الاستهلاك متعلق بقوله لزمه ذلك بعد قضاء الديون يعني انه اذا استهلك مال الغير في حالة الحجر يؤاخذ به بعد قضاء الديون فكان المتلف عليه اسوة لسائر الغرماء انتهى كلامهم اقول في تفسيرهم نوع خلل اذ في صورة استهلاك مال الغير ليست المؤاخذة بضمانه متقدمة على قضاء الديون كما يوهمه قولهم يؤاخذ بضمانه قبل قضاء الديون بل المؤاخذة بذلك مع قضاء الديون بمرتبة واحدة نعم قولهم فكان المتلف عليه اسوة لسائر الغرماء صحيح لكن الكلام في استدراك اول كلامهم بل استدراكه فالاظهر الاخصر ما ذكره صاحب معراج الدراية حيث قال في شرح قول المصنف رح بخلاف الاستهلاك حيث يصير المتلف عليه اسوة للغرماء بخلاف انتهى اوما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال في شرح ذلك حيث يلزمه ضمانه في الحال ويكون المتلف عليه اسوة لسائر الغرماء انتهى قوله ويتعلق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار اقول ليس المفلس ههنا على معناه الحقيقي كما عرف نظيره بل عدم ارادة الحقيقة ههنا اظهر لان قوله من ماله يابى ارادتها قطعا وعن هذا وقع في الكافي وغيره بدل المفلس المديون فالمراد بلفظ المفلس في عبارة الكتاب المعنى المجازي على احد التوجيهين الذين ذكرتهما فيما مر من قبل فتذكر قوله فان لم يعرف للمفلس مال فطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة اقول كان لفظ مختصر القدوري والبداية ههنا هكذا وان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع وبدل القرض وفي كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة انتهى وقد ترك المصنف رح في النقل بعض ذلك من البين كما ترى ولم يظهر لي وجه لذلك سوى الحمل على النسيان من المصنف رح عند كتب هذه المسئلة في الهداية لامر يعتري الانسان في بعض الاحيان على مقتضى البشرية قوله الى ان قال وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له قوله الى ان قال متعلق بقوله قال فان لم يعرف للمفلس مال يعني قال القدوري في مختصره فان لم يعرف للمفلس مال الى ان قال وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له وقوله يعني خلى سبيله تفسير من المصنف لمراد القدوري بقوله وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له وقوله لوجوب النظر الى الميسرة تعليل لذلك وكان الاولى والاظهر ان يقدم المصنف رح قوله الى ان قال على قوله وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه في كتاب ادب القاضي لئلا يتعرض كلام نفسه اثنا نقل كلام القدوري فيورث التشويش للناظر في تعلق قوله الى ان قال بقوله فان لم يعرف للمفلس مال الى ان قال وبقوله قال وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له كما هو عادته في سائر المواضع حتى يكون كلاما مستقلا كنظائره ولا يكون قلقا كما ذكره تبصر تفهم قوله ويأخذون فضل كسبه بتقسيم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة اقول لقائل ان يقول هذا التعليل قاصر عن افادة تمام المدعى لان استواء حقوقهم في القوة انما يفيد عدم جواز تقديم بعضهم على البعض الآخر فيستدعي وجوب القسمة بينهم ولا يفيد ان تكون القسمة بينهم بالحصص اي بقدر حصة كل واحد منهم من الدين بل لهم لزوم الاستواء فيما اخذوه وتمام المدعى ههنا وجوب القسمة بينهم بالحصص لا مجرد وجوب القسمة بينهم فليتامل قوله لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن فيجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضية المساواة قال صاحب العناية في تقرير هذا المحل لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن والعجز عن ايفاء الثمن يوجب حق الفسخ قياسا على العجز عن ايفاء المبيع والجامع بينهما انه عقد معاوضة ومن قضية المساواة انتهى ورد بعض الفضلاء قوله

اليسار ترحم على بيئة الاعسار لانهم الذين اذا ادلهم هو العسرة وقولهم في المدارسة لا ضيعونه من التصرف والسفر دليل على انه يدور معه اينما دار ولا يجلسه في موضع لانه حبس فيه ولو دخل في دار لحاجة لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج لان الانسان لا بد ان يكون له موضع خلوة ولو اختار المطلوب الحبس والطالب المدة ثم مدة فالخيار الى الطالب لانه الملزم في حصول المقصود لاختياره الاضيق عليه الا اذا علم القاضي ان يدخل عليه بالمدة ضرر بين بان لا يمكنه من دخول داره خيلت جبسه دفعا للضرر عنه ولو كان الدين للزوجة على الزوج لا يلازمها لما فيها من الخلوة بالاجنبية ولكن يبعث امرأة امينة تلازمها **قال** ومن افلس عند متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع اسوة للغرماء فيه قال الشافعي رح يحبس القاضي على المشتري بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ لانه بغير المشتري حق ايفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لانه عقد معاوضة وقضيته المساواة وصار كالسلم وكذا ان الاقالة من موجب البيع عن تسليم العين هو غير مستحق ملا عقد فاذا بيعت حق الفسخ باعتبار انها مستحقة وصف في الرد اعني الدين وقبض العين تحقق بينهما مباينة فلا يعتبر احداهما بالاخرى ولنا ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق غيرهما لانها رفع العقد الاول لاستبدال مثله فاعطى للعين حكم الدين والله الموفق

كتاب الماذون

الاذن هو الاعلام لغة وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا

والجامع بينهما انه عقد معاوضة حيث قال فيه بحث بل العلة الجامعة هي العجز عن التسليم وقوله وهذا لانه عقد معاوضة الى آخره لبيان صحة القياس فليتامل انتهى اقول ليس ذاك بسديد لان مجرد العجز عن التسليم لا يكاد ان يكون علة جامعة في صحة القياس ههنا بدون ملاحظة كون العقد عقد معاوضة والا لزم ان يوجب العجز عن التسليم حق الفسخ في غير عقد المعاوضة ايضا ولم يقل به احد فالمدار في تحقق العلة الجامعة ههنا كون البيع عقد معاوضة وهو الوجه لبيان المصنف رح صحة القياس ههنا بقوله وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة والقول بان الجامع بينهما انه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة ليس مما تفرد به صاحب النهاية بل الطبقت على التصريح بكلمة الاتفاقات ههنا كصاحب الكافي وصاحب معراج الدراية والامام الزيلعي وغيرهم

كتاب الماذون

ايراد كتاب الماذون بعد كتاب الحجر ظاهر المناسبة اذ الاذن يقتضي سبق الحجر فلما رتبا وجودا ترتبا ايضا ذكرا وبالتناسب **قوله** الاذن الاعلام لغة اقول لم ار قط في كتب اللغة المتداولة بين الثقات يجيء الاذن بمعنى الاعلام وانما المذكور فيها كون الاذان بمعنى الاعلام فقوله الاذن الاعلام لغة محل نظر يظهر ذلك لمن يراجع كتب اللغة نعم قد وقع في كلام كثير من المشائخ في كتبهم الفقهية تفسير معنى الاذن لغة بالاعلام كما ذكره المصنف رح ولعلهم تسامحوا في التعبير واعبروا عن معنى الاذن من اذن له في الشيء اذنا اي اباحه كما صرحوا به في القاموس بما يلازمه عادة من الاعلام ولا يخلو عن نوع الايماء اليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال يحتاج ههنا الى بيان الاذن لغة وشرعا ثم قال اما اللغة فالاذن في الشيء رفع المانع لمن هو محجور عنه واعلام باطلاقه فيما حجر عنه من اذن له في الشيء اذنا انتهى ثم ان من المستبعد ههنا ما ذكره الامام الزيلعي حيث قال في التبيين والاذن في اللغة الاعلام ومنه الاذان وهو الاعلام بدخول الوقت انتهى وكذا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال في فصل شرائط الركن من كتاب الماذون لان الاذن هو الاعلام قال الله تعالى واذان من الله ورسوله اي اعلام انتهى فان مدار ما ذكراه اشتراك الاذن والاذان حيث استشهد احدهما على معنى الآخر وليس كذلك قطعا والاظهر في تفسير معنى الاذن لغة ما ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه حيث قال اما الاذن فهو الاطلاق لغة لانه ضد الحجر وهو المنع فكان اطلاقا عن شيء اي شيء كان انتهى **قوله** وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا قال في غاية البيان يعني ان العبد كان محجورا عن التصرف لحق المولى فاذا اذن له المولى اسقط حق نفسه انتهى وقال في النهاية اي اذن المولى لعبده في التجارة واسقاط الحق نفسه الذي كان العبد لاجله محجورا عن التصرف في مال المولى قبل اذنه وبالاذن اسقط حق نفسه عنده انتهى وقال في العناية فان المولى اذا اذن عبده في التجارة اسقط حق نفسه الذي كان العبد لاجله محجورا عن التصرف في مال المولى قبل اذنه انتهى وقال تاج الشريعة لانه كان للمولى حق في رقبة العبد فقبل الاذن لا يتعلق الديون برقبته ولا بكسبه وبعد الاذن يسقط هذا الحق وتتعلق الديون بهما انتهى وقال في الكفاية وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق وهو حق المولى مالية الكسب والرقبة فانه يمنع تعلق حق الغير لهما صونا لحق المولى وانه بالاذن اسقط حقه انتهى فتلخص من المجموع ان المراد بالحق ههنا حق المولى وقد افصح عنه المصنف رح فيما بعد حيث قال والتجارة عن التصرف لحق المولى لانه ما عهد تصرفه الا موجبا تعلق الدين برقبته او بكسبه وذلك مال المولى فلا بد من اذن كيلا يبطل حقه من غير رضاه انتهى قال صاحب الاصلاح والايضاح المراد بالحق ههنا حق المنع لا حق المولى لانه مع اختصاصه باذن العبد غير صحيح لان حق المولى لا يسقط بالاذن ولذلك يأخذ من كسبه جبرا على ما سيأتي والمسقط هو المولى ان كان الماذون رقيقا والولي ان كان صبيا انتهى كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلان كون المراد بالحق ههنا حق المنع لا ينافي كونه حق المولى بل يقتضيه لان حق المنع المتعلق بالعبد هو حق المولى لا حق غيره فان معنى حق المنع حق هو منع عن التصرف على ان تكون الاضافة بيانية ومعنى حق المولى حق هو للمولى على ان تكون اللام

والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق في اهلية التصرف بلسانه الناطق وعقله المميز وانما عجز عن التصرف لحق المولى لانه ما محجور تصرفه الا موجبا لتعلق الدين برقبته او كسبه وذلك حق المولى فاذا بين وانتهى كان سبيل حقه من غير رضاه وهذا لا يوجب ما تحقق من العجز على المولى

بمعنى اللام والاريب ان الحق الذي هو منع العبد عن التصرف انما يكون للمولى لا للغير فكان حقا له قطعا واما ثانيا فلانه ان اراد بقوله لان حق المولى لا يسقط بالاذن انه لا يسقط به اصلا فممنوع كيف وسياتي انه اذا لزمته ديون محيطة بكسبه ورقبته تعلقت بكسبه ورقبته جميعا فيباع كل ذلك للغرماء فيسقط حق المولى في كسبه ورقبته جميعا لا محالة وان اراد ذلك انه لا يسقط به في الجملة كما اذا لم يحط بهما دين فمسلم لكن لا يجدي نفعا اذ ليس المراد باسقاط الحق في معنى الاذن شرعا اسقاطا بالكلية اذ لا يتصور المراد به اسقاطه في الجملة وذلك تحقق في صورة احاطة الدين بل في صورة عدم احاطته ايضا بالنظر الى البعض الساقط بمقدار الدين كما لا يخفى واما اختصاص حق المولى باذن العبد فلا يضر اذ المقصود بالذات في كتاب الماذون بيان اذن العبد وانما يبين فيه اذن الصبي ايضا على سبيل التبعية فيجوز ان يكون مما اذكره لتفسير الاذن في الشرع على ما هو المقصود بالذات في كتاب الماذون ثم ان صاحب النهاية قال واما حكمه فما هو التفسير الشرعي وهو فك الحجر الثابت بالرق شرعا عما يناوله الاذن لا الاباحة والتوكيل لان حكم الشيء ما يثبت به والثابت بالاذن في التجارة فك الحجر عن التجارة وقال هذا ما ذكره في المبسوط والايضاح والذخيرة والمغني وغيرها انتهى وقد اقتفى اثره الامام الزيلعي حيث قال في التبيين وحكمه هو التفسير الشرعي وهو ما ذكرنا من فك الحجر انتهى اقول كون حكم الاذن ما هو تفسيره الشرعي غير معقول المعنى لان حكم الشيء على ما تقرر عندهم انما هو اثره الثابت به المترتب عليه وقد اشار اليه صاحب النهاية ايضا بقوله لان حكم الشيء ما يثبت به ولا يذهب على ذي مسكة ان ما يثبت بالشيء ويصير اثرا مترتبا عليه لا يصلح ان يكون تفسيرا لذلك الشيء محمد لا عليه بالمواظبة ثم اقول ليس المذكور في الذخيرة ونحوها ان حكمه ما هو تفسيره الشرعي بل المذكور فيها هكذا واما بيان حكمه فيقول حكمه شرعا عندنا فك الحجر الثابت بالرق شرعا عما يتناوله الاذن لا الاباحة والتوكيل لان حكم الشيء ما يثبت به والثابت في الاذن في التجارة فك الحجر عن التجارة انتهى فيجوز ان يكون المراد بفك الحجر المذكور فيها ما هو مصدر من المبني للمفعول فيؤول الى معنى انفكاك الحجر ويصير صفة للحجر ولا شك ان المراد بفك الحجر المذكور في تفسير الاذن شرعا ما هو مصدر من المبني للفاعل وصفة للماذون فيصح ان يكون المذكور في تلك الكتب حكما للاذن الشرعي اذ لا ريب ان الانفكاك اثر ثابت بالفك كالانكسار مع الكسر ثم ان الاظهر في بيان حكم الاذن ما ذكره صاحب غاية البيان وعزاه الى التحفة حيث قال واما حكمه فملك الماذون ما كان من قبيل التجارة وتوابعها وضروراتها وعدم ملكه ما لم يكن كذلك الى هنا اشار في التحفة وذلك لان حكم الشيء ما يثبت بالشيء والثابت بالاذن ما قلنا وكان حكما الى هنا كلامه قوله واذا كان العبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق في اهلية التصرف بلسانه الناطق وعقله المميز فان قيل الماذون عديم الاهلية لحكم التصرف وهو الملك فينبغي ان لا يكون اهلا لنفس التصرف لان التصرفات الشرعية انما تراد لحكمها وهو ليس بابل الملك فلا يكون اهلا لسببه اجيب بان حكم التصرف ملك اليد والرقيق اهل لذلك الا يرى ان استحقاق ملك اليد يثبت للمكاتب مع قيام الرق فيه وهذا لانه مع الرق اهل للحاجة فيكون اهلا لقضائها وادنى طريق قضائها ملك اليد فهو الحكم الاصلي للتصرف وملك العين شرع للتوصل اليه فما هو الحكم الاصلي يثبت للعبد دما وراء ذلك تخلفه المولى فيه وهو نظير من اشترى شيئا على ان البائع بالخيار ثم مات فحتى اختار البائع لم يثبت ملك العين للوارث على سبيل الخلافة عن المورث يتصرف باشره المورث بنفسه كذا ذكر في كثير من شروح هذا الكتاب وفي عامة كتب الاصول اقول فيه بحث لانهم ان اراد وا ان الرقيق له ملك اليد باهليته الاصلية الذاتية كما هو المتبادر من كلامهم يشكل ما تقرر عندهم من ان المكاتب مملوك لمولاه رقبة لا يدا والمدبر مملوك له يدا لا رقبة والقن مملوك له رقبة ويدا فان الرقيق اذا كان ما كايده فكيف يكون مملوكا للمولى يدا في صورة ان كان قنا او مدبرا وان اراد وا ان له ملك اليد باهلية المكتسبة من مولاه بالاذن او الكتابة فلا يتم التقريب اذ كلام المصنف رح وغيره صريح في ان اصل اصحابنا ان العبد الماذون له متصرف لنفسه باهليته الاصلية الثابتة له بلسانه الناطق وعقله المميز فليتامل في التوجيه قوله ولهذا الاريجب بالحقه من العهدة على المولى قال في العناية صحيح المصنف رح كونه يتصرف باهليته نفسه لقوله ولهذا لا يرجع بالحقه من العهدة على المولى وهذا لان اول تصرف

ولهذا لا يقبل التوقيت حتى لو اذن لعبده يوما كان ماذونا ابدا حتى يجري عليه كان الاسقاطات لا توقت ثم الاذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة كما اذا رآى عبده يبيع ويشتري فسكت بصير ماذونا عند نا خلافا لزفر والشافعي رح والفرق بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او لاجنبي باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا

يباشره العبد الماذون بالشراء لانه للمال لانه حتى يبيع والعبد في الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لانه تتعلق حقوق العقد به حتى يطالب بالثمن فيحبس لو امتنع عن الاداء حال الطلب بخلاف ذمته خالص حقه لاصالة ولهذا لو اقر على نفسه بالقصاص صح وان كذبه المولى فكان الشراء لحاله وبهذا المعنى تقتضي ذلك اذ تصرفاته قبل الاذن لغا لكن شرطنا اذن المولى دفعا للضرر عنه بغير رضاه انتهى وبهذا حاصل ما ذكره صاحب النهاية تاقلا عن الذخيرة اقول يرد على ظاهر قوله لان اول تصرف يباشره العبد الماذون الشراء لانه للمال الحتى يبيع انه لا يلزم من ان لا يكون له مال بيعه ان يكون اول تصرفه الشراء بجواز ان يكون اول تصرفه اخذ المضاربة او ايجار نفسه فانه يملك كل واحد من ذينك التصرفين كما سياتي في الكتاب لا يقتضي شيئ منهما ان يكون له مال كما لا يخفى ويكون ما ذكره دليلا يتم به قول المزبور على ما هو الاصل في التجارة وما هو الغالب وقوعا فيها والا يخفى ان الاصل في التجارة هو البيع والشراء كما سياتي التصريح به من المصنف رح وانهما هو الغالب وقوعا في باب التجارة فعلى مقتضى ذلك البناء اذا لم يكن للعبد الماذون في اول تصرفه مال بيعه تعين الشراء ثم قال بعض الفضلاء في حاشيته على قول صاحب النهاية لان اول تصرف يباشره العبد الماذون الشراء بل اول تصرف يباشره مواجرة نفسه والجواب انه عند الخصم فان مواجرة نفسه غير جائزة خلافا في احد قوليه على ما يجيء انتهى اقول في كل من ما يراده وجوابه سقامة اما في الاول فلانه قال بل اول تصرف يباشره مواجرة نفسه بطريق الجزم وكان الظاهر ان يقول بل يجوز ان يكون اول تصرف يباشره مواجرة نفسه على ان قوله مواجرة نفسه خطا على ما ذكر في الاسمال والمغرب وكان الصواب ان يقول بدل ذلك ايجار نفسه كما قلت فيما سر وما في الثاني فلانا العبد واثبات ما قلنا ان العبد الماذون لا تتصرف لعبد الاذن لنفسه تاما بيته لا بعبد والجواب عما قاله الخصم بل لم يقع التصريح من المصنف رح ههنا بما قاله الخصم اصلا فكيف يصح ان تحمل المقدمة المذكورة على مذهب الخصم في احد قوليه دون بنائها على انها لو حملت على مذهب الخصم لم تسلم ايضا بجواز ان يكون اول تصرف يباشره اخذ المضاربة كما ذكرنا من قبل والخصم لا ينكر جواز ذلك فلم يتم الحمل على مذهبه فالذي يمكن في الجواب ما قدمناه لا غير قوله ولهذا لا يقبل التاقيت قال صاحب النهاية وصحح المصنف رح كونه اسقاطا عندنا بقوله ولهذا لا يقبل التاقيت ثم قال فان قيل قوله فك الحجر واسقاط الحق مذكور في خيار التعريف فكيف جاز الاستدلال عليه فالجواب من وجهين احدهما ليس باستدلال وانما هو تصحيح النقل بما يدل على انه عندنا معروف بذلك كما اشرنا اليه والثاني ان حكمه الشرعي هو تعريفه فكان الاستدلال عليه من حيث كونه حكما لا من حيث كونه تعريفا انتهى كلامه اقول في كل من وجهي الجواب نظرا اما في الاول فلان تصحيح النقل بما يدل على انه عندنا معروف بذلك عين الاستدلال فان ما يدل على ذلك هو الدليل وتصحيح النقل الثاني هو الاستدلال فما معنى قوله انه ليس باستدلال واما في الثاني فلان كون حكمه الشرعي هو تعريفه مما لا يكاد يصح لان حكم الشيء ما هو خارج عنه مباين له وان كان اثرا مترتبا عليه وتعريف الشيء ما هو محمول عليه بالمواطاة متحد به في الذات فاني يكون احدهما هذا الآخر وقد مر مثل ذلك من قبل والحق في الجواب ان يقال ليس الاستدلال المذكور على نفس التعريف حتى يرد ان التعريف لا يقبل الاستدلال عليه لانه تصور والتصور لا يكتسب من التصديق بل على الحكم الضمني كان يقال هذا التعريف صحيح هذا التعريف مطابق لاصولنا ونحو ذلك ولا يخفى ان تلك الاحكام تصديقات تقبل الاستدلال عليها قطعا ونظير هذا ما حققوا في فسخ من ان المنع والنقض المكسور في التعريفات انما توجه الى الاحكام الضمنية لا الى نفس التعريفات تدبر ترشد قوله ولا فرق بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او لاجنبي باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا قال الامام الزيلعي في التبيين بعد ان قال مثل هذا هكذا ذكر صاحب الهداية وغيره وذكر قاضي خان في فتاواه اذا رأى الراهن بيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن انتهى اقول كانه فهم المخالفة بين ما ذكره صاحب الهداية وغيره وبين ما ذكره قاضي خان في فتاواه وليس الامر كما فهمه اذ الظاهر ان مراد الامام قاضي خان ان سكوت المالك فيما اذا رأى عبده يبيع عينا من اعيان ماله لا يصير اذنا في حق ذلك التصرف الذي صادفه السكوت لا في حق سائر تصرفات ذلك العبد في باب التجارة مطلقا ويرشد اليه قوله وكذا المرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن فان المراد هناك عدم صحة التصرف الذي صادفه السكوت بلا ريب ولا شك فكلام

لعل الحكم في احد

لعل عبده يبيع عينا من اعيان ماله لا يصير اذنا في حق ذلك التصرف الذي صادفه السكوت لا في حق سائر تصرفات ذلك العبد في باب التجارة مطلقا ويرشد اليه قوله وكذا المرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن فان المراد هناك عدم صحة التصرف الذي صادفه السكوت بلا ريب ولا شك فكلام

لان كل من رأى يظنه ماذونا له فيما تعارفوه فيتضرر به لو لم يكن للمولى ولاية منعه دفعا للضرر عنهم قال واذا اذن المولى لعبده في التجارة اذنا عاما جاز تصرفه في سائر التجارات ومعنى هذه المسئلة ان يقول له اذنت لك في التجارة ولا يقيده وموجبها التجارة اسم عام يتناول الجنس فيبيع ويشتري ما بين الدرهم والاسنان لانه اصل التجارة وهو بياع او مشتر بالغبن اليسير فهو جائز لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش عند ابي حنيفة خلافا لهما وقولان ان البيع بالفاحش منه مقولة البزوج حتى لا يجوز من الابيض من نقد ماله فلا ينتظمه الاذن كالهبة ولانه اتلاف بعوض فصار كالحر على هذا الخلاف والصبي المأذون له جائز في حوائجه متصرف بحسب من الابيض من نقد ماله فلا ينتظمه الاذن كالهبة ولانه اتلاف بعوض فصار كالحر على هذا الخلاف والصبي المأذون له جائز في حوائجه متصرف بحسب ماله اذا لم يكن عليه دين وان كان فمن جميع ما بقي لان الانتقاد في الجزء الاقل حق الورثة ولا ورثة للعبد اذا كان الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري تسع المحاباة والا فارددها البيع كما في البزازية ولان بيع المأذون تجارة وله ان يوكل بالبيع والشراء لانه قد لا يتفرغ بنفسه قال وهو حر على نفسه في ما يرجع الى التجارة فانهما ابقاء واستيفاء وله ان يتقبل الارض ويستأجرها لانها من صنيع التجارة وياخذ الارض ضمانا ويزارعة لان فيه تحصيل الربح ويستأجر عليها ويزوج عبده في اصح ما قيل لانه يقصد به الربح قال عليه السلام النكاح رق فليناظر احدكم اين يضع كريمته ولان بضع الامة من عادة التجار وله ان يؤاجر نفسه عند نا خلافا للشافعي وهو قولهما لان الحق في منافعه لمولاه فكان اعلى منافعه لانها تابعة لها ولنا ان نفسه رأس ماله فيملك التصرف فيها الا اذا كان تضمن ابطال الاذن كالبيع لانه يخرجه به والرهن لانه يحبسه به وهذا يحصل مقصود المولى اما الاجارة لا يخرجه به ويحصل به المقصود وهو الربح فيملك قال ان اذن له في نوع منها دون غيره فهو اذن في جميعها وقال زفر الشافعي رحمه الله لا يكون ماذونا الا في ذلك النوع

صاحب الهداية وغيره على كون السكوت اذنا في حق التصرف الذي صار فوقه السكوت فيما اذا باع عينا ساوى كالمولى لغير رضا به بل خلافه مصرح به في اكثر الشروح وفي المعتبرات قال في البدائع واما الاذن بطريق الدلالة فنحو ان يرى عبده يبيع ويشتري فلا ينهاه ويصير ماذونا في التجارة عندنا الا في البيع الذي صار فوقه السكوت واما في الشراء فيصير ماذونا عند زفر والشافعي لا يصير ماذونا انتهى وقال في المحيط البرهاني قال محمد رحمه الله في الاصل اذا نظر الرجل الى عبده وهو يبيع ويشتري ولم ينهه عن ذلك يصير العبد ماذونا في التجارة عند علمائنا الثلاثة واذا رأى عبده يبيع عينا من اعيان ماله فسكت يصير ماذونا في التجارة ولكن لا يجوز بيعه مال المولى قال محمد رحمه الله وهذا بمنزلة ما لو رأى المولى عبده المسلم يشتري شيئا بالخمر والخنزير فسكت يصير العبد ماذونا في التجارة وان كان لا يجوز هذا الشراء وكذا ههنا انتهى فكيف يجوز حمل كلام قاضيخان في فتاواه على خلاف ما نص عليه محمد رحمه الله في الاصل بقوله واذا رأى عبده يبيع عينا من اعيان ماله فسكت يصير ماذونا في التجارة فالوجه ان يحمل على ما ذكرنا

قوله ولكن لا يجوز بيعه مال المولى كما بيناه قوله لان كل من رآه يظنه ماذونا له فيما تعارفوه فيتضرر به لو لم يكن ماذونا له ولو لم يكن المولى راضيا بالمنع دفعا للضرر عنهم قال صاحب العناية في تفصيل هذا التعليل فقلنا اجعل سكوته حجة لانه موضع بيان اذ الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى ومعاملتهم قد تفضي الى الحوق ديون عليه واذا لم يكن ماذونا يأخر المطالبة الى ما بعد العتق وقد يعتق وقد لا يعتق وفي ذلك اضرار بالمسلمين بتأخير حقهم ولا اضرار في الاسلام وليس للمولى في ذلك ضرر متحقق لان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فكان موضع بيان انه راض به اولا والسكوت في موضع الحاجة الى البيان انتهى واعترض بعض الفضلاء من جانب الخصم على قوله والناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى حيث قال لهم ان يقولوا لذلك لحماقة المعامل حيث اغتر بمجرد السكوت ولم يسأل من المولى ولذلك نظائر انتهى اقول ليس هذا بوارد لان العامل لا يغتر بمجرد السكوت بل يعتمد على ما جرى عليه العرف من ان من لا يرضى بتصرف عبده ينهاه عنه ويؤدبه عليه وقد صرح به في الكافي وغيره حيث قالوا ولنا ان العادة جرت بان من لا يرضى بتصرف عبده ينهاه عنه ويؤدبه عليه فاذا لم ينهه علم انه راض فجعل سكوته اذنا دلالة دفعا للغرور عن الناس فانهم يعتقدون ذلك الظاهر فامنه فيما يعود الى الفساد على ما يقتضيه الشرع والعرف كما في سكوت النبي عليه الصلاة والسلام عند امر البكر عن التغيير وسكوت البكر وسكوت الشفيع انتهى فبعد ذلك كيف يحتاج الى السؤال من المولى وكيف يحمل العاقل عدم سؤاله على حماقته وهل يكون النظائر لما ما له دون خلافه ثم اقول بقي شيء في تقرير صاحب العناية وهو انه جعل ضرر المولى غير معتبر لكونه غير متحقق بناء على ان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه وجعل ضرر المسلمين معتبرا مع انه ايضا غير متحقق بناء على ان الديون قد يلحقه وقد لا يلحقه في الفرق والرجحان ولا بد من البيان ثم اقول في العناية فان قال عين ذلك التصرف الذي راه من البيع غير صحيح فكيف يصح غيره وكذا اذا رأى اجنبيا يبيع من ماله فسكت لم يكن اذنا والمرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن وسكت لم يكن اذنا واذا رأى رقيقه يزوج نفسه وسكت لم يكن اذنا فالفرق اجيب بان الضرر في التصرف الذي رآه متحقق بازالة ملكه عما يبقيه في الحال ولا ثبت وليس في ثبوت الاذن في غيره ذلك لما قلنا ان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه ولا يلزم من كون السكوت اذنا بالنظر الى ضرر متوهم يكون اذنا بالنظر الى ضرر متحقق وهو الجواب عن بيع الاجنبي ماله وفي الرهن لم يصر سكوته اذنا لان حبسه اذنا يبطل ملك المرتهن عن اليد وقد لا يفضي الى يده من محل آخر فكان في ذلك ضرر متحقق لا يقال الراهن ايضا يتضرر ببطلان ملكه عن الثمن وترجيح ضرر المرتهن تحكم لان بطلان ملكه عن الثمن موقوف لان بيع المرهون موقوف على ظاهر الرواية وبطلان ملك المرتهن عن اليد باق فكان اولى واما الرقيق عبدا كان او امة اذا زوج نفسه فانما لم يصر السكوت فيه اذنا قال بعض الشارحين ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام ان السكوت انما يصير اذنا واجازة دفعا للضرر عن احد في نكاح العبد والامة لان النكاح يكون موقوفا لان نكاح المملوك مملوك المولى لما فيه من اصلاح ملكه ومنافع بضع المملوكة كذلك وليس لاحد ابطال ملكه فيصير رضاه فكان موقوفا واما لو كان فسخه فلا يضر به احد وفيه نظر لانه لا كلام في ان نكاح الرقيق موقوف على اذن المولى واجازته وانما

ابو هذا الحكاية واما ذكر التصرف في نوع آخر فظاهر ان الاذن توكيل وانما يعلم من المولى لانه يستفيد الولاية من جهته بسبب حكم هو الملك لمولاه دون العبد فلا يملك ما ليس من جهته ولهذا لا يتخصص بنوع دون نوع ولا بمكان دون مكان ولا بزمان دون زمان ولا بشخص دون شخص كالمضارب ولنا انه اسقاط الحق فلك الحجر على ما بيناه وعند ذلك يظهر ملكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع بخلاف الوكيل لانه يتصرف في مال غيره فتثبت له الولاية من جهته وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان لمولاه ان يسترده الى قضاء الدين والنفقة وما استفيد عند خلفه المالك فيه قال وان اذن له في شيء بعينه فليس بماذون لانه استخدام وتعميمه ان يأمره بشراء ثوب للكسوة او طعام لاكله هذا لانه لو صار ماذونا لا يتناول ما ليس عليه بل لاستخدام مولاه والدليل عليه ان الولاية انما ثبتت من جهته ولم يرض الا بالكسب قال الرافعي صار ما او قصارا لانه اذن بشراء ما لابد منه فيما هو نوع فصار ما ذونا في الانواع قال واقرار المأذون بالديون والغصوب جائز وكذا اقراره بالوديعة لان الاقرار من لوازم التجارة اذ لو لم يصر لاحتلف الناس ما يبعته ومعاملته ولا فرق بين ما اذا كان عليه دين او لم يكن اذا لكان الاقرار في تحقيق ان كان شيء موجبا تقديم دين الصحة كالاقرار بالمرض بخلاف الاقرار بما يجب من المال بسبب التجارة لانه كالحجر في حقه قال وليس ان يزوج لانه ليس بتجارة ولا وجه ما قاله ابو يوسف لانه من حوائج الامة لانه يختص بالمال عادة فاشبه شراءها ولي ان الاذن يتناول التجارة وذلك ليس تجارة فهذا لا يملكه وتزويج العبد على هذا الخلاف والصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان ووجوه والوصي قال ولا يكاتب لانه ليس بتجارة اذ في مبادلة المال بالمال والبدل فيه مقابل بفك الحجز فلم يكن تجارة الا ان يجيزه المولى اذ الدين عليه لان المولى قد ملكه بتصدير العبد اياه غنيمة رجم لتحقق ان الولي لان الوكيل في الكتابة سفير في ان سكوته اجازة اولا وفعل الصواب ان يقال ان في ذلك ضررا تحققه المولى فلا يكون السكوت اذنا الى هنا لفظ الغاية وقال بعض الفضلاء وعندي ان النظر غير وارد لان كون السكوت اذنا كان لاجل دفع الضرر فحيث لا ضرر يبقى على القياس ولا يجعل اذنا انتهى اقول كانه لم يفهم مراد من اورد النظر اذ لا كلام في ان كون السكوت اذنا كان لاجل دفع الضرر وانما هو في ان نكاح الرقيق هل فيه ضرر ام لا اذ لا شك انه موقوف على اذن المولى فان كان سكوته اذنا تحقق الضرر فيه والا فلا فحيث احتمل ان يكون سكوته اذنا في صورة تزويج الرقيق نفسه لم يفد كون نكاحه موقوفا على اذنه عدم ثبوت الضرر فيها وان بنى عدم ثبوت الضرر فيها على عدم كون سكوته فيها اذنا لزم المصادرة اذ هو اول الكلام الذي طولب الفرق بينه وبين ما نحن فيه في اصل السوال وهذا هو المراد بقوله في النظر وانما هو في ان سكوته اجازة اولا تامل تفت قوله وعلى هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف في نوع آخر من التجارة بعد ان اذن له في نوع مخصوص منها فالخلاف فيه كالخلاف فيما اذا سكت عن النهي عن التصرف في نوع آخر منها بعد ان اذن له في نوع مخصوص منها والحاصل انه سواء نهى عن ذلك النوع او سكت عنه يكون ماذونا في جميع التجارات خلافا لزفر رح والشافعي رح كما ذكر في الايضاح ونقل عنه في النهاية ومعراج الدراية قال صاحب العناية في هذا المقام وكذا لو كان اذن اذنا عاما ثم نهاه عن نوع من التجارة اقول هذا الشرح لا يطابق المشروح اذ المراد به ما قررناه آنفا ويدل عليه لفظ آخر في قول المصنف رح اذا نهاه عن التصرف في نوع آخر وبيانه ذلك عما قاله صاحب العناية قطعا وكيف ومسئلة الاذن العام مرت مع متفرعاتها في الصحيفة الاولى ونحن الآن بصدد بيان مسئلة الاذن في نوع خاص فلا معنى لخلط حديث الاذن العام ههنا كما لا يخفى قوله ولنا انه اسقاط الحق فك الحجر على ما بيناه وعند ذلك يظهر ملكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع اقول لقائل ان يقول ان اريد انه اسقاط الحق بجملته وفك الحجر برمته فهو ممنوع كيف ولو كان كذلك لصح هبته واقراضه ونحوهما من التبرعات وليس كذلك قطعا كما سيأتي في الكتاب وان اريد انه اسقاط الحق وفك الحجر في بعض التصرفات فهو مسلم لكن لا يثبت به المدعى اذ لا يلزم منه اسقاطه وفكه في جميع التصرفات حتى يلزم ان يكون ماذونا في جميعها كما هو المدعى فان قلت المراد انه اسقاط الحق وفك الحجر في بعض معين من التصرفات وهو جنس التجارة والمدعى كونه ماذونا له في جميع هذا الجنس لا في جميع انواع اجناس التصرفات فلا يرد النقض بالتبرعات ولا عدم ثبوت المدعى قلت فلقائل ان يقول ان اريد بقوله فلا يتخصص بنوع دون نوع انه لا تخصيص بذلك اذا اطلقه ولم يقيده بنوع فهو مسلم لكن لا يجدي طائلا لان ما نحن فيه صورة التقييد وان اريد بذلك انه لا تخصيص بنوع دون نوع وان قيده بذلك فهو ممنوع كيف وبما يتوقف تمامه على اول المسئلة وهو ان يكون الاذن في نوع من التجارة اذنا في جميعها فيودي الى المصادرة على المطلوب فان قلت علل صاحب العناية قول المصنف رح فلا يتخصص بنوع دون نوع بقوله لكون التخصيص اذ ذاك تصرفا في ملك الغير ان لو اطلق الاذن اولا فيتحقق اسقاط الحق وفك الحجر على الاطلاق وظهر ملكية العبد في التجارات مطلقا ثم حصصه بنوع منها وما نحن فيه ليس كذلك اذ الكلام فيما اذا قيده اولا فقال ما دنت لك في هذا النوع فقط ولا شك ان مثل هذا الكلام كلام واحد ليس لاوله حكم مستقل ولا خره الذي هو قيده حكم آخر بل المجموع حكم واحد تيقم اوله بآخره فمن اين يلزم التصرف في ملك الغير تامل جدا ثم قال صاحب العناية ونقض بالاذن في النكاح فانه فك الحجر واسقاط الحق اذ الاذن للعبد ان يتزوج فلانه ليس له ان يتزوج غيرها اجيب بان الاذن فيه تصرف في ملك نفسه لا في ملك الغير لان النكاح تصرف مملوك للمولى لانه لا يجوز الا بولي والرق اخرج العبد من اهلية الولاية على نفسه وكانت الولاية للمولى ولهذا جاز ان يجبره عليه وكان العبد كالوكيل والنائب عن مولاه فتتخصص بما خصه به فان قيل قد تقدم ان الضرر اللاحق بالمولى يمنع الاذن وقد يتضرر المولى بغير ما خصه به من التصرف لجواز ان يكون العبد عالما بالتجارة في البزور دون الخمر اجيب بانه ضرر غير متحقق ولكن كان فعله مدخولا وهو التوكيل به حتى ان جواز التصرف بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة رحمه الله يدفع ذلك

ايضا ان يقول تخصيص بعضه فيما يملك الغير وهو الغير ز ٩

قال ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة ولا عتاق اولاده لانه تبرع محض بالهبة ولا يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء او انشاء اعرد ابتداء وانتهاء تحت الاذن بالتجارة قال الا ان يرتد الى السيد من ساعته او يلحق بدار الحرب فيقضي القاضي بلحاقه لانه من ضرورات التجارة استحسانا بالقلوب لما هو من ضرورات التجارة في المحجور عليه لانه لا اذن له اصلا فكيف تثبت ما هو من ضروراته وهو الى يوسف رحمه الله اشار زفر رحمه الله اذا اعطاه المولى قوت يوم فذ عاصفن ذلك على الطعام فزاد ياس بخلاف ما اذا عطاه قوت شهر لانه لا يزداد قبل الشهر يتغير به المولى قالوا وهذا لا باس للمرأة ان تتصدق من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك غير ممنوع عنه في العادة قال وله ان يحتطب ليبيع من حيث شاء لما بينا ان التجارة له لانه من جنسها وربما يكون الحطب اسهل عليه من غيره فكان له ان يحتطب ليبيع من حيث شاء قال ولا يتزوج لان النكاح ليس من جنس التجارة لانه تبرع محض بعد تمام المتقابلين من جنس التجارة ولا يؤاجر نفسه لان المنافع لا تدخل تحت اليد وقت العقد وانما تدخل شيئا فشيئا فيتمكن الخبث في الملك عند الدخول بخلاف ما اذا استاجر ظئرا لان الخبث هناك في البدل لا في المنفعة وهو نظير ما لو اشترى بالدراهم الغصوب ثم اخذ منه الدراهم بالدين لا يطيب له الربح لان الخبث في الدين لا في المبيع وهذا لان الخبث في البدل يوجب الخبث في المبدل لا محالة قال ولا يكاتب ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة ولا عتاق اولاده لانه تبرع محض بالهبة ولا يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء او انشاء اعرد ابتداء وانتهاء تحت الاذن بالتجارة قال الا ان يرتد الى السيد من ساعته او يلحق بدار الحرب فيقضي القاضي بلحاقه لانه من ضرورات التجارة استحسانا بالقلوب لما هو من ضرورات التجارة في المحجور عليه لانه لا اذن له اصلا فكيف تثبت ما هو من ضروراته وهو الى يوسف رحمه الله اشار زفر رحمه الله اذا اعطاه المولى قوت يوم فذ عاصفن ذلك على الطعام فزاد ياس بخلاف ما اذا عطاه قوت شهر لانه لا يزداد قبل الشهر يتغير به المولى قالوا وهذا لا باس للمرأة ان تتصدق من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك غير ممنوع عنه في العادة قال وله ان يحتطب ليبيع من حيث شاء لما بينا ان التجارة له لانه من جنسها وربما يكون الحطب اسهل عليه من غيره فكان له ان يحتطب ليبيع من حيث شاء قال ولا يتزوج لان النكاح ليس من جنس التجارة لانه تبرع محض بعد تمام المتقابلين من جنس التجارة ولا يؤاجر نفسه لان المنافع لا تدخل تحت اليد وقت العقد وانما تدخل شيئا فشيئا فيتمكن الخبث في الملك عند الدخول بخلاف ما اذا استاجر ظئرا لان الخبث هناك في البدل لا في المنفعة وهو نظير ما لو اشترى بالدراهم الغصوب ثم اخذ منه الدراهم بالدين لا يطيب له الربح لان الخبث في الدين لا في المبيع وهذا لان الخبث في البدل يوجب الخبث في المبدل لا محالة

قال ولا يكاتب ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة ولا عتاق اولاده لانه تبرع محض بالهبة ولا يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء او انشاء اعرد ابتداء وانتهاء تحت الاذن بالتجارة قال الا ان يرتد الى السيد من ساعته او يلحق بدار الحرب فيقضي القاضي بلحاقه لانه من ضرورات التجارة استحسانا بالقلوب لما هو من ضرورات التجارة في المحجور عليه لانه لا اذن له اصلا فكيف تثبت ما هو من ضروراته وهو الى يوسف رحمه الله اشار زفر رحمه الله اذا اعطاه المولى قوت يوم فذ عاصفن ذلك على الطعام فزاد ياس بخلاف ما اذا عطاه قوت شهر لانه لا يزداد قبل الشهر يتغير به المولى قالوا وهذا لا باس للمرأة ان تتصدق من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك غير ممنوع عنه في العادة قال وله ان يحتطب ليبيع من حيث شاء لما بينا ان التجارة له لانه من جنسها وربما يكون الحطب اسهل عليه من غيره فكان له ان يحتطب ليبيع من حيث شاء قال ولا يتزوج لان النكاح ليس من جنس التجارة لانه تبرع محض بعد تمام المتقابلين من جنس التجارة ولا يؤاجر نفسه لان المنافع لا تدخل تحت اليد وقت العقد وانما تدخل شيئا فشيئا فيتمكن الخبث في الملك عند الدخول بخلاف ما اذا استاجر ظئرا لان الخبث هناك في البدل لا في المنفعة وهو نظير ما لو اشترى بالدراهم الغصوب ثم اخذ منه الدراهم بالدين لا يطيب له الربح لان الخبث في الدين لا في المبيع وهذا لان الخبث في البدل يوجب الخبث في المبدل لا محالة

قال ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة ولا عتاق اولاده لانه تبرع محض بالهبة ولا يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء او انشاء اعرد ابتداء وانتهاء تحت الاذن بالتجارة قال الا ان يرتد الى السيد من ساعته او يلحق بدار الحرب فيقضي القاضي بلحاقه لانه من ضرورات التجارة استحسانا بالقلوب لما هو من ضرورات التجارة في المحجور عليه لانه لا اذن له اصلا فكيف تثبت ما هو من ضروراته وهو الى يوسف رحمه الله اشار زفر رحمه الله اذا اعطاه المولى قوت يوم فذ عاصفن ذلك على الطعام فزاد ياس بخلاف ما اذا عطاه قوت شهر لانه لا يزداد قبل الشهر يتغير به المولى قالوا وهذا لا باس للمرأة ان تتصدق من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك غير ممنوع عنه في العادة قال وله ان يحتطب ليبيع من حيث شاء لما بينا ان التجارة له لانه من جنسها وربما يكون الحطب اسهل عليه من غيره فكان له ان يحتطب ليبيع من حيث شاء قال ولا يتزوج لان النكاح ليس من جنس التجارة لانه تبرع محض بعد تمام المتقابلين من جنس التجارة ولا يؤاجر نفسه لان المنافع لا تدخل تحت اليد وقت العقد وانما تدخل شيئا فشيئا فيتمكن الخبث في الملك عند الدخول بخلاف ما اذا استاجر ظئرا لان الخبث هناك في البدل لا في المنفعة وهو نظير ما لو اشترى بالدراهم الغصوب ثم اخذ منه الدراهم بالدين لا يطيب له الربح لان الخبث في الدين لا في المبيع وهذا لان الخبث في البدل يوجب الخبث في المبدل لا محالة

وفي الجملة اذا ثبت بالدليل انه تصرف بالهبة والكتابة فليس السوال وارد الى هنا كلامه اقول ان قوله وفي الجملة الى آخره ليس بشيء اما اولا فلان حاصل السوال انه قد يلحق الضرر بالمولى عند تصرف العبد بغير ماخصه به فينبغي ان لا يجوز والا ينتفي ان ثبوت كون العبد متصرفا بالهبة والكتابة لا يدفع ورود ذلك اذ لا شك ان التصرف بالهبة والكتابة لا يمكن الا الاضرار بالغير اذ لا اضرار في الاسلام واما ثانيا فلانه يرد السوال بطريق المعارضة على المثبت بالدليل للاحالة والا يلزم ان ينسد باب المعارضة بالكلية لانها اقامة الدليل على خلاف ما اقام عليه الخصم الدليل مع انها طريق مقبول لم ينكره احد ولا شك ان السوال المذكور معارضة فالوجه في الجواب عنه ما ذكره في اوائل جوابه دون هذا قوله ودينه متعلق برقبته يباع للغرماء اي مع بيعه القاضي لدين الغرماء بغير رضى المولى فان قيل ما وجه البيع على قول ابي حنيفة رح وهو لا يرى الحجر على الحر العاقل لسبب الدين وبيع القاضي العبد بغير رضى مولاه حجر عليه اجيب بان ذلك ليس بحجر عليه لانه كان قبل ذلك محجورا عن بيعه اذ لا يجوز للمولى بيع العبد المديون بغير رضى الغرماء وحجر المحجور غير متصور فكان كالتركة المستغرقة بالدين في جواز ان يبيعها القاضي على الورثة اذا امتنعوا عن قضاء الدين فانه لا يعد حجرا لكونهم محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضى الغرماء كذا في العناية وعامة الشروح وغيره في النهاية ومعراج الدراية الى الذخيرة اقول في الجواب نظر لانه لا يحسم مادة الاشكال اذ لسائل ان يعيد الكلام الى كونه محجورا عن بيعه قبل ذلك فانه يقتضي الحجر على الحر العاقل لسبب الدين فتشكل على اصل ابي حنيفة رح ثم ان الفرق بينه وبين التركة المستغرقة بالدين ظاهر اذ لا يثبت الملك للورثة في التركة المستغرقة بالدين لان حق الغريم متقدم على حق الوارث ولهذا اذا اعتق الورثة عبدا من التركة المستغرقة بالدين لا ينفذ بخلاف العبد المأذون له فان ملك المولى فيه باق ولهذا ينفذ اعتاقه اياه وسياتي ذلك كله في الكتاب فسبب كون الورثة محجورين عن بيع التركة المستغرقة بالدين انما هو عدم كونها مملوكة لهم فلا ينقض به اصل ابي حنيفة رح وهو ان لا يرى الحجر بسبب الدين واما كون المولى محجورا عن بيع عبده المأذون له فلاكتساب لاسعى الدين فيلزم ان ينتقض به اصلا كما لا يخفى فتامل قوله الا ان يفديه المولى قال صاحب العناية وقوله الا ان يفديه المولى اشارة الى ان البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا لان اختيار الفداء من الغائب غير متصور اقول فيه بحث لان قوله الا ان يفديه المولى انما يشير الى ان عدم جواز البيع عند الفداء كما هو الحاصل من الاستثناء انما يتصور اذا كان المولى حاضرا بناء على ان اختيار الفداء من الغائب غير متصور واما ان البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا فمما لا اشارة في قوله المذكور اليه لان الفداء من المولى انما يتصور عند حضور المولى او نائبه واما عدم الفداء منه فكما يتصور عند حضور المولى او نائبه كذلك يتصور عند غيبتهما ايضا كما لا يخفى والبيع انما يجوز فيما اذا تعذر الفداء من المولى كما هو الحاصل من الباقي بعد الثنيا في المسئلة المذكورة فلما تصور عدم الفداء في كل من صورتي الحضور والغيبة احتمل جواز البيع في كل من تلك الصورتين ايضا فمن اين حصلت الاشارة الى انحصار جوازه في صورة حضور المولى نعم البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا كما صرحوا به في الشروح وعامة المعتبرات حيث قالوا هذا اذا كان المولى حاضرا فاما اذا كان غائبا فانه لا يبيع العبد حتى يحضر المولى فان الخصم في رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع الا بحضرته او بحضرة نائبه بخلاف المكسب فانه يباع بالدين وان كان المولى غائبا لان الخصم فيه هو العبد انتهى لكن الكلام في حصول الاشارة اليه في قول المصنف رح الا ان يفديه المولى كما ادعاه صاحب العناية تدبر قوله وهذا لان سبب التجارة وهي داخلة تحت الاذن قال صاحب العناية قوله وهذا اشارة الى دفع الضرر بيانه ان سبب هذا الدين التجارة لانه المفروض داخلة تحت الاذن بلا خلاف فسببه داخل تحته واذا كان داخلا تحته كان ثمنا فلو لم يتعلق برقبته استسعاره كان اضرارا لان الكسب قد لا يوجد والعبد كذلك ليسعى حقوق الناس وقال ويجوز ان يكون بيانا لقوله ظهر وجوبه في حق المولى انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان الاوجه هو الذي ذكره ثانيا بقوله ويجوز ان يكون بيانا الى آخره وان كان اسلوب تحريره يشعر بخلافه وذلك لان كون سبب الدين التجارة

لا ينفذ اعتاقه

قال يقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة فان فضل شئ من ديونه طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به ولا باع ثانيا كيلا يفتح البيع او دفعا للضرر عن المشتري وتعلق دينه كسبه سواء حصل قبل عتق المولى او بعده وتعلق بما يقبل من هبته لان المولى انما ملكه بعض حاجة العبد ولا يقرع ولا تعلق بما تبرع المولى من هبته ولو ان له ان يأخذ غلته مثلا بعد الدين لو كان له ولو تمكن منه تجر عليه فلا يحصل الكسب الا زيادة على غلة المثل وتوقفها على الغرماء بعد عدم الحاجة فيها وتقدم حقهم قال فان حجر عليه لم يحجر حتى يظهر حجره بين اهل سوقه لانه لو لم يحجر تضرر الناس به لتأخر حقهم الى ما بعد العتق لما يتعلق برقبته وكسبه وقد يايعوه على رجاء ذلك ويشترط علم اكثر اهل سوقه حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه الا رجلان ليه يحجر ولو بايعوه جاز دان بايعه الذي علم حجره ولو حجر عليه في بيته لبعض من اكثر اهل سوقه لم يحجر والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل كما في تبليغ الرسالة من الرسل ثم يبقى العبد ماذونا الى ان يعلم بالحجر كالوكيل اذا لم يعلم بالعزل وهذا لانه تقرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما هو كذلك يشترط الشيوع في الحجر اذا كان الاذن شائعا اصله اذا لم يعلم به لا العبد ثم حجر عليه معلم منه يحجر لانه لا ضرر فيه قال فان مات المولى او جن او لحق بدار الحرب صار مأذونا محجورا عليه لان الاذن غلا لزوم وما كان لا يكون لازما من التصرف يحتمل الرد وامره حلو لا بتداء هو الاصل فلا بد من قيام اهلية الاذن في حالة البقاء وهي تنعدم بالموت والجنون وكذا باللحوق لانه موت حكما حتى يقسم ماله بين ورثته قال واذا حجر العبد صار محجورا عليه وقال الشافعي لا يبقى ماذونا فان لا يبقى لا يمنا في بقاء الاذن فكذا لا يمنا في البقاء وصار كما لو ذهب وكذا ان الاباق حجر دلانه انما يزيل قدرته على التصرف بزواله ولهذا لو عاد بنفسه عاد التصرف بخلاف ما لو ذهب وهذا لان الاباق لا يمنع من بقاء الاذن لان الكلام فيما لا يعتبر ابتداؤه وهو الاذن ابتداء لان الاباق يمنع من ابتداء الاذن لانه يعجز عن التصرف فيه ولهذا لو عاد بنفسه عاد التصرف بخلاف ما لو ذهب وكذا ان الاباق حجر دلانه انما يزيل قدرته على التصرف بزواله

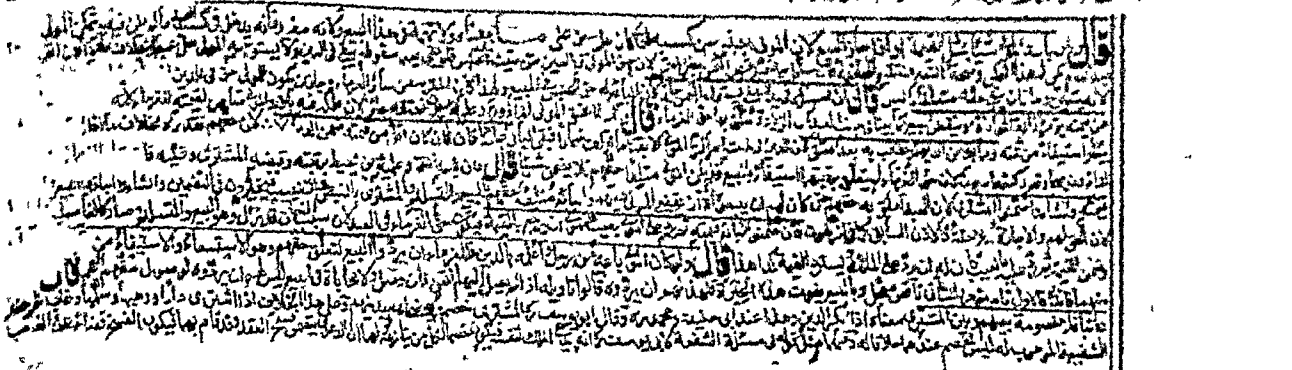
قال (وإذا أذن لمكاتبه) لأن المكاتب من أهل التجارة لأنه يملك بالملك المطلق ويملك بالإذن المقيد فيملك بالإذن المطلق بالطريق الأولى (ولعبده المأذون له) لأن الإذن بالتجارة يتضمن الإذن بما هو من ضرورياتها وهو البيع والشراء بالنقد والنسيئة والإقالة والحوالة والرهن والارتهان والإيداع والاستيداع والإعارة والاستعارة والإيفاء والاستيفاء والإبضاع والمضاربة والوكالة والشركة والخلط والتوكيل بالخصومة والمرافعة إلى القاضي

بخلاف ما اذا باع المريض من وارثه بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان لهم الاستخلاص
بالرد قيمته اما حق الغرماء تعلق بالمالية لا بعينه فافترقا وقالا ان باعه بنقصان يجوز للاجنبي وتخير المولى لتضرره بزوال المحاباة وانشاء نقض
البيع وعلى المذهبين البيع من المحاباة والفاحش سواء ووجه ذلك ان الامتناع لدفع الضرر من الغير ساقط وبهذا يبطل ما
الضرر عنهم وهذا بخلاف البيع من الاجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يتخير بازالة المحاباة والمولى يتضرر

قوله وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده وقال صاحب النهاية وبهذا الخلاف متعلق بأول المسئلة وهو قوله واذا باع
من المولى شيئا بمثل قيمته جاز هذا على لغة يتعاورون الواو وفي قوله وبخلاف انتهى ورد عليه صاحب العناية حيث قال بعد نقل ذلك عنه وليس بصحيح لانه
مسلوب بالا معطوف عليه بل المناسب لذلك عدم الواو انتهى اقول بل قوله لانه معطوف بالا معطوف عليه ليس بصحيح فانه معطوف حينئذ على قوله بخلاف
اما واو الحالية عند ابي الاجنبي عند ابي حنيفة رح على ان يكون معنى الكلام وباشرا ان المسلمان بالبستان انتهى قول القدوري واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز وقوله و
ان باعه بنقصان لم يجز بالبستان بخلاف ما اذا باعه اجنبي الاجنبي وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لكن على التوزيع بطريق اللف والنشر
الغير المرتب اي المسلمان الثانية بالبستة بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لا ان كانا المسلمتين بالبستان بخلاف الخلافيين فاذن تحقق المعطوف عليه
ويصح المعنى كما لا يخفى ثم ان في تصحيح المعطوف على تقدير الواو توجيه اشار اليه صاحب معراج الدراية حيث قال قوله وبخلاف ما اذا باع المريض متعلق بأول
المسئلة ومعطوف على قوله وان باعه بنقصان لم يجز من حيث المعنى تقدير الكلام وان باع من المولى بمثل قيمته جاز بخلاف ما اذا باع بالنقصان حيث لم يجز و
بخلاف ما اذا باع المريض هذا على لغة يتعاورون الواو وفي قوله وبخلاف انتهى والعجب ان صاحب العناية وان لم يطلع على ما ذكرناه اولا من التوجيه الوجيه الا ان الظاهر انه
قد رأى توجيه صاحب معراج الدراية ومع ذلك جزم بانه معطوف بلا معطوف عليه بدون ان يبين الفساد في توجيه صاحب معراج الدراية نعم في توجيهه تعمل
لا يخفى ولكن لا يخفى ايضا انه ليس بابعد واقبح مما اختاره صاحب العناية نفسه حيث قال الى ظاهر عدم الواو وجعله متعلقا باول المسئلة وفي كلامه تعقيد الى آخر
ما ذكرته كما سياتي تفصيله وبيان حاله وقال صاحب النهاية بعد كلامه السابق ويجوز ان يكون بدون الواو فيتعلق بحكم قوله المتصل به وهو قوله بخلاف ما اذا باع الاجنبي
اي انه يجوز في كل حال يعني اذا كانت المحاباة يسيرة او فاحشة وكان البيع بمثل القيمة او كان البيع بمثل القيمة وبيع المريض من وارثه لا يجوز عند ابي حنيفة رح في كل حال من هذه الاحوال
وبهذا وجه ولكن النسخة بالواو اياه انتهى كلامه ورد عليه صاحب العناية كلامه هذا ايضا حيث قال بعد نقله ايضا عن قوات ذلك اوجه من حيث اللفظ بالقرب ودون المعنى
لان المفهوم من قوله بخلاف ما اذا باع الاجنبي جواز المحاباة سواء مطلقا ولا يرد بيع المريض عن وارثه بمثل القيمة اشكالا عليه حتى يحتاج الى الجواب انتهى اقول ليس هذا
ايضا بوارد لانه كما يفهم من قوله بخلاف ما اذا باع الاجنبي جواز المحاباة سواء مطلقا كذلك يفهم منه جواز بيعه بمثل القيمة غير ان الاول مفهوم بالعبارة والثاني
مفهوم بالدلالة لانه اذا جاز المحاباة سواء فلان جاز البيع بمثل القيمة اولى كما لا يخفى وعن هذا قال صاحب النهاية في تفسير قوله بخلاف ما اذا باع الاجنبي اي انه
يجوز في كل حال يعني اذا كانت المحاباة يسيرة او فاحشة وكان البيع بمثل القيمة فافترقا بين بيع العبد من الاجنبي وبين بيع المريض من الوارث حيث جاز الاول
دون الثاني مع ان في كل منهما تعلق حق الغير بالمبيع فاحتاج الى الجواب عنهما بقوله بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية
الورثة تعلق بعينه يعني انه لا يجوز عنده بيع المريض من الوارث بمثل قيمته المبيع بناء على تعلق حق الغير بعينه فكيف يجوز بيعه منه بالمحاباة وقد سلك هذا ايضا
مسلك الدراية فلا احاجة ورفع تركك الواو من حيث المعنى على ان يجعل قوله المذكور متعلقا بحكم قوله المتصل به وقال تاج الشريعة قلت ينبغي ان يأتي
بالمسئلة بلا واو لانه اول مسئلة يورد نقضا على مسئلة الكتاب دون قوله بخلاف ما اذا باع الاجنبي لانه لبيان الفرق بين ما اذا باعه من
المولى بنقصان لم يجز وبين ما اذا باعه من الاجنبي جاز وانما ادخل الواو فيه لئلا يتوهم انه نقض على بيع المريض من الاجنبي بالمحاباة فادخل الواو ليعلم بهذا الوهم
انتهى اقول ليس هذا ببعيد ايضا ولا فلان قوله لان اولى مسئلة يورد نقضا على مسئلة الكتاب دون قوله بخلاف ما اذا باع الاجنبي لانه لبيان
الفرق بين ما اذا باعه من المولى بنقصان لم يجز وبين ما اذا باعه من الاجنبي جاز كلام غال عن التحصيل لان مسئلة الكتاب ههنا اثنتان اولاهما قوله واذا باع من المولى

لان البيع بالبيعين متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع مع المولى للتهمة عند تبرع في حق الاجنبي لانعدامها بخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالاكثير من المحاباة حيث لا يجوز اصلا عندهما ومن المولى يجوز ويؤمر بازالة المحاباة لان المحاباة لا تتمحض من العبد المأذون على اصلهما لاباذن المولى ولا اذن في البيع مع الاجنبي وهو اذن بمباشرته بنفسه غير ان ازالة المحاباة حتى الغرماء وهذان القرنان على اصلهما

شيئا بمثل قيمته بازد واخرجها قوله وان باعه بنقصان لم يجز فكان قوله وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لدفع توهم انتقاض المسئلة الاولى بمسئلة بيع المريض الوارث بمثل القيمة كذلك قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي لدفع توهم انتقاض المسئلة الاخرى بمسئلة محاباة المأذون مع الاجنبي وكان قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي لبيان الفرق بين ما اذا باع المأذون من مولاه شيئا بنقصان وبين ما اذا باعه من الاجنبي بنقصان كذلك قوله وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لبيان الفرق بين ما اذا باع المأذون من مولاه شيئا بمثل قيمته وبين ما اذا باعه المريض من وارثه بمثل قيمته فان اراد بالمسئلتين بقوله المذكورتين الاولى من المسئلتين المزبورتين بمسئلة الكتاب اي مختصر القدوري دون الاخرى منهما فليس بصحيح اذ كلتاهما مسئلتان مذكورتان معا في مختصر القدوري وان اراد بذلك انهما وان كانتا معا مسطورتين في الكتاب الا ان قوله وبخلاف ما اذا باع المريض الى آخره لدفع توهم الانتقاض دون قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي فانه لبيان الفرق فليس بصحيح ايضا لان دفع توهم الانتقاض انما يكون ببيان الفرق فقصد احدهما يستلزم قصد الآخر على انه لا تاثير لهذا المعنى في اتيان المسئلة بالواو وكما لا يخفى على الفطن فلا يثبت مدعاه وان اراد به ان قوله وبخلاف ما اذا باع المريض متعلق بالاولى مسطور الكتاب قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي متعلق باخرهما فلا معنى للواو فيما يتعلق بالاولى قلنا قد تقرر في علم الادب ان الواو المطلق الجمع لا ترتيب فيها فجعلها لا يقتضي التاخر لا في الوقوع ولا في التعلق فلا محذور في اتيان الواو ههنا اصلا واثانيا فلان قوله وانما ادخل الواو فيه لئلا يتوهم انه نقض على بيع المريض من الاجنبي بالمحاباة فادخل الواو لدفع هذا الوهم ليس تاما ايضا لانه ان كان الواو فيه للعطف كما هو الظاهر المتبادر فان كان المحل صالحا للعطف فما معنى قوله من قبل ينبغي ان يأتي بالمسئلة بلا واو لانه اول مسئلة يورده تقضيا على مسئلة الكتاب وان لم يكن صالحا لذلك يصح ادخال واو العطف فيها لا يصلح للعطف لمجرد دفع توهم وان لم يكن الواو للعطف فمن اين يندفع ذلك التوهم وقال صاحب العناية والظاهر عدم الواو ويجعله متعلقا باول المسئلة وفي كلامه تعقيد وتقدير كلامه هكذا وان باع من المولى شيئا بمثل القيمة جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذ كان عليه دين بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه اي بعين مال الميت حتى لو كان لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته اما حق الغرماء فيتعلق بالمالية لا غير فاشتركا اي المولى والمريض في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث ثم بعد ذلك يذكر قوله وان باع بنقصان لم يجز الى آخره انتهى كلامه اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان جعل الظاهر ههنا عدم الواو وبناءه على جعل كلام المصنف على مثل هذا التعقيد القبيح عار عن سنن الصواب وخروج عن دائرة الانصاف ولعل هذا اقبح الاحتمالات المذكورة في حل هذا المحل ثم ان في تقريره خللا آخر فانه قال في تفسير قول المصنف فاشتركا اي المولى والمريض وكان الصواب ان يقول اي العبد والمريض كما لا يخفى على المتامل والعجب انه قال بعد ذلك في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث فيؤول المعنى على هذا الى ان يقال في جواز بيع المولى من المولى دون جواز بيع المريض من الوارث والا يخفى ما فيه من الركاكة ثم قوله وان باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته وقيمته فللمشتري رقبته ان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاءوا ضمنوا المشتري قال الشراح انما قيد بسبب ضمان كل واحد من البائع والمشتري باذكر من التسليم والتسليم لم يكتف بمجرد البيع والشراء لانهما لا يضمنان بمجرد هما بل بتغييب ما فيه حق الغرماء وهو العبد لانهم يستسعونه وبيعه كذلك ايسر عليه من رد ذلك انما يفوت بالتسليم والتغييب لا بمجرد البيع والشراء انتهى اقول لقائل ان يقول فاذن ينبغي ان يكون الضمان في هذه المسئلة على المشتري فقط فان تغييب العبد الذي فيه حق الغرماء انما تحقق من جهته دون البائع ولو لا التغييب لامكن لهم ان يردوا البيع فيستسعوا العبد ويبيعوه فالضمان حينئذ على احد كما يجيء في المسئلة الآتية فان قلت تغييب ذلك العبد وان وقع من المشتري دون البائع الا ان في البائع ايضا سببية له اذ لولا بيعه وتسليمه لما غيب المشتري قلت نعم الا ان سببية ذلك البيع وقد تقرر عندهم مرارا ان الحكم يضاف الى اقرب الاسباب فتامل ثم ان صاحب العناية قال ولكن بقي شيء وهو ان حقهم كان في بيع العبد



والمولى قد رفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان كما لو نهى اذا باع التركة بغبن فاحش والجواب عن ذلك بان حقهم لم يتعين في البيع بل لهم الاستسعاء وقد فات بالبيع حق الغرماء منحصر في بيع التركة فافترقا انتهى كلامه اقول لا يتجه السؤال المذكور على مسئلتنا هذه اصلا لان وضعها فيما اذا كان ثمن العبد اقل من قيمته والحال كان ثمنه اكثر من قيمته او مساويا لها فلا يثبت للغرماء الخيار بين الاشياء الثلاثة المذكورة في هذه المسئلة بل يتعين لهم اذ ذاك اجازة البيع واخذ الثمن لهم الفائدة في التعيين وقد صرح بذلك كثير من الثقات منهم تاج الشريعة حيث قال هذا الخيار اذا كان الثمن اقل من القيمة اما اذا كان اكثر او مساويا فلا خيار لهم انتهى ومنهم صاحب النهاية حيث قال بعد ذكر تمام المسئلة وبيان انه لفظ محمد في الجامع الصغير هذا اذا باعه باقل من قيمته فاما اذا باعه بقيمته او باكثر من قيمته وقبض وهو في يده فلا فائدة في التضمين ولكن يدفع الثمن اليهم انتهى فاذا كانت مسئلتنا هذه فيما اذا كان ثمن العبد الذي باعه المولى به اقل من قيمته لم يتجه ان يقال ان حقهم كان في بيع العبد والمولى قد رفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان لان حقهم كان في بيع العبد بقيمته والمولى قد باعه باقل منها فقد قصر وتعدى فوجب عليه الضمان قطعا ثم اقول في الجواب المذكور نظر لان حاصله ان سبب وجوب الضمان على المولى تفويته حق الاستسعاء للغرماء بتسليم العبد ومقتضى هذا ان يجب على المولى ضمان الديون بالتمام دون زمان قيمة العبد فقط لانه كان لهم ان يستسعوا العبد في جميع ديونهم لانه في مقدار قيمته فقط وقد فات بالبيع والتغييب حق الاستسعاء بالكلية فينبغي ان يضمن البائع والمشتري جميع ما فوتاه وهو جميع ما يمكن استيفاؤه بالاستسعاء من الديون ولم يقل به احد وانما الذي قالوا به ان يجب عليهما ضمان مقدار قيمة العبد لا غير فتبصر قوله قالوا تاويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم ان يردوه لوصول حقهم اليهم قال صاحب النهاية في هذا اللفظ نوع نظر اذ كان من حقه ان يقال وتاويله اذا باع بثمن لا يفي بديونهم كما هو المذكور في باب جناية العبد من كتاب الجامع الكبير فخر الاسلام وما ذون الجامع الصغير لقاضي خان والذخيرة وذلك لانه اذا لم يكن في البيع محاباة ولكن الثمن اذا كان لا يفي بديونهم كان لهم ان يردوا البيع لفوات حقهم في الاستيفاء فيما بقي من ديونهم على العبد وما ذكر في الكتاب لا يحصل به المعنى المذكور انسداد باب الرد لهم لانه يحتمل ان لا يفي الثمن بديونهم وان لم يكن في البيع محاباة فيبقى لهم ولاية الرد للاستيفاء باقي الديون اللهم الا ان يريد بقوله فان وصل ولا محاباة في البيع رضا الغرماء باخذهم الثمن فانهم لما اخذوا الثمن كانوا راضين بالبيع فينسد حينئذ باب الرد ولكن احتمال الزوال احضار الثمن والتخلية بينهم وبين الثمن بلفظ الوصول باق فلا ينتهض ذلك اللفظ ايضا بيانا لانسداد باب الرد لهم من كل وجه وكان المعقول ما ذكره الامام قاضي خان في جامعه بقوله وتاويله اذا باع بثمن لا يفي بديونهم لانه كان لهم حق الاستسعاء الى ان يصل اليهم ديونهم وبعد البيع لا يتمكنهم الاستسعاء في ملك المشتري فكان لهم ان يفسخوا البيع ولان كان بالثمن وفاء بديونهم لا يكون لهم ولاية نقض البيع الى هنا كلام صاحب النهاية وقد نقله صاحب معراج الدراية بعين عبارته واما صاحب العناية فقد اراد بطريق الاحتمال واورد النظر على الجواب حيث قال قيل في عبارته قلت لان وصول الثمن اليهم مع وضع عدم المحاباة في البيع لا يستلزم نفي الرد لجواز ان يصل اليهم الثمن ولا محاباة في البيع لكن لا يفي الثمن بديونهم فيبقى لهم ولاية الرد للاستسعاء في الديون واجيب بانهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد وفيه نظر لانه ينبغي بمقتضى قوله ولا محاباة في البيع فانهم اذا قبضوا الثمن ورضوا به سقط حقهم وان كان فيه محاباة الى هنا كلامه اقول ولا في الجواب المذكور نظر آخر وهو انه لو كان مراد المصنف رح بقوله فان وصل ولا محاباة في البيع ما تمم تعليله بقوله لوصول حقهم اليهم فانه اذا لم يكن في الثمن وفاء بديونهم لم يصل اليهم حقهم بالتمام ووصول بعض حقهم اليهم لم يفد شيئا في نفي رد هم البيع كما بين في السؤال بل كان حق التعليل حينئذ ان يقال لرضائهم بسقوط حقهم واقول ثانيا يمكن الجواب عن النظر الذي اورده صاحب العناية بان فائدة قوله ولا محاباة في البيع حينئذ هي ان لهم ان يقولوا في صورة المحاباة انما قبضنا الثمن على اعتقاد ان لا محاباة في البيع فاذا علمنا المحاباة فيه لا نرضى به بل نرد البيع فيسترد العبد بتمام القيمة بخلاف ما اذا لم يكن في البيع محاباة فانه لا تبقى فيه ذلك العذر فافترقا ثم قال صاحب العناية

قال ومن قدم مصرا فقال لعبد لفلان فاشتر وبع فله كل شئ من التجارة لانه ان اخبره بالاذن فالاخبار دليل عليه وان اخبره بالتجارة فقد اذن له بكل شئ من التجارة لان المأذون المجهول يجري على موجب عرف التجار هو الاصل في المعاملات كيلا يضيق الامر على الناس لانه لا يباع حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله على مولاه لانه لا يملك الرقبة فلا يملك الثمن على ما بيناه وان حضر قال هو مأذون بيع في الدين لانه ملك المديون في حق مولاه وان قال هو محجور فالقول قوله لانه متمسك بالاصل

فصل واذا اذن لعبده الصبي في التجارة فهو اذن له في البيع والشراء ولهما الماذون اذا اذن ان يقبل البيع والشراء حتى يفك تصرفه وقال الشافعي لا ينفذ لان حجره لصباه فيبقى بعد الاذن كما كان ولنا ان الحجر عليه حتى يملك الولي التصرف عليه بملك حجره فلا يكون وليا للماذون اذا اذن وقصاراه الطلاق والعتاق بخلاف الصوم والصلوة لانه لا يقوم الولي فكذلك لا يتسبب لاصله فيقتصر على اسباب التجارة لان الاذن بالشئ اذن بما هو من ضروراته ومن اسبابه البيع والشراء ونحن لا نسلم ان التصرف الشرعي مما يعرى عن نفع ما في الجملة تنفيذا لما عرف تقريره في الحدود

وعلى الصواب ان يقال قوله لانه لا محاباة في البيع مسلم ان الثمن لم يبق بدينهم بدليل قولهم والثاني ناقص مجمل فانه انما يكون ناقصا اذا لم يعف بالديون انتهى أقول وفيه نظر أما اولا فلانه لو كان صحة قوله لا محاباة في البيع ان الثمن لم يبق بدينهم لم يجب فائدة قوله اذا لم يصل اليهم الثمن في قوله وتاويله اذا لم يصل اليهم الثمن اذ لا شك ان الثمن اذا كان لم يبق بدينهم لم يكن لهم ان يردوا البيع سواء وصل اليهم الثمن او لم يصل اذ لا يبقى لهم حينئذ حق الاستعارل يتعين حق الاستيفاء من رقبته فلا يتصور فائدة في الرد فلا يثبت لهم الخيرة واما ثانيا فلان معنى انتفاء المحاباة في البيع ليس حين معنى وفاء الثمن بديونهم وهو ظاهر وان احدهما لا يستلزم الآخر اصلا لجواز ان ينتفي المحاباة في البيع ولا يفي الثمن بديونهم جواز ان يفي الثمن بديونهم ولا ينتفي المحاباة فلم يصح ان يكون معنى قوله لا محاباة في البيع ان الثمن لم يف بديونهم لا بحسب الحقيقة وهو ظاهر ولا بحسب التجوز او الكناية لعدم العلاقة المصححة لذلك بينهما فتدبر قوله ومن قدم مصرا وقال لعبد لفلان انا عبد لفلان فاشتر وبع من كل شئ من التجارة لانه ان اخبره بالاذن فالاخبار دليل عليه وان لم يخبره فقد اذن له بكل شئ من التجارة لانه قال ذلك بحضرة مولاه فكان سكوته دليلا على الاذن كما في النهاية اي فتصرفه دليل على انه ماذون في التجارة وقال ذلك الذي ذكره جوابا للاستحسان واما جواب القياس فان لا يقبل قوله لانه اخبر عن شيئين احدهما اخبر انه مملوك وهذا اقرار على نفسه والثاني اخبر انه ماذون في التجارة وهذا اقرار على المولى واقراره عليه لا يصح حجة واما وجه الاستحسان فما ذكره في الكتاب انتهى واقتفى اثره صاحب العناية في شرح هذا المقام اثر ذلك أقول تحرير هذا المحل على هذا المنوال لا يخلو عن قبح الاختلال فان قوله اما في تقرير وجه القياس والثاني اخبر انه ماذون في التجارة وهذا اقرار على المولى غير متمش في احد شقي هذه المسئلة وهو ما اذا لم يخبر بالاذن اذ لا اخبار من العبد في هذه الصورة فلا اقرار على المولى فيها واما جعل الاخبار في قولهما والثاني اخبر انه ماذون في التجارة اعم من الاخبار الحقيقي والحكمي واد عاه ان في ذلك الشق اخبارا حكميا عن كونه ماذونا وهو تعسف تصرف الماذون فتحمل جدا كما لا يخفى فالاولى ههنا تحرير صاحب الكافي فانه جعل هذه المسئلة على وجهين وذكر لكل واحد منهما وجه قياس ووجه استحسان على الاستقلال حيث قال والمسئلة على وجهين احدهما ان يخبر ان مولاه اذن له فيصدق استحسانا احد لا كان او غير عدل والقياس ان لا يصدق لانه مجرد دعوى منه فلا يصدق الا بحجة لقوله عليه السلام البينة على المدعي ووجه الاستحسان ان الناس تعاملوا ذلك واجماع المسلمين حجة يخص بها الاثر ويترك به القياس والنظر والان في ذلك ضرورة وبلوى فان الاذن لا بد منه لصحة تصرفه واقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن والاصل ان ما ضاق على الناس امره اتسع حكمه ما عمت بليته سقطت قضيته وثانيهما ان يبيع ويشتري ولا يخبر شيئا والقياس فيه ان لا يثبت الاذن لان السكوت محتمل وفي الاستحسان يثبت لان الظاهر انه ماذون لان امور المسلمين محمولة على الصلاح ما امكن ولا يثبت الجواز الا بالاذن فوجب ان يحمل عليه والعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات دفعا للضرر عن الناس والقياس ان يشترط عدالة المخبر لان الحجة خبر العدل وفي الاستحسان لا يشترط للضرورة والبلوى الى هنا كلامه واقتفى اثره صاحب معراج الدراية في شرح هذا الكتاب والامام الزيلعي في شرح الكنز قوله الا انه لا يباع حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بيناه أقول لقائل ان يقول ان اراد بقوله لانها خالص حق المولى انه ليس فيها حق العبد ولا حق الغرماء فهو ممنوع اذ قد تقرر فيما مر ان حق الغرماء يتعلق برقبة العبد الماذون حتى كان لهم ان يبيعوه لاستيفاء ديونهم وان اراد بذلك انه ليس فيها حق العبد كما هو المتبادر من قوله بخلاف الكسب لانه حق العبد فهو مسلم لكن لا يتم به التعليل حينئذ على ان لا يقبل قوله في الرقبة اصلا لانه لا يمنع ان يقبل قوله فيها للتعلق حق الغرماء بها كما يقبل قوله في ثبوت الاذن له ولزوم كل شئ من التجارة لئلا يضيق الامر على الناس فليتامل والاظهر في تعليل قوله لا يقبل قوله في الرقبة اي في حق بيع الرقبة ان يقال الان بيع الرقبة ليس من لوازم الاذن في التجارة الا ترى انه اذا اذن المدبر وام الولد ومعتقها الدين لا يباعان وهما ماذونان لهما كما ذكر في النهاية وغيرها

فصل لما فرغ عن بيان احكام اذن العبد في التجارة شرع في بيان احكام اذن الصبي والمعتوه وقدم الاول لكثرة وقوعه قوله واذا اذن

والصبي سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد تثبت نظرا الى اذن الولي في بقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين وتعامل تبدل الحال بخلاف الطلاق والعتاق لانه ضار محض فلم يؤهل له والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن والبيع والشراء دائر بين النفع والضرر فتجعل اهلا له بعد الاذن لا قبله لكن قيل الاذن يكون موقوفا منه على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا وصحة التصرف في نفسه وذكر الولي في الكتاب ينتظم الاب والجد عند عدمه والوصي والقاضي والمولى بخلاف صاحب الشرط لانه ليس اليه تقليد القضاء والشرط ان يعقل كون البيع سببا للملك بالربح والتشبيه بالعبد الماذون يفيد ان ما يثبت في العبد من الاحكام يثبت في حقه لان الاذن فك الحجر والماذون يتصرف باهلية نفسه عبدا كان او صبيا فلا يتقيد تصرفه ببيع دون نوع ويصير ماذونا بالسكوت كما في العبد

على الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد الماذون اذا كان يعقل البيع حتى ينفذ تصرفه اقول كان الظاهر ان يقول في جواب المسئلة فهو في التجارة كالعبد الماذون ليطابق ما قبله من قوله في التجارة وليعم غير البيع والشراء من سائر اسباب التجارات لنفوذ تصرفه في سائرها ايضا عندنا وكانه قصد الاكتفاء بذكر البيع والشراء لكونهما من اصول اسباب التجارات الا انه اثر اللفظ الكثير على اللفظ القليل مع كون الثاني اعم وأظهر في افادة تمام المرام فافهم وفي غاية البيان عبارة مختصر القدوري ثم ذلك قصر المصنف رح من جهة اخرى حيث قصر في البداية على قوله اذا كان يعقل البيع والشراء وصرح على ذلك في الهداية ايضا مظنونا مرتبة في غاية المختصر ان يعقل البيع فقط غير كاف في كونه كالعبد الماذون نافذ التصرف في باب التجارة فلا بد من ان يعقل الشراء ايضا بان يعرف ان البيع سالب للملك والشراء جالب له ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش كما صرح به قوله والصبي سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد تثبت نظرا الى اذن الولي هذا جواب عن قول الشافعي رح لان حجره لصباه فيبقى بعد بلوغه تقريره ان الصبي سبب الحجر لعدم هداية الصبي في امور التجارة لا لذاته فصار هو كالعبد في كون حجره لغيره فاذا اذن له الولي زال ذلك الغير لانه يستدل بها على ثبوت هدايته في امور التجارة اذ لو لم يكن هاديا فيها ما اذن له الولي فينفذ تصرفه كما لو اذن المولى للعبد كذا في الشروح اقول يرد على ظاهر هذا الجواب ان يقال لو كان الامر كذلك لنفذ تصرف الصبي بدون اذن الولي اذا علم هدايته في امور التجارة بدليل من الدلائل غير اذن الولي لحصول العلم اذ ذاك ايضا بزوال ذلك الغير الذي هو حجر الصبي بسببه وهو عدم الهداية مع ان المفهوم من الكتب عدم نفاذ تصرفه بغير اذن الولي اصلا فيما هو دائر بين النفع والضرر كالبيع والشراء ونحوهما فتامل قوله وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال قال صاحب العناية وقوله وبقاء ولايته جواب عما يقال لو ثبت له الهداية بالاذن لم يبق الولي وليا وتقريره ان بقاء ولايته بعد ذلك لامرين للنظر له فان الصبي من اسباب المرحمة بالحديث وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض لاستيفاء المصلحة بطريقين اي بمباشرة وليه او بمباشرة نفسه فكان مرحمة في حقه فوجب اعتباره ولاحتمال تبدل الحال فان حال الصبي يحتمل ان يتبدل من الهداية الى غيرها فبقينا ولايته الولي ليتدارك ذلك انتهى كلامه اقول في تقريره شيء اما اولا فلان قوله وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض غير مسلم لان الكلام في التصرف الدائر بين النفع والضرر فان تصرفه الذي هو نافع محض كقبول الهبة والصدقة ينفذ بغير اذن الولي ايضا وتصرفه الذي هو ضار محض كالطلاق والعتاق لا ينفذ باذن الولي ايضا وانما الذي يتوقف نفاذه على اذن الولي عندنا تصرفه الدائر بين النفع والضرر كالبيع والشراء فكيف يكون في اعتبار كلامه في مثل ذلك التصرف نفع محض فالوجه ان يقال بدل قوله المذكور وفي اعتبار كلامه في التصرف نظر له واما ثانيا فلان مقتضى تقريره المزبور ان يكون قول المصنف واحتمال تبدل الحال معطوفا على قوله لنظر الصبي كما لا يخفى على الناظر في مقدمات تقديره وليس بذاك فانه معطوف على قوله لاستيفاء المصلحة بطريقين داخل معه في حيز قوله لنظر الصبي اذ لا شك ان تدارك احتمال تبدل الحال ايضا نظر للصبي فلا وجه لجعله مقابلا له ثم اعلم ان قول المصنف رح وبقاء ولايته الى آخره يحتمل الوجهين احدهما ان يكون جوابا عن قول الشافعي رح ولا نسلم ان الولي عليه الى آخره وثانيهما ان يكون جوابا عن سؤال مقدر وهو ان يقال لو صار الصبي وليا للتصرف باذن وليه لكان ينبغي ان لا يبقى وليه وليا في التصرف في ماله فصاحب النهاية ذكر كلا الوجهين وصاحب العناية اختار الثاني كما ترى وكثير من الشراح اختاروا الاول فعليك الاختيار ثم الاختيار قوله والتشبيه بالعبد الماذون يفيد ان ما ثبت في العبد من الاحكام يثبت في حقه اي في حق الصبي اراد به قوله فهو في البيع والشراء كالعبد الماذون كذا في غاية البيان وغيره اقول لقائل ان يقول تشبيه الصبي بالعبد الماذون انما يفيد ثبوت احكام العبد عامة في حقه ان كان التشبيه على العموم او على الاطلاق واما اذا عين وجه المشابهة كما هو مذكور في الكتاب حيث قال فهو في البيع والشراء كالعبد الماذون فافادة الماذون التعميم ممنوع جدا اوليس لازما قال صاحب النهاية فان قلت كيف

ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا بما في رقبته في ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد ولا يملك توفيره عبده ولا كتابته كما

والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يصير ماذونا بإذن الأب والجد والوصي دون غيرهم على ما بيناه والله أعلم بالصواب

يستقيم تعميم قوله ان ما ثبت في العبد من الاحكام ثبت في حق الصبي المأذون مع التخلف في بعضها وهو ان المولى محجور عن التصرف في مال العبد المأذون اذا كان عليه دين يحيط بماله والولي ليس بمحجور عن التصرف في مال الصبي المأذون وان كان عليه دين يحيط بماله والرواية عن المبسوط تلقت الجواب عنه من وجهين احدهما ان ما ذكرته من الحجر وعدمه هو في الحجار المولى وعدم الحجار الولي في المال وما ذكرناه في الكتاب من التعميم في تصرف العبد في ماله وتصرف الصبي في ماله فلا يرد نقضا لاختلاف المصرفين والثاني هو ما ذكره في المبسوط وانما يملك الاب او الوصي التصرف في مال الصبي سواء كان على الصبي دين او لا لان دين الحر في ذمته لا تعلق له بماله بخلاف دين العبد المأذون فانه يتعلق بكسبه ويصير المولى من التصرف كاجنبي آخر اذا كان الدين مستغرقا انتهى كلامه واقتفى اثره صاحب العناية في ذكر ذاك السوال وجعل الجواب ولكن سلك مسلك الاجمال اقول الوجه الثاني لا يصلح جوابا عن السوال المذكور لان حاصل هذا الوجه بيان علة الحجار المولى عن التصرف في مال العبد المأذون اذا كان عليه دين يحيط بماله وعدم الحجار الولي عن التصرف في مال الصبي المأذون وان كان عليه دين يحيط بماله وذلك لا يفيد استقامة التعميم في قول المصنف رح ان ما ثبت في العبد من الاحكام ثبت في حق الصبي المأذون بل يؤيد عدم استقامته كما لا يخفى ومدار السوال المذكور على التعميم المستفاد من كلام المصنف رح لا غير وقال بعض الفضلاء لعل خلاصة الجواب الثاني في منع دلالة الكلام على العموم قول ليس في الباب دليل الا دلالة كلام المصنف رح وهو قوله انما ثبت في العبد من الاحكام ثبت في حقه على العموم ظاهر لا يقبل المنع لان كلمة ما من الفاظ العموم على ما تقرر في علم الاصول وقد تاكد بيانها بقوله من الاحكام فان الجمع المعرف باللام ايضا من الفاظ العموم والاستغراق اذا لم يكن هناك معهود كما تقرر هذا ايضا في علم الاصول واما ثانيا فلانه لا دلالة في الجواب الثاني اصلا على منع دلالة كلام المصنف رح على العموم ولا تعرض له فيه بوجه من الوجوه وانما مضمونه مجرد بيان العلة في انحجار المولى عن التصرف في مال العبد وعدم انحجار الولي عن التصرف في مال الصبي فحمل ذلك الجواب على منع دلالة الكلام على العموم مما لا سبيل اليه اصلا قوله ويصح اقراره بما في يده من كسبه اورد عليه بان الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولي لا يملك الاقرار على مال الصبي فكيف يملكه الصبي باذن الولي واجيب عنه في النهاية ومعراج الدراية بان الولي انما لا يملك ذلك لانه لا تحقق منه لان الاقرار قول من المرء على نفسه وما يثبت على الغير بقوله فهو شهادة واقرار الولي على الصغير قول على الغير فيكون شهادة وشهادة الفرد لا يكون حجة واما قول الصبي بعد الاذن فهو اقرار منه على نفسه وهو من صنيع التجار ومما لا يتم التجارة الا به لان الناس اذا علموا ان اقراره لا يصح تحرزون عن معاملته فان من يعامله لا يتمكن من ان يشهد عليه شاهدين فلهذا جاز اقراره اقول هذا الجواب لا يدفع السوال المذكور لان مبنية عدم صحة اقرار الولي على مال الصبي وصحة اقرار الصبي بنفسه على مال نفسه وهذا مما لا يؤثر كما ترى في اندفاع الايراد بان الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة فكيف يتحقق الولاية المتعدية وكان صاحب العناية تنبه لما في الجواب المزبور حيث لم يذكره بل قال بدله والجواب انه افاده من حيث كونه من توابع التجارة والولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها انتهى اقول هذا الجواب ايضا غير مستقيم لانه ان اراد ان الولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها فيملك ايضا نفس التجارة وتوابعها التي من جملتها اقراره على مال الصبي فممنوع اذ لا شك ان اقرار الولي على مال الصبي ليس من توابع التجارة بل ليس مما يصح اصلا فانى يملك الولي وان اراد ان الولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها التي من جملتها اقرار الصبي على مال نفسه وان لم يملك نفس الاقرار عليه فمسلم ولكن لا يجدي هذا شيئا في دفع السوال المذكور لان اللازم منه ان يملك الولي الاذن الصبي بالاقرار فلا كلام فيه وانما الكلام في ان يملك الصبي الاقرار على نفسه باذن الولي ولاية متعدية من الولي الى الصبي والولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولي لا يملك نفس الاقرار على الصبي بالاجماع فلم تكن له ولاية قائمة في حق نفس الاقرار على الصبي فكيف يتعدى منه الولاية الى الصبي في حق ذلك ولا يخفى ان حديث ان يملك الولي الاذن بالتجارة وتوابعها

كتاب الغصب

الغصب في اللغة عبارة عن اخذ الشيء من الغير

في اثناء الجواب عن بدا الاشكال بصير لغوا من الكلام ثم اقول لعل الصواب في الجواب منع كون ولاية الصبي ولاية متعدية اذ قد تقرر فيما مر ان الصبي
يتصرف بالبيته والصبا ليس بسبب الحجر لذاته بل لعدم اهليته واذن الولي انما يكون دليلا على زوال ذلك المانع كما كان البلوغ دليلا عليه لا انه
يكتسب الولاية من اذنه الا ان الصبي لما كان من اسباب المرحمة بالحديث لم يؤهل الصبي اصلا لما هو ضار محض واهل لما هو نافع محض قبل
الاذن وبعده واهل لما هو دائر بين النفع والضرر بعد الاذن فقط والاقرار لما كان من توابع التجارة دار بين النفع والضرر فمن لا يقبل
اقراره يحترز الناس عن معاملته فيتضرر به فاهل الصبي له بعد الاذن وكانت ولاية عليه ذاتية لا متعدية من الولي فتبصر فان هذا توجيه حسن وجواب
شاف يتحسم به مادة الاشكال بالكلية

كتاب الغصب

ايراد الغصب بعد الاذن بسبب التجارة لوجهين احدهما ان الغصب من انواع التجارة بالاحتمال ان اقرار المأذون لما صح بديون التجارة دون
غيرها صح بدين الغصب ولم يصح بدين المهر لكن الاول من التجارة دون الثاني فكان ذكر النوع بعد ذكر الجنس مناسبا والثاني ان الغصب
ما دام قائما بعينه في يد الغاصب لا يكون الغاصب اجيرا مشتركا كالعبد المأذون فانه غير مالك لرقبته بل في يده من اموال التجارة وان كان يتصرف
فيه تصرف الملاك فذكر احد المتجانسين متصلا بالآخر من المناسبة الا انه قدم الاذن في التجارة لانه مشروع من كل وجه والغصب ليس مشروع
كذا في النهاية والعناية اقول في الوجه الاول بحث من وجهين احدهما ان كون الغصب من انواع التجارة لا انما يفيد المناسبة بين الغصب
وبين جنس التجارة لا بين الغصب وبين الاذن في التجارة لان الاذن في التجارة نفسه ليس من جنس التجارة فما بال بزوال ذلك المجرد اسقاط الحق عندنا على ما
صدر كتاب المأذون والمذكور في كتاب المأذون مسائل نفس الاذن لا مسائل جنس التجارة فلا يتم التقريب والثاني ان مناسبة ذكر النوع
بعد ذكر الجنس متحققة في سائر انواع التجارة ايضا فينتقض ذلك الوجه بها طرا ويمكن ان يجاب عن كل منهما بمنع ما عتاية اما عن الاول فبان يقال ان الاذن
نفسه وان لم يكن من جنس التجارة الا انه متعلق بجنس التجارة ومخصوص به فكان للغصب مناسبة للاذن نفسه ايضا بواسطة تعلقه بجنس التجارة
واما عن الثاني فبان يدعى عدم لزوم الاطراد في وجوه المناسبات بين كتب بذا الفن ويقال ان ما تيك الوجوه مصححات لامرجحات البتة فلا ضير في تحققها
في غير ما سبقت له ايضا ثم ان الاظهر في وجه المناسبة ههنا ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال وجه المناسبة بين الكتابين عندي ان المأذون
يتصرف في الشيء بالاذن الشرعي والغاصب يتصرف لا باذن شرعي لكن بينهما مناسبة المقابلة الا انه قدم كتاب المأذون لانه مشروع والغصب ليس
بمشروع انتهى واعلم ان محاسن الغصب من حيث الاحكام لا من حيث الاقدام كما في الجنايات والديانات فان المقصود من بيان كتاب الغصب
هو بيان حكمه المترتب عليه لا نه ليس في الغصب شيء من الاباحة فضلا عن الحسن والطاعة بل هو عمد وان محض ظلم صرف كما في النهاية وغيرها قوله في
الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده اقول لا بد من ان يزاد على هذا التعريف قيدان احدهما قيد او لتقصير يده بان يقال على وجه يزيل يده
او تقصير يده لئلا يخرج عن تعريف الغصب في الشرع ما اخذه الغاصب من يد غير المالك كما اذا اخذه من يد المستاجر او من يد المرتهن او من يد المودع
فان الغاصب في هذه الصور وان لم يزل يد المالك عن ماله بناء على عدم كونه في يده وقت الغصب وازالة اليد فرع تحققها الا انه قصر يده عن ماله في تلك
الصور ايضا وعن هذا قال في المحيط البرهاني الغصب شرعا اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يد المالك ان كان في يده او يقصر يده ان لم

تعالى سبيل تتغلب فلا استعمال فيه بين اهل اللغة وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده ٥

في يده انتهى وبهذا قال في الكافي ايضا وثانيها قيد على سبيل المجاهرة كما وقع في البدائع فانه لما قيد به في تعريف الغصب شرعية السرقة فان الامتياز بين السرقة والغصب في الشرع انما يكون بان كان الغصب على سبيل الجهار والسرقة على سبيل الخفية والاستتار مع الاشتراك بينهما في جميع ما ذكر لتعريف الغصب شرعية في الكتاب ثم اعلم ان صدر الشريعة قد تنبه للزوم زيادة القيد الثاني على هذا التعريف حيث قال في شرح الوقاية ثم لا بد ان يزاد على هذا التعريف لا على سبيل الخفية فانه يخرج السرقة انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال فان قلت اليس بصدق الحد المذكور على السرقة قلت نعم الا ان في السرقة خصوصية بها كانت من جملة اسباب الحد فدخل بسائلها باعتبار تلك الخصوصية في الحد وهو ذلك لانا في دخولها باعتبار اصلها في الغصب كالشراء من الفضولي فانه غصب مع انه مذكور في باب الفضولي من كتاب البيوع باعتبار ما فيه من خصوصية بها صارت من مسائلها ومن ذهب عليه هذه الدقيقة تصدى لاخراجها عن الحد المذكور بزيادة قوله لا على سبيل الخفية ولم يرد انه حينئذ يخرج عنه بعض افراد الغصب كاخذ مال غير محرز على سبيل الخفية الى هنا كلامه اقول فيه خلل من وجوه الاول ان السرقة بخصوصيتها التي كانت من جملة اسباب الحد داخلة في التعريف المذكور اذ لا مانع لشيء من خصوصيتها عن صدق التعريف المذكور عينها كما لا يخفى على ذي فطنة وانما تكون خصوصيتها مانعة عن صدق تعريف الغصب عليها لو زيد على التعريف المذكر قيد على سبيل المجاهرة او لا على سبيل الخفية فان من خصوصيتها ان تكون على سبيل الخفية كما تقرر في كتابها ولا شك بان قيدا او لا على سبيل المجاهرة او سبيل الخفية فاذا كانت السرقة بخصوصيتها التي كانت من جملة اسباب الحد داخلة في التعريف المذكور لم يمكن ذلك التعريف صالحا لان يكون حدا للغصب في الشرع والا لزم ان تكون السرقة بخصوصيتها غصبا شرعيا وليس كذلك لامحالة للقطع بتخالف حكمي السرقة والغصب في الشرع فلما قوله وذلك لانا في دخولها باعتبار اصلها في الغصب كما لا يخفى والثاني ان قوله كالشراء من الفضولي فانه غصب مع انه مذكور في باب الفضولي من كتاب البيوع ليس بسديد لان مجرد الشراء من الفضولي ليس بغصب قطعا وانما الذي يصير غصبا اخذ المشتري من يد الفضولي بغير اذن المالك وهو ليس مبيع جزما وليس بمذكور في كتاب البيوع اصلا وانما المذكور فيه نفس الشراء من الفضولي فلا صحة في التمثيل ولا في التعليل والثالث ان قوله كاخذ مال غير محرز على سبيل الخفية في قوله ولم يرد انه حينئذ يخرج عنه بعض افراد الغصب كاخذ مال غير محرز على سبيل الخفية ليس بصحيح لان ما كان غير محرز كيف يتصور اخذه على سبيل الخفية فان عدم الاحراز يناقض الاختفاء وعن هذا قال صاحب النهاية في فصل الحرز والاخذ منه من كتاب السرقة الحرز لا بد منه لان الاستتار لا يتحقق بدونه انتهى ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح غير التعريف المذكور بوجه آخر حيث قال بدل قولهم بغير اذن المالك بلا اذن من له الاذن وقال في شرحه وانما لم يقل بلا اذن مالكه لان كون المأخوذ ذلك ليس بشرط لوجوب الضمان فان الموقوف مضمون بالاتلاف وليس بمملوك اصلا صرح به في البدائع انتهى اقول وفيه ايضا خلل لان الوقف في الشرع عند ابي حنيفة رح حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف الى الله تعالى على وجه تعود منفعته على العباد وهذا كله مما يقرر في اول كتاب الوقف فعلى كلا القولين يكون الموقوف مملوكا فكيف يتم قوله ان الموقوف ليس بمملوك اصلا ولئن سلم تمام ذلك فكون الموقوف مضمونا لا يقتضي كونه مغصوبا غصبا شرعيا فان وجوب الضمان ليس بحكم مخصوص بالغصب الشرعي بل يتحقق ذلك في غيره ايضا بنوع من التعدي والجناية الا يرى ان زوائد المغصوب كولد المغصوبة وثمرة البستان المغصوب ليست بالمغصوبة عندنا شرعا لعدم تحقق ازالة يد المالك عنها بناء على ان يد المالك ما كانت ثابتة عليها حتى يزيلها الغاصب بل هي امانة في يد الغاصب ان هلكت لا يضمنها عندنا كما صرحوا به قالت وسيجيء في الكتاب مع انه تعد فيها يجب عليه الضمان بالاتفاق على ما صرحوا به قاطبة ايضا وسيجيء في الكتاب وكذا اذا قتل رجل عبد رجل خطأ في يد المالكة يجب عليه ضمان قيمة العبد بالاخلاف مع ان ذلك ليس بغصب في الشرع عند احد وبالجملة فرق بين ضمان الغصب وضمان

حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط لان مع العلم بحكمه اما أثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا اشتراكهما خطأ موضوع قال ومن غصب شيئا مثليا كالمكيل والموزون هلك في يده فعليه مثله وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما وهذا لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان المثل اعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان ادفع للضرر قال فان لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم خصمه وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح يوم الغصب وقال محمد رح يوم الانقطاع لابي يوسف رح انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب لمحمد رح ان الواجب المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فيعتبر قيمته يوم الانقطاع ولابي حنيفة رح ان النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا الوصل اذا وجد جنسه له ذلك وانما ينتقل بقضاء القاضي فيعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء

الاوليات كما نصوا عليه فمن اين ثبت تحقق حقيقة الغصب الشرعي في اتلاف الموقوف حتى يرد به النقض على ما ذكره ثقات المشائخ في تعريف الغصب فيحتاج الى التغيير

قوله حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط لانه بالاستخدام والحمل اثبت يد التصرف عليه ومن ضرورته ازالة يد المالك عنه فتحقق الغصب بخلاف الجلوس على البساط لان البسط فعل المالك وقد بقي اثر فعله في الاستعمال وما بقي اثر فعله تبقى يده فلم توجد ازالة يد المالك فلم تحقق الغصب كذا قالوا واستدل ابن الغروي في كلام المصنف رح هنا سواء اخذه لفظيه وهي في قوله وحمل الدابة يعني والحمل عليها وحقه ان يقول وتحميل الدابة لان الحمل لا يتعدى بنفسه الى اثنين وانما يتعدى بنفسه الى واحد والى آخر بحرف الجر تقول حملت المتاع على الدابة فيصح اضافة المصدر منه الى المتاع لا الى الدابة فتقول حمل المتاع ولا تقول حمل الدابة الا ان يضعف الفعل فيتعدى الى اثنين بنفسه فتقول حملت الدابة المتاع فحينئذ تصح اضافة مصدره الى الدابة فتقول تحميل الدابة لان التحميل مصدر حمل المضعف للتعدية انتهى كلامه اقول هذا الذي ذكره ظاهر وكان صاحب الكافي عن هذا اخير عبارة المصنف رح هنا فقال حتى كان استخدام عبد الغير والحمل على دابة الغير غصبا ولكن يمكن توجيه كلام المصنف رح هنا بما وجه به الفاضل الشريف في شرح المفتاح قول العلامة السكاكي افتخار المواظبة حيث قال والاصل ان يقال بالمواظبة عليها اي على العبادة الا انه نزع الخافض وعدى المصدر بالايصال انتهى وقصد به الجواب عن قول المحقق التفتازاني هناك وفي تعدية المواظبة بنفسها نظر والصواب بالمواظبة عليها انتهى تامل **قوله** ثم ان كان مع العلم فحكمه الاثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان اقول هذا انما يتم فيما اذا كان الملاك المغصوب في يد الغاصب واما اذا كان قائما في يده فتحكيم الدلائل كما سيأتي في الكتاب وكان المناسب بهذا المقام بيان حكمه الكلي دون حكمه الخاص بصورة الملاك اللهم ان يبنى كلامه هنا على ما قيل ان الموجب الاصلي للغصب مطلقا هو القيمة ورد العين مخلص كما سيجيء ذكره لكنه قول ضعيف جدا على ما يدل تقرير المصنف رح فيما بعد وصرحوا به في الشروح ثم فكيف يليق بمثل المصنف رح بناء كلامه على ذلك **قوله** ولان المثل اعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية قال في النهاية والعناية لان الحنطة مثل الحنطة جنسا ومالية الحنطة المؤداة مثل قالية الحنطة المغصوبة لان الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية انتهى اقول الظاهر ان المقصود من التعرض هنا البيان كون الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية وقع ورود سوال على ان يكون في ايجاب المثل مراعاة المالية بظهور تحقق الاختلاف بين ذوات الامثال بالجودة والرداءة ولكن اندفاعه بذلك غير واضح عندي لانا نريد بكون الجودة ساقطة العبرة في الاموال المذكورة انه لا تفاوت بين جيدها ورديها في المالية فهو ممنوع اذ التفاضل في القيمة بينهما في المتعارف ظاهر جدا وان اريد بذلك انه لا عبرة بالتفاوت بين الاموال الربوية في وصف الجودة والرداءة عند اهل الشرع لقول النبي صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سواء فهو مسلم لا كلام فيه لكن لا يندفع به السوال المتجه على قول المصنف رح هنا لما فيه من مراعاة الجنس والمالية بان مراعاة المالية في ايجاب المثل غير مسلم لتحقق الاختلاف بين ذوات الامثال بالجودة والرداءة وذلك يقتضي التفاوت بينهما في المالية بل لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان عدم الاعتبار لتفاوت الاموال الربوية في وصف الجودة والرداءة عند اهل الشرع لا يدفع ورود ذلك السوال هنا اذ لو كان عندهم اعتبار لتفاوتهما في ذلك لما تصور التفاوت في المالية عند مراعاة التساوي في الوصف ايضا تامل تفقه **قوله** لابي يوسف رح انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب قال صاحب النهاية فان قلت لم قدم قول ابي يوسف رح في التعليل ولم يوسطكما هو حقه قلت يحتمل ان يكون ذلك لوجهين احدهما ان يكون المختار قوله لقوة دليله اذ فيه اثبات الحكم بسبب ثبوت الموجب لان المغصوب دخل في ضمان الغاصب من وقت الغصب فيجب ان يكون اعتبار القيمة من وقت الغصب والثاني لاثبات الاقوال الثلثة بسبب ترتيب الزمان على تلك الاقوال فان اول الاوقات من هذه الاقوال الثلثة يوم الغصب ثم يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة فاراد الاقوال على ترتيب هذه الازمنة لم يتات الا بتقديم قول ابي يوسف رح ثم بقول محمد رح ثم بقول ابي حنيفة رحمه الله انتهى كلامه وقد ذكر الوجه الثاني فقط بطريق الاجمال في معراج الدراية ايضا وكذا ذكر ذاك الوجه فقط في العناية

بخلاف مالا مثل له لانه مطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد فيعتبر قيمته عند ذلك قال (وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة لانه لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وهي هاهنا دفعا للضرر بقدر الامكان

ايضا ولكن بطريق النقل ثقيل اقول كل واحد من دينك الوجهين منظور فيه اما الوجه الاول فلان ما ذكر فيه لا يدل على قوة دليل ابي يوسف ره لان المغصوب لشيء انما دخل في ضمان الغاصب وقت الغصب بضمان المثل ثم انتقل الى ضمان القيمة بالانقطاع كما افصح عنه المصنف ره في ذكر دليل محمد ره فمن اين يجب ان يكون اعتبار القيمة من وقت الغصب دون وقت الانقطاع حتى يلزم قوة دليله ولو سلم قوة دليله فهي لا تقتضي تاخير دليله اذ من عادة المصنف ره المستمرة ان يؤخر القوي عند ذكر الادلة على الاقوال المختلفة ليقع الموخر بمنزلة الجواب عن المقدم وان كان تقديم القوي في الاكثر عند نقل اصل الاقوال وهذا مما لا استرابة عند من له قدم راسخ في معرفة اساليب كلام المصنف ره واما الوجه الثاني فلان اثبات تلك الاقوال بحسب الترتب الزماني مما لا تعلق به لنظر فقهي اصلا فتعبير المصنف ره اسلوبه المقرر لمجرد ذلك الامر الوهمي مما لا يناسب بشانه الرفيع فالوجه حينئذ ان يقال ان المصنف ره جرى ههنا ايضا على عادته المقررة من تاخير الاقوى فالاقوى عند ذكر الادلة على الاقوال المختلفة ليتحصل الجواب من المتاخر للمتقدم كما تحصل ههنا ايضا ذلك على ما يشهد به المتامل الصادق قال صدر الشريعة في شرح الوقاية اقول قول ابي يوسف ره اعدل لانه لم يبق شيء من نوعه في يوم الخصومة والقيمة تعتبر بكثرة الرغبات وقلتها وفي المعدوم هذا متعذر او متعسر ويوم الانقطاع لا ضبط له وايضا لم ينتقل الى القيمة في هذا اليوم اذ لم يوجد من المالك طلب وايضا عند وجود المثل لم ينتقل وعند عدمه لا قيمة له الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء بعد نقل كلام صدر الشريعة ويمكن ان يجاب عنه بما ذكر في النهاية حيث قال وبعد الانقطاع ما ذكره ابو بكر البلخي وهو ان لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت وعلى هذا الانقطاع الدراهم انتهى وقد سبقه الى هذا الجواب صاحب الايضاح والايضاح اقول يمكن رد هذا الجواب بانه يجوز ان يكون مراد صدر الشريعة بالمعدوم ما هو معدوم في السوق الذي يباع فيه لا المعدوم في الخارج مطلقا وكانه لهذا قال وفي المعدوم هذا متعذر او متعسر حتى انه بعد ما عدم في السوق الذي يباع فيه ان لم يوجد في البيوت ايضا يتعذر التقويم وان وجد فيها يتعسر التقويم لان معيار التقويم المقومين هو السوق الذي يباع فيها الاشياء وفي غير ذلك لا تيسير التقويم العادل وكذا مراده بعدم بقاء شيء في قوله لم يبق شيء من نوعه في يوم الخصومة عدمه بقائه في السوق الذي يباع فيه فعلى هذا لا يمكن الجواب عنه بما ذكره ابو بكر البلخي في حال الانقطاع كما لا يخفى **قوله** بخلاف مالا مثل له لانه يطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد فيعتبر قيمته عند ذلك اقول فيه اشكال لان هذا لا يتم على ما سيجيء عن قريب من ان الموجب الاصلي في الغصب على ما قالوا هو رد العين لانه الواجب وانما ترد القيمة بخلاف خلقا اذ المطالب باصل السبب حينئذ فيما لا مثل له ايضا انما هو رد العين لانه الواجب الاصلي مطلقا وانما ينتقل الى القيمة هلاك العين فينبغي ان يعتبر قيمته وقت هلاك عينه لا وقت وجود اصل السبب وهو الغصب الا يرى ان الواجب بعد هلاك العين فيما له مثل هو المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع عند محمد ره فيعتبر قيمته وقت الانقطاع عنده وبقضاء القاضي عند ابي حنيفة ره فيعتبر قيمته وقت الخصومة والقضاء عنده لا يعتبر قيمته وقت وجود اصل السبب عند احد منهما وبالجملة الفرق بين مالا مثل له وبين ما له مثل على قول ابي حنيفة ره وصريح بان القيمة تعتبر في الاول عند وجود اصل السبب وفي الثاني عند الانتقال الى القيمة غير واضح على ما قالوا ان الموجب الاصلي في الغصب مطلقا هو رد العين وانما ترد القيمة مخلصا خلقا كما سيجيء واما على ما قيل ان الموجب الاصلي فيه هو القيمة ورد العين مخلص كما سيجيء ايضا فلا يتم دليل ابي حنيفة ره ولا دليل محمد ره اساسا ذي كل منهما تصريح بان الموجب الاصلي في الغصب غير القيمة وانما ينتقل اليها بامر عارض فالمقام لا يخلو عن الاشكال على كل حال **قوله** ومالا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة يعني معنى قول القدوري في مختصره مالا مثل له العدديات المتفاوتة قال صاحب العناية اخذ من النهاية وتحقيقه ان معنى الشيء الذي لا يضمن بمثله من جنسه لان الذي لا مثل له في الحقيقة هو الله تعالى وذلك كالعدديات المتفاوتة مثل الدواب والثياب انتهى اقول هذا الذي عده تحقيقا مما لا طائل تحته بل هو جاهل له لانه ان اراد بالشيء الذي لا يضمن بمثله من جنسه ما لا يكون له مثل من جنسه ولا يضمن بمثله من جنسه فينافيه تعليله بقوله لان الذي

أما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لأنه لا مثل له **قال** رجل غصب بقرة العين المغصوبة مسنة ما دام قائما لقوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى ترد وقال عليه السلام لا يحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لاعبا ولا جادا فإن أخذه فليرده عليه ولأن اليد حق مقصود وقد قوتها عليه فيجب إعادتها بالرد إليه وهو الموجب الأصلي عندنا والواو ورد القيمة مخلص حملا لأمره على الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الأصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الأحكام والواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيمة بتفاوت الأماكن فإن ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم أنها لو كانت باقية لأظهرها أو تقوم ببينة ثم تقضى عليه ببدلها لأن الواجب رد العين والهلاك بعارض فهو يدعي عارضا والظاهر لا يقبل قوله كما إذا ادعى الإفلاس وعليه ثمن متاع فيحبس إلى أن يعلم ما يدعيه فإذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة **قال** والغصب فيما ينقل ويحول

لا مثل له في الحقيقة هو الله تعالى لأن ما لا يكون له مثل من جنسه لا يكون له مثل من غير جنس أيضا بالأولوية فلا يكون له مثل أصلا وقد قال في التعليل إن الذي لا مثل له في الحقيقة هو الله تعالى فكيف يتصور أن يكون ذلك معنى قوله وما لا مثل له في قوله وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه وإن أراد بذلك ما له مثل من جنسه ولكن لا يضمن بمثله من جنسه بل يضمن بقيمته كما هو الظاهر من تعليله فعلى تقدير أن يكون هذا معنى قول القدوري وما لا مثل له في قوله وما لا مثل له فعليه قيمته يلزم الاختلال في وضع المسئلة أذ يصير حينئذ معنى المسئلة وما لا يضمن بمثله من جنسه بل يضمن بقيمته فعليه قيمته أي يضمن بقيمته فيشبه جواب المسئلة بلغو من الكلام لكونه معلوما يصدر المسئلة وبالجملة تفسير ما لا مثل له في هذه المسئلة بما لا يضمن بمثله كما فعله صاحب النهاية والعناية وكذا تفسير ما له مثل في المسئلة الأولى بما يضمن بمثله كما فعله صاحب العناية مما لا يقبله فطرة سليمة لاستلزامه اعتبار جواب المسئلة في صدر المسئلة فيكون معنى قولهم في المسئلة الأولى أيضا ومن غصب شيئا له مثل فهلك في يده فعليه ضمان مثله ومن غصب شيئا يضمن بمثله في الغصب فهلك في يده فعليه ضمان مثله ولا يخفى ما فيه من الاسترداك والله أعلم هو الحق عندي أن المراد بما له مثل في المسئلة الأولى ما له مثل صورة ومعنى وهو المثل الكامل الذي لا ينصرف اليه المثل عند الإطلاق وبما لا مثل له في هذه المسئلة ما لا مثل له صورة ومعنى وإن كان له مثل معنى فقط وهو القيمة التي هي المثل الظاهر وقد أفصح عن نوعي المثل في الكافي حيث قال من قبل أن المثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى وهو الأصل في ضمان العدوان حتى صار بمنزلة الأصل قاصر وهو المثل معنى وهو القيمة والظاهر لا يكون مشروعا مع احتمال الأصل لأنه خلف عن المثل الكامل انتهى فيصير معنى هذه المسئلة وما لا يكون له مثل كامل فعليه مثله القاصر وهو القيمة فينتظم المقام بلا كلفة قال في الكافي بعد ذكر مسئلتنا هذه وقال مالك رح يضمن مثله صورة من جنس فزلك لما تلونا ولنا ما روى عن شريح من كسر عصا فعي له وعليه قيمتها وهو المراد بالمثل المذكور في النص انتهى أقول يرد عليه أنه لو كانت القيمة هي المراد بالمثل المذكور في النص وهو قوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم لما تم الاستدلال بذلك النص الشريف على وجوب ضمان المثل صورة ومعنى على من غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده وقد مر الاستدلال به على ذلك في المسئلة الأولى وهو الذي أشار اليه في الكافي بقوله لما تلونا فتدبر **قوله** أما العددي المتقارب فهو كالمكيل قال في النهاية وإنما اقتصر على المكيل ولم يقل كالمكيل والموزون لأن من الموزونات ما ليس بمثلي وهو الموزون الذي في تبعيضه ضرر كالمصوغ من القمقم والطست انتهى أقول لقائل أن يقول لو كان اقتصاره على المكيل لذلك الشيء الذي ذكره لاقتصر عليه فيما مر أيضا حيث قال ومن غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله وليس فليس وأورد عليه صاحب العناية بوجه آخر حيث قال بعد نقل ما في النهاية يقبل وليس بواضح لأن من المكيل ما هو كذلك كالبر المخلوط بالشعير فإنه لا مثل له ففيه القيمة انتهى أقول يمكن أن يجاب عنه بأن الظاهر أن مراد المصنف رح بالمكيل في قوله أما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت هو المكيل من جنس واحد بقرينة قوله بعده وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لأنه لا مثل له وبقرينة شهرة اعتبار الجنس مع الكيل في تحقق المماثلة في المكيل كما تقرر في باب الربوا من البيوع **قوله** والغصب فيما ينقل ويحول أي الغصب يتحقق فيما ينقل ويحول بدليل قوله لأن الغصب بحقيقته يتحقق فيه كذا في معراج الدراية ثم أن المقصود بيان تحقق الغصب فيما ينقل ويحول دون غيره لا بيان مجرد تحققه في المنقول إذ لا خلاف فيه ولا اشتباه وإنما الخلاف والاشتباه في عدم تحققه في غير المنقول فهو المقصود الأصلي بالبيان ههنا فالقصر مستفاد في التركيب المذكور أعني قوله والغصب فيما ينقل ويحول كما أشار تاج الشريعة حيث قال في تفسيره لك أي تحقق الغصب في المنقول دون غيره وأشار اليه صاحب العناية أيضا حيث قال الغصب كائن فيما ينقل ويحول لا في العقار بل أشار اليه المصنف رح حيث قال في تعليل ذلك أن الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره وقلت بقي الكلام في أن أداة القصر في التركيب المزبور ما فإن علمنا هي تعريف المسند اليه بلام الجنس فإنه يفيد قصر المسند اليه

الان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل واما غصب العقار فهلاك في يده فضمنه وهذا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح ينبغي ان لا يضمنه وهو قول زفر رح وهو القياس لما ذكرنا ان الغصب هو ازالة اليد بالنقل وهذا لا يتحقق في العقار لان يد المالك لا تزول الا بأن يخرجه عنها وهو فعل فيه لان العقار فسار كما اذا بعد الدابة عن الموضع الذي كانت فيه وهذا لان الغصب يتضمن اشغال يد المالك بفعل في العين

وفي الكفاية المشكلة اهيان الغصب والمنقول هو المراد لما سبق ان الغصب فيما ينقل وهذا لان العين دخل في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب عند العجز عن رد العين بخلاف المنقول لان ذلك السبب ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب وان نقص في يده وضمن النقصان لانه دخل جميع اجزائه في ضمانه بالغصب فما لم يرد جميعه يجب رد قيمة جميعه بخلاف العقار لان السبب لا يتناوله عند تقرر الزوائد وتعتبر قيمته يوم الخصومة عند محمد رح لانه ضمان عقد لما ان الغصب فيه بمنزلة البيع وعند ابي حنيفة رح يوم الغصب لانه ضمان تملك فيعتبر يوم التملك وهو يوم الغصب وعلى هذا الخلاف اذا ابق العبد المستعار المستأجر

عن يدها مجموع اثبات اليد العادية واذالة يد المالك بفعل في العين كما هو المقصود فالوجه ان يكون الباء للمصاحبة فيكون المعنى وكما ان الغصب اثبات اليد مع ازالة يد المالك بفعل في العين فجنايته ينتظم المعنى ويحصل المقصود واما ثانيا فلان المتبادر من قوله فانتفى ازالة اليد بدون التقييد ان لا يتحقق ازالة اليد اصلا في غصب العقار عندهما وليس كذلك اذ قد مر في تعليل قول محمد رح ان من ضرورة اثبات اليد زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة وفي تعليل قولهما يتوهم ان ينتفي تلك المقابلة بل يبقيان بقابلة للنفي والمنع التقرير وايضا فلا حرم كانت مسايرة عندهما ايضا فكيف يتم تقرير ليلهما بوجه الشعر بانتفاء ازالة اليد اصلا في غصب العقار فالاولى في تقرير ليلهما وحل كلام المصنف ههنا ان يقال ولما ان الغصب اثبات اليد العادية مع ازالة يد المالك بفعل في العين لا مع ازالة يد المالك مطلقا اي سواء كانت بفعل في العين او بفعل في المالك وما كان من ضرورة اثبات اليد اثباتها زوال يد المالك مطلقا لا زوالها بوجه خاص وهو ان يكون بفعل في العين وهذا المعنى مجموع ما اعتبر في حقيقة الغصب من ازالة اليد العادية مع ازالة يد المالك بفعل في العين لا يتصور في العقار لان يد المالك في العقار لا تزول الا باخراج المالك عنها اي عن العين المغصوبة وهو اي ذلك الاخراج فعل في المالك لا في العقار فلم يوجد فيه ازالة يد المالك بفعل في العين فلم تتحقق فيه حقيقة الغصب فلم يلزمه الضمان عند هلاكه في يد الاخذ وبهذا التقرير يثبت مدعى الامام الاعظم رح والامام الثاني ويخرج الجواب عما ذكر في دليل امامنا الثالث والشافعي رح كما لا يخفى على ذي فطنة واستشكل بعض الفضلاء هذا التعليل حيث قال وليت شعري بأي دليل ثبت كون ازالة يد المالك بفعل في العين وتثبت بل مفهوم ازالة اليد تحققه في اخراج المالك اظهر انتهى اقول قد ثبت ذلك بدليل ذكره صاحب البدائع حيث قال واما ابو حنيفة رح وابو يوسف رح فمر على اصلهما ان الغصب ازالة يد المالك عن ماله بفعل في المال ولم يوجد في العقار والدليل على ان هذا شرط تحقق الغصب الاستدلال بضمان الغصب فان اخذ الضمان من الغاصب تفويت يده عنه بفعل في الضمان فيستدعي وجود مثله منه في المغصوب ليكون اعتدالا بالمثل الى هنا كلامه فتامل ثم اورد ذلك البعض على قول المصنف رح في تعليل قولهما وهذا لا يتصور في العقار بان قال للخصم ان يقول انما لم يضمن فيه لانتفاء اثبات اليد فتامل انتهى اقول ليس هذا بشيء اذ ليس في الخصوم من ينكر تحقق اثبات اليد فيه ولا من يقول بعدم الضمان فيه كما عرفته آنفا فكيف يتصور ان يقول الخصم انما لم يضمن فيه لانتفاء اثبات اليد **قوله** وفي اكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق ان الغصب فيما ينقل اقول لقائل ان يقول ان اراد ان الغصب لا شرعي فيما ينقل فهو مسلم ولكن لا يلائمه كون المنقول هو المراد بالغصب المذكور ههنا في اكثر نسخ المختصر لجواز ان يكون المراد بذلك الغصب اللغوي وهو يعم المنقول وغيره الا يرى انه ذكر الغصب فيما مر في قوله واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه واراد به معناه اللغوي لا محالة وان اراد ان الغصب مطلقا فيما ينقل فهو ممنوع جدا ويمكن ان يجاب عنه بان المراد هو الاول ولا يرد جواز ان يكون المراد بالغصب المذكور ههنا في اكثر نسخ المختصر الغصب اللغوي دون الشرعي لان المعنى اللغوي في المنقولات الشرعية معنى مجازي بالنظر الى وضع اهل الشرع على ما عرف في علم الاصول بل في علم البيان ايضا فلا بد في ارادة المعنى اللغوي بالمنقولات الشرعية في تخاطب اهل الشرع من قرينة وههنا القرينة متنفية فوجب الحمل على المعنى الشرعي بخلاف قوله فيما مر واذا غصب عقارا فان قوله قبيل ذلك والغصب فيما ينقسم ويحول مقرينة على ان يكون المراد بالغصب ههنا في قوله غصب عقارا المعنى اللغوي دون الشرعي تدبر **قوله** ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب اقول فيه شيء وهو ان الظاهر ان مسلكنا هذا يعم المثلي وغير المثلي من المنقولات لعموم الحكم المذكور في جوابها كلا منهما ان قوله ولهذا لا يعتبر قيمته يوم الغصب لا يتمشى في صورة المثلي على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله اذ قد تقرر فيما مر ان المعتبر في تلك الصورة عند ابي حنيفة رح قيمته يوم الخصومة وعند محمد رح قيمته يوم الانقطاع فلم يتم التقريب لكون المسئلة اتفاقية **قوله** فان نقص في يده ضمن النقصان لانه يدخل جميع اجزائه في ضمانه بالغصب فما لم يرد جميعه يجب رد قيمته اقول في هذا التعليل قصور اذ قد

لابي يوسف رحمه الله حصل في ضمانه وملكه الضمان فظاهر وكذا الملك لان المضمونات تملك بادا الضمان مستندا الى وقت الغصب عنده لما مر والله اعلم بالصواب سبب خبيث وهو تعذر الرد في ملك الغير وما هذا حاله فسببه التصدق اذ الفرع يحصل على وصف الاصل والملك المستند لا يتقرر فلا يفيد طيبه فله ان يضحي به ويتصدق بالغلة ان شاء لان الخبث لحق الشرع وهذا لان الخبث لحق الشرع لا يسقط بالتصدق كما في الزنا والمراد بالتصدق الواجب لا يحل للمالك ولهذا المعنى لا يحل التناول ويزول الخبث بادا ما اخذ اياه فهلك في يد المشتري فهو مستوفى وغرمه ليس له ان يستعين بالغلة فاطلاق اثم اليد لان الخبث لحق الشرع الا اذا كان لا يجد غيره لانه محتاج اليه فله ان يصرفه الى حاجة نفسه قلوا اصاب ما لا يتصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شئ عليه لما ذكرنا **قال** ومن غصب الفا فاشترى بها جارية فباعها بالفين ثم اشترى بالفين جارية فباعها بثلثة آلاف درهم فانه يتصدق بربح الربح وهذا عند هما وقال ابو يوسف رحمه الله ان الغاصب والمودع اذا تصرف في المغصوب والوديعة وربح لا يطيب له الربح عندهما خلافا لابي يوسف رحمه الله وقد مرت الدلائل وجوابها في الوديعة انظر من لانه لا يستند الملك الى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالاشارة اما فيما لا يتعين كالنقدين

او قد صرح في علامة الشرح بان مسئلتنا هذه اعم مما كان النقصان في بدن المغصوب مثل ان كان جارية فاعورت او ناباة الثديين فانكسر ثديها وما كان في غير بدنه مثل ان كان عبدا محترفا فنسي الحرفة ولا يخفى ان التعليل المذكور لا يتاتى في الصورة الثانية لان النقصان فيها من حيث الاوصاف دون الاجزاء فالاولى في التعليل ان يقال لانه يدخل جميع اجزائه واوصافه في ضمانه بالغصب فانه اوفى بالضمونين معا ورفق لقوله الآتي وبخلاف المبيع لانه ضمان عقد اما الغصب فتغيير الاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف تامل تفهم ومراده بغير الربوي ما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربوا يعني ان مراد القدوري بقوله وان نقص في يده ضمن النقصان غير الربوي وما في الربويات اي في الاموال الربوية التي لا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا فانه يمكن للمالك تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربوا اذ لو تحمي كلامه اقول لقائل ان يقول عدم امكان ذلك مسلم فيما اذا كان نقصان الربويات في الاوصاف كما اذا غصب حنطة فنقصت في يده الا لاعتبار للتفاوت في الوصف عندنا في الاموال الربوية فيؤدي تضمين النقصان في الوصف مع استرداد الاصل الى الربوا لا محالة واما فيما اذا كان نقصانها في الاجزاء كما اذا غصب كيليا او وزنيا فتالف بعض اجزائه فنقص قدره كيلا او وزنا فيمكن لصاحب المال تضمين النقصان مع استرداد الباقي من الاصل بلا ناد الى الربوا اصلا كما لا يخفى فما معنى تخصيص مراد القدوري بغير الربوي والقول بعدم امكان تضمين النقصان مع استرداد الاصل في الربويات مطلقا تامل وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام قال المصرح ومراده اي مراد القدوري بقوله وان نقص في يده ضمن النقصان غير الربوي اما في الربويات كما اذا غصب حنطة فنقصت عنده او انار فضة فانهشم في يده فلا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربوا لكن صاحبه بالخيار ان شاء اخذ ذلك بعينه ولا شئ له غيره وان شاء تركه وضمنه مثله الى هنا كلامه اقول تقرير صاحب العناية ههنا وان كان مطابقا لما ذكر في الكافي وما نقل في النهاية عن الايضاح الا انه منظور فيه عندي اما اولا فلانه قد صرح في شرح الهداية فيما مر حتى العناية نفسها وفي سائر المعتبرات ايضا بان الوزني الذي في تبعيضه ضرر كالمصوغ من الفضة والمسك ليس بمثلي بل هو من ذوات القيم ولا شك ان انار فضة من ذلك القبيل فكيف يتم تمثيل الربويات ههنا بانار فضة انهشم في يده واما ثانيا فلانه كيف يصح قوله وان شاء تركه وضمنه مثله وتضمين المثل انما يتصور في المثليات دون ذوات القيم التي منها انار فضة على مقتضى ما صرحوا به كما مر آنفا فاعمل الحق في حكم غصب انار فضة اذا نقص في يده ما نقله صاحب العناية عن مختصر الشيخ ابي الحسن الكرخي رحمه الله من ان صاحبه بالخيار ان شاء اخذه بعينه ولا شئ له غيره وان شاء ضمنه بقيمته من الذهب وعبارة الكرخي رحمه الله هكذا وان كان انارا فضة فهو بالخيار ان شاء اخذه بعينه ولا شئ له غير ذلك وان شاء ضمنه قيمته من الذهب وكذلك ان كان الانار من ذهب فهو بالخيار ان شاء اخذه بعينه وان شاء اخذ قيمته من الفضة انتهت ونقل صاحب النهاية مثل ذلك عن المبسوط بطريق التفصيل غير ان الواقع فيه قلب فضة بدل انار فضة حيث قال وفي المبسوط وان استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغا عندنا وعند الشافعي رحمه الله يضمن قيمته من جنسه بناء على اصله ان للجودة والرداءة والصنعة في الاموال الربوية قيمة وعندنا لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها فلو اوجبنا مثل قيمتها من جنسها ادى الى الربوا ولو اوجبنا مثل وزنها كان فيه ابطال حق المغصوب منه عن الجودة والصنعة فلم اعاد حقه والتحرز عن الربوا قلنا يضمن القيمة من الذهب مصوغا انتهى ثم قوله

لابي يوسف رحمه الله حصل في ضمانه وملكه اما الضمان فظاهر وكذا الملك لان المضمونات تملك بادا الضمان مستندا عندنا اقول فيه نوع تامل لان الذي حصل في ضمانه وملكه انما هو البعض الفائت من المغصوب دون مجموع المغصوب لان الكلام فيما اذا نقصته الغلة فوجب عليه ضمان النقصان مع استرداد الاصل والظاهر ان المثلة اي الاجرة بمقابلة منافع مجموع العبد المغصوب استغل لا بمقابلة نقصته وصفة الفائت فقط فما وجه القول بان لا يتصدق بشئ من الغلة اصلا فتدبر قوله فلو اصاب الا يتصدق بشئ ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شئ عليه لما ذكرناه فمشهور الشراح وقت الاستعمال بوقت

تقويما فالاكتساب اشترى شاة الى ان التصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها الثمن اما اذا اشار اليها ونقد من غيرها او نقد منها واشار الى غيرها او اطلق اطلاقا ونقد منها يطيب له وهكذا قال الكرخي رح لان الاشارة اذا كانت لاتفيد التعيين لابد ان يتأكد بالنقد فيتحقق الخبث وقال مشائخنا رح لايطيب له قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمبسوط قال وان اشترى بالف جارية تساوي الفين فوجبها او طعاما فاكله لو يتصدق بشيء وهذا قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس

فصل فيما يتغير به فعل الغاصب

استهلاك الثمن ونقل صاحب النهاية هذه المسئلة عن المبسوط بعبارة صريحة فيما فسرواله وقت الاستعمال حيث قال وفي المبسوط فاذا اصاب بعد ذلك مالا يتصدق بمثله ان كان استهلاك الثمن يوم استهلكه وهو غني وان كان محتاجا يوم استهلك الثمن لم يكن عليه ان يتصدق بشيء من ذلك انتهى اقول فيه اشكال فانه يجوز ان يكون غنيا وقت استهلاك الثمن ويصير فقيرا وقت الاستعانة بالغلة في ادار الثمن الى المشتري في هذه الصورة كيف يؤثر الغني السابق للثابت وقت استهلاك الثمن في حق الغلة المصروفة الى حاجته في حال فقره اللاحق حتى يلزمه التصدق بمثلها عند اصابته مالا اولا يرى انه لو صرفها الى حاجة غيره من سائر الفقراء لم يلزمه التصدق بمثلها من بعد اصلا ففيما اذا صرفها الى حاجة نفسه حال فقره كان اولى بذلك كما صرحوا به فيما قبل اللهم الا ان يقال وجه تاثير الغنى السابق في تلك الصورة هو انه لو لم يستهلك الثمن حال غناه بل اضر ورة لاحتمال ان يبقى ذلك الثمن الى وقت لزوم ادار الثمن الى المشتري فلا يحتاج الى الاستعانة بالغلة لكن ذلك الاحتمال امر موهوم سيجيء ان يكون مدار الحكم الشرعي فتدبر وفسر تاج الشريعة وقت الاستعمال المذكور في كلام المصنف رح بوقت الصرف الى حاجة نفسه اقول هذا هو الظاهر ولكن فيه ايضا شيء وهو ان الصرف الى حاجة نفسه انما يجوز رأسا اذا كان لايجد غير تلك الغلة كما افصح عنه المصنف رح بقوله ليس له ان يستعين بالغلة في ادار الثمن اليه الا اذا كان لايجد غيره ولا يخفى انه اذا كان لايجد غير ذلك كان فقيرا البتة فلم يكن وجه لتربيد المصنف رح حينئذ بقوله فلو اصاب مالا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شيء عليه اذ سناده فيما ان صرفها الى حاجة نفسه لو اصاب مالا الى آخره اللهم الا ان يقال يجوز ان يكون غنيا ولا يجد غير ذلك بان كان ابن السبيل فتامل **قوله** فقوله في الكتاب اشترى بها اشارة الى ان التصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها اقول في عبارة المصنف رح بهنا تسامح لان حاصلها يؤل الى ان يقال فقوله في الكتاب اشترى بها اشارة الى نفسه والى غيره لان قوله اشترى بها في قوله انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها نفس ما في الكتاب وقوله ونقد منها امر مغاير له ولا معنى للقول بان في الشيء اشارة الى نفسه والى غيره كما لا يخفى فالظاهر ان يقال فقوله في الكتاب اشترى بها اشارة الى ان التصادق انما يجب اذا اشار اليها ونقد منها اذ حينئذ لا يلزم المحذور المذكور وتظهر المقابلة بقوله بعده واما اذا اشار اليها ونقد من غيرها او نقد منها واشار الى غيرها كما لا يذهب على ذوي مسكة ثم ان ما اخذ قول المصنف رح ثم هذا لما ظاهر فيما يتعين بالاشارة الى قوله وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة ما ذكره فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير لفظه اذا اشار اليها ونقد منها بدل قول المصنف رح اذا اشترى بها ونقد منها فانه قال هناك وهذا واضح فيما يتعين بالاشارة اليه فاما في الدراهم والدنانير فقد ذكر في الكتاب اذا اشترى بها يتصدق بالربح وظاهر هذه العبارة يدل على انه اراد بها اذا اشار اليها ونقد منها وكان الكرخي رح يقول في المسئلة ان ذلك على اوجه اما ان يشير اليها ونقد منها واما ان يشير اليها ونقد من غيرها واما ان يطلق اطلاقا ونقد منها او يشير الى غيرها ونقد منها وفي كل ذلك لا يطيب الا ان يشير اليها ونقد منها فان الاشارة اليها لا يفيد التعيين فيستوي وجودها وعدمها الا ان يتأكد بالنقد منها قال مشائخنا رح بل لا يطيب بكل حال ان تناول من المشتري قبل ان يضمن وبعد الضمان لا يطيب الربح بكل حال واطلاق الجواب بهنا والمضاربة والجامع الكبير دليل على هذا القول وهو المختار الى هنا لفظ فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وقال في الذخيرة قال مشائخنا رح الفتوى اليوم على قول الكرخي رح لكثرة الحرام وفعا للحرج عن الناس وعلى هذا تقرر الصدر الشهيد حسام الائمة السرخسي رح

فصل فيما يتغير به فعل الغاصب

قال في النهاية لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين او المثل او القيمة اعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك لانه عارض رد حقه الفصل عما قبله انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان ما يزول به ملك المالك وان كان عارضا لاصل الغصب الا ان رد المثل او القيمة متفرع على تحقق هذا العارض فان موجب اصل الغصب انما هو رد العين ولا يصار الى رد المثل او القيمة الا بعد هلاك العين

قال واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها واعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها كحنطة غصب شاة وذبحها وشواها او طحنها او حفنة فاتخذ سويقا او صفر انعاما آنية وهذا كله عندنا وقال الشافعي رح لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن ابي يوسف رح غير انه اذا اختار اخذ الدقيق لا يغرمه النقصان عنده لانه يؤدي الى الربوا وعنه الشافعي رح يغرمه وعن ابي يوسف رح انه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو احق به من الغرماء بعد موته للشافعي رح ان العين باق وفيه عامل لكه وتبعه الصنعة كما اذا هبت الريح في الحنطة والقتها في طاحونة الغير فطحنت

بخلاف الشاة لان اسمها باق بعد الذبح والسلخ وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة ويتفرع عليه غير ما ذكر فافهم وقوله ولا يحل له الانتفاع بها شيء قوي بدليل استحسان والقياس ان يكون له حلت وهو قول الحسن وزفر وهكذا عن ابي حنيفة ذكره في الفقيه ابو الليث وجهه ثبوت الملك المطلق للتعزير الا ترى انه لو وهبه او باعه جاز وقلنا استحسانا قوله على السلم في شاة المذبوحة اختلفت نسخ هذا الموضع فوقع في بعضها على السلم في شاة مذبوحة وهو الاصح وجه صحة الاستئجار للذبح بالجلد قبل الارش عند ابي يوسف رحمه الله ان الملك الخبيث ملك المالك

قال ومن غصب ساجة فبنى عليها زال ملك المالك عنها ولزم الغاصب قيمتها وقال الشافعي رح للمالك اخذ ساحة الوجه عن الجانبين وقيمة ما بينهما وجه قولنا فيه ان في ذهاب اليه اضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه محجوز بالقيمة فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته او عبده او ادخل اللوح المغصوب في سفينته ثم قال الكرخي والفقيه ابو جعفر الهندواني رح انما لا ينقض اذا بنى في حوالي الساحة اما اذا بنى على نفس الساحة ينقض لان له فيه وجها وهو جواب الكتاب وهو الصحيح

وانتفى اثره الشارح العيني اقول فيه ايضا بعد من حيث اللفظ والمعنى كما لا يخفى فقابل قوله ومن غصب ساحة فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها ذكر في الذخيرة ان ذلك فيما اذا كانت قيمة البناء اكثر من قيمة الساحة واما اذا كانت قيمة الساحة اكثر من البناء فلم يزل ملك مالكها انتهى قال صاحب النهاية بعد نقل ما في الذخيرة وسيظهر لك وجه ذلك ان تاملت في قوله وجه آخر لنا فيه انتهى اقول لا يذهب على من له ذوق صحيح انه لا يلطف وجه ذلك بالتامل في قوله وجه آخر لنا فيه لان حاصله ان ضرر الغاصب فيما ذهب اليه الشافعي رح ضرر من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة لا يقال ان الضرر المجبور دون الضرر المحض فلا يترك الضرر الاعلى عند امكان العمل بالضرر الادنى ولا يخفى على ذي فطرة سليمة انه لا فرق في هذا المعنى بين ان يكون قيمة البناء اكثر من قيمة الساحة وبين العكس اذ لا شك ان الضرر المحض اشد واثقل من الضرر المجبور على كل حال فلا بد ان يتحمل الثاني دفع الاول على كل حال عملا باختيار اهون الشرين كما هو القاعدة المقررة وانما كان ينظر وجه ذلك لو كان كلا الضررين مجبورين بالقيمة وما هو اقل قيمة حينئذ يكون اخف واليسر تحملا وليس فليس ثم اقول لعل وجه ذلك ينظر بالتامل في قوله والوجه من الجانبين وقد مناه فان ما قدمناه من جانبنا هو قوله ولنا انه احدث صنعة متقومة في حيزها حق المالك لكنا لا نشك ان قيمة البناء اذا كانت اكثر من قيمة الساحة كان البناء غالبا على الساحة فيصح اذ ذاك ان يقال ان الغاصب احدث صنعة متقومة في حيز احداثها حق المالك ما لكنا من وجه لظهور صحة تصير الغالب المغلوب مالكا من وجه واما اذا كانت قيمة الساحة اكثر من قيمة البناء فانما يكون الساحة غالبة على البناء فيشكل هناك ان يقال انه احدث صنعة متقومة في حيز حق المالك ما لكا من وجه اذ تصير المغلوب الغالب ما لكا غير ظاهر تامل تفهم قوله ووجه آخر لنا فيه ان فيما ذهب اليه ضررا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة بيانه ان فيما قاله الشافعي رح اضرارا بالغاصب لان فيه البطال حقه وفيما قلنا اضرار بالمالك ولكن ضرر المالك مجبور بالعوض وهو القيمة فكان فوات حقه كلا فوات وضرر الغاصب ليس بمجبور بشيء فيفوت حقه لا الى خلف فكان قطع حق المالك اولى من قطع حق الغاصب كذا في غاية البيان اقول لقائل ان يقول يشكل هذا الوجه من التعليل بما اذا غصب ساحة بالحمار المهملة فبنى عليها فانه لا يزول ملك المالك عنها كما سيأتي في الكتاب مع جريان الوجه المذكور بعينه هناك ايضا كما لا يخفى نعم يوجد هناك وجه آخر فارق بينهما لكن الكلام في انتقاض هذا الوجه المذكور في مسئلتنا هذه بتلك المسئلة الآتية فقابل قوله كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته او عبده او ادخل اللوح المغصوب في سفينته قال في العناية فان قيل عدم جواز نزع الخيط واللوح عنده من حيث ان فيه تلف الناس لا لان المالك ملك ذلك بما صنع فلا يصلح للاستشهاد لاختلاف المناط قلنا ثبت في كل واحدة منهما حق المالك وغيره وجعل حق غيره اولى لان بابطاله زيادة ضرر بالنسبة الى ضرر المالك فكانت متساويتين انتهى ورد عليه بعض الفضلاء بان قال كيف يقاس ذلك ولو كان البناء والساحة كلاهما لشخص واحد يباح له نقض بنائه واخراج الساحة من تحته بخلاف اللوح والسفينة والخيط والجارية فانها لو كانت لمالك واحد لا يباح له نزع الخيط واللوح فليتامل انتهى اقول ليس ذاك بشيء اذ لا يجب في صحة القياس اشتراك المقيس والمقيس عليه في جميع الاحوال بل يكفي اشتراكهما في العلة التي هي مناط الحكم وهنا كذلك فان العلة في المقيس عليه لحوق زيادة ضرر لغير المالك على تقدير البطال حقه وهو متحقق في المقيس ايضا بلا ريب على انه لو كان البناء والساحة كلاهما لشخص واحد صار بمعزل عما نحن فيه اذ لا يتحقق الغصب هناك ولا يكون صاحب البناء متصرفا في ملك الغير حينئذ فلا يكون داخلا فيما وقع مقيسا هنا ولا يتحقق فيه العلة المعتبرة عليه في المقيس وهي لحوق زيادة ضرر بغير المالك على تقدير البطال حقه فلم يكن له تعلق بما نحن فيه ولا بالقياس المذكور فيه اصلا قوله وجواب الكتاب يرد ذلك قال صاحب غاية البيان ولنا في قوله وجواب الكتاب يرد ذلك اي

قال ومن ذبح شاة غيره فهو كما لو كان الخيار لانشاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وانشاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور وكذا اذا قطع يديها هذا هو ظاهر الرواية ووجه انه اتلاف من وجه بامتياز قوت بعض الاغراض من الحمولة والدر والنسل فيصار كالحرق الفاحش في الثوب فلو كانت الدابة غير مأكولة اللحم فقطع الغاصب طرفيها للمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف المملوك حيث يأخذه مع ارش المقطوع لان الآدمي يبقى منتفعا به بعد قطع الطرف

قال ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب للمالك لان العين قائم من كل وجه والنقد خله عيب فيضمنه وان خرق خرقا كثيرا استطل عامة منافعه فللمالك ان يضمنه جميع قيمته لانه استهلاك من هذا الوجه فكانه احرقه قال بعضهم يترك الثوب عليه وانشاء اخذ الثوب وضمنه النقصان لانه تعييب من وجه من حيث ان العين باق وكذا بعض المنافع قال ثم اشارة الكتاب الى ان الفاحش ما يبطل به عامة المنافع والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شئ من المنفعة والتأييد خل فيه النقصان لان عهده جعل قاطعا لاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا والفاحش به بعض المنافع قال ومن غصب ارضا فغرس فيها او بنى قيل له اقلع البناء والغرس ورد الارض

جواب مختصر القدوري يرد ما قاله الكرخي رح نظر لان القدوري يروي عن ابي عبد الله الجرجاني عن ابي بكر الرازي عن ابي الحسن الكرخي رح فكيف يرد مجرد جواب القدوري قول الكرخي رح وسند رواية اليه نعم يجوز رجحان قول المتأخر على المتقدم باقامة الدليل لا بمجرد الرواية فلا انتهى كلامه اقول نظره ساقط لانه ان اراد ان استناد رواية القدوري في جميع مسائل مختصره او في المسئلة التي نحن بصددها الى الكرخي رح فممنوع كيف وقد صرح هذا الشارح نفسه بان القدوري قال في شرح المختصر القدوري للكرخي رح وكان ابو الحسن الكرخي رح يقول المسئلة موضوعة على انه بنى على حوالي الساحة لانه غير متعد في البناء على ملكه فلا ينقص واما اذا بنى على نفس الساحة بنقص بناؤه لانه تعدى فيه وكان الهندواني يختار هذا القول وقد ذكرني كتاب الصرف فيمن غصب درهما فجعله عروة مزادة سقط حق مالكه والفضة لا يسقط حق مالكها فيها بالصياغة وانما اسقطه لكونها تابعة للمزادة وهذا لا يكون الا بعمل يوفق فيها على وجه التعدي فدل على ان المسئلة على اطلاقها وانه لا حق للمالك في الساحة في الوجهين وقال الى هنا لفظ القدوري ولا يذهب عليك ان ما نقله عن القدوري صريح في ان القدوري لا يقبل رواية الكرخي في هذه المسئلة على التقييد بان من بنى على حوالي الساحة ويستدل على اطلاقها بمسئلة كتاب الصرف كما مر فتعين ان رواية القدوري هذه المسئلة بان يقال فبنى عليها لا يستند الى الكرخي رح بل هو في هذه الرواية مخالف له ومتمسك بمسئلة كتاب الصرف وان اراد ان استناد رواية القدوري في اكثر المسائل الى الكرخي رح بالطريق المزبور فهو مسلم لكن لا يجدي ذلك ههنا شيئا فان الكلام في مسئلة الساحة وهو في روايتها يخالف الكرخي رح كما عرفت قوله ومن ذبح شاة غيره فهو كما لو كان الخيار ان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور وهو ما اعد للذبح من الابل من الجزر وهو القطع يقع على الذكر والانثى وهي تونث كذا قالوا وانما ذكر الجزور وبين به ما ذكر الحكم في الشاة من الخيار بين تضمين القيمة وتضمين النقصان لدفع شبهة ترد على اختيار تضمين النقصان بان يقال النقصان بالذبح في الشاة انما كان بسبب تقويت صلاحيتها للدر والنسل والجزور هي التي اعدت للذبح قلم يكن الدر والنسل مطلوبين ههنا فينبغي ان لا يضمن الغاصب النقصان بل استحق اجر المثل من حرارته على المالك لانه حق مقصود فيها فكان زيادة لا نقصانا كما اذا غصب ثوبا فصبغه احمر حيث يضمن المالك للغاصب ما زاد الصبغ اذا اختار اخذ الثوب لكون صبغ الحمرة زيادة فدفع تلك الشبهة بقوله وكذا الجزور وذلك لان نفس ازالة الحيوة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لانه يحتمل ان يكون للمالك مقصود فيها سوى الدر والنسل من الاسمان وتبقيتها الى زمان يحصل مقاصده منها كذا في النهاية ومعراج الدراية وافاد صاحب العناية خلاصة هذا المعنى بعبارة اخرى حيث قال وانما خصه لدفع ما عسى ان يتوهم ان غاصبه يجب ان يستحق اجر المثل بحرارته على المالك لانه حق مقصود وفيه فكان ذلك زيادة فيه لا نقصانا حيث اعد للجزر غير مطلوب منه الدر والنسل وذلك لان نفس ازالة الحيوة عن الحيوان نقصان وكان للمالك الخيار لاحتمال ان يكون له فيه مقصود سواهما من زيادة الاسمان والتأخير الى وقت آخر لمصلحة له في ذلك انتهى كلامه ورد عليه بعض الفضلاء قوله وانما خصه لدفع ما عسى ان يتوهم ان غاصبه يجب ان يستحق اجر المثل حيث قال لا مجال لهذا التوهم اصلا لان فعله لو لم يكن غصبا فهو تبرع لا يستحق به الاجر وقال فالاولى في تقرير استحقاق اجر المثل من البين ويقول بدله ان ذابحه يجب ان لا يكون غاصبا انتهى اقول ان قوله لا مجال لهذا التوهم اصلا ممنوع قوله لان فعله لو لم يكن غصبا فهو تبرع لا يستحق به الاجر غير مسلم فانه اذا لم يكن معتبرا لما زاده الصبغ فيما اذا اخذ ثوب غيره فصبغه احمر بل ضمنه للمالك اذا اختار اخذ الثوب كما سيأتي فلم يجز ان لا يكون معتبرا لما زاده الذبح فيما اذا ذبح جزور وغيره بل استحق اجر المثل بناء على انه حق مقصود للمالك وهذا القدر من القياس ان لم يكن مناطا للاجتهاد فلا اقل من ان يكون منشأ للتوهم فلا بد من دفع ذلك التوهم فاشار المصنف رح الى دفعه بقوله وكذا الجزور وهذا هو مراد الشارح ههنا والاعتراض عليه قوله ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه قال صاحب العناية قيل ليس لتقييده

قوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق

غير ماكول اللحم فائدة فان حكم ماكوله ايضا كذلك لانه عطف قوله وكذلك اذا قطع يديها على قوله ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها فاول انتهائي الحكم سواء ومن الشارحين من قال هذا انما هو على اختيار صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين القيمة بلا خيار فيهما يعني في ماكول اللحم وغير ماكوله اذا قطع طرفه وكان فائدة ذكره رد ذلك الظاهر وفيه نظر من وجهين احدهما انه لو كان كذلك لكفى ان يقول وكذلك اذا كانت غير ماكول اللحم والثاني ان التعليل يدل على مغايرة الحكم بين قطع طرف ماكول اللحم غير ماكوله حيث قال في الاول انه اتلاف من وجه وفي الثاني لوجود الاستهلاك من كل وجه الى هنا لفظ العناية اقول القائل بعدم فائدة التقييد بغير ماكول اللحم انما هو صاحب النهاية وصاحب معراج الدراية واما المراد بمن قال في قوله ومن الشارحين من قال فالظاهر انه هو صاحب غاية البيان اذ لم يقل احد من الشارحين ما ينسب القول المذكور سوى صاحب الغاية الا ان ما نقله صاحب العناية ليس بعين عبارة صاحب العناية ايضا فان عين عبارته هكذا بهذا الفرق بين ماكول اللحم وغير ماكول اللحم في قطع الطرف على ما ذهب اليه صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين جميع القيمة فيهما بلا خيار وقد مر من قبل هذا انتهى ولا يخفى على ذي مسكة انه لا يرد على ما تيك العبارة شيء من وجهي نظر صاحب العناية لان مدار ورودهما على حمل مراد المصنف رح على تسوية ماكول اللحم وغير ماكوله في الحكم وعبارة صاحب العناية تنادي على حمل مراده على الفرق بينهما حيث قال هذا الفرق بين ماكول اللحم وغير ماكول اللحم في قطع الطرف على ما ذهب اليه صاحب الهداية بتصرف ثم قال صاحب العناية والظاهر من كلام المصنف رح نفي خيار المالك بين تضمين قيمتها وبين امساك العين وتضمين نقصانها ويكون ذلك اختيارا منه وان كان نقل الكتب على خلافه فانه ذكر في الذخيرة والمغني فقال وفي المنتقى هشام عن محمد رح رجل قطع يد حمار او رجله وكان لما بقي قيمة فله ان يمسك ويأخذ النقصان انتهى كلامه اقول لما لم ان يمنع مخالفته ما اختاره المصنف رح لنقل الكتب المذكورة لان ما رجحه هشام عن محمد رح هو جواز اختيار الامساك واخذ النقصان فيما اذا قطع طرفا من غير ماكول اللحم مقيدا بان كان لما بقي قيمة كما ترى ويجوز ان يكون ما اختاره المصنف رح وجوب تضمين جميع القيمة فيما اذا لم يكن لما بقي بعد قطع الطرف قيمة بدلالة قوله لوجود الاستهلاك من كل وجه على ذلك لانه لا يوجد الاستهلاك من كل وجه فيما اذا كان لما بقي قطع الطرف قيمة بل يبقى فيه منفعة القيمة فيصير مالكا من وجه دون وجه وكان صاحب الكفاية تنبه لذلك حيث قال في شرح قول المصنف رح ولو كانت الدابة غير ماكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك ان يضمنه جميع قيمتها اي الواجب هنا جميع القيمة اذا لم يكن للدابة منفعة بعد قطع طرفها لوجود الاستهلاك من كل وجه اما اذا كان لما بقي قيمة فله ان يمسك ويأخذ النقصان ونقل ما في المنتقى من رواية هشام عن محمد رحمه الله

قوله لقول النبي صلى الله عليه وسلم ليس لعرق ظالم حق صحيح في المغرب بتنوين عرق حيث قال اي الذي عرق ظالم وهو الذي يغرس في الارض غرسا على وجه الاغتصاب ليستوجب بها وصف العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه مجازا وقد يروى بالاضافة اي ليس لعرق غاصب ثبوت بل يؤمر بقلعه كذا في العناية وغيرها اقول فيما ذكر في المغرب شيء وهو انه قدر المضاف اولا حيث قال اي الذي عرق ظالم وجعل وصف العرق بالظلم تجوزا ثانيا وبينهما تناف لانه اذا قدر المضاف يصير ظالم صفة له لا للعرق كما قالوا في قول النبي صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم عتق عليه ان قوله محرم صفة ذا وحمزة للجواز فيستقيم معنى الكلام على حقيقته فلا تكون للمصير الى التجوز وجه حل هذا ذكر الزمخشري في الفائق ما ذكره المطرزي في المغرب خلا القول بوصف العرق بالظلم على سبيل التجوز اللهم الا ان يكون مراد صاحب المغرب بقوله اي الذي عرق ظالم مجرد تصوير المعنى لا ان هناك مضافا محذوفا فاستقدر اوقال بعض الفضلاء

ولان ملك صاحب الارض باق فان الارض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها إلا بالاشغال طرحا غيره بطلانا فان كانت الارض تنقص تتلف ذلك الذي نقص له قيمة البناء وقيمة الغرس مقلوعا وليكون له ان يمنعه قبل قلعه وليكون للغاصب ان يحبسه عند ابي حنيفة رح الى ان يقبض قيمة ما نقص البناء والغرس مقلوعا وقيمة ما نقص الارض بالقلع وهو قول ابي يوسف رح وقال محمد رح ليس للغاصب ان يحبسه لان حق المالك في العين وحق الغاصب في القيمة وحق العين اقوى ولابي حنيفة رح ان حق الغاصب في العين ايضا لان له ان يتملكها بالقيمة عند ابي يوسف رح وعند محمد رح بالاداء فكان حقه في العين دون حق المالك فيها وهو نظير الرهن والمبيع والمشتري شراء فاسدا اذا بنى او غرس ثم استحق الارض او ردها بعيب بقضاء او بغير قضاء فان لم يضمن قيمة البناء والغرس مقلوعا فله ان يقلع ويأخذ بناءه وغرسه لان البناء والغرس ملكه وقد تعذر عليه الوصول اليه الا بالقلع وهو متعد في القلع فيؤمر بالتسوية ولا ضمان عليه لان التسوية واجبة عليه شرعا فلا يكون القلع سببا للضمان عليه كما لو قلع غرس غيره بامر صاحبه وان ضمن قيمة البناء والغرس مقلوعا ونقصان الارض بالقلع فليس له ان يقلع لانه ملكه بالضمان وان كان قد زاد زيادة منفصلة كالولد والثمرة والكسب فهو للمغصوب منه لانه نماء ملكه وان زاد زيادة متصلة كالسمن وتعلم الصنعة فهو للغاصب لانه نماء ملكه ولا يمكن التمييز بينهما فيكون الكل للغاصب ويضمن قيمة الجارية يوم الغصب لان الزيادة المتصلة تتبع الاصل في الضمان ولا يطيب الربح للغاصب بل يتصدق به لان الربح نماء الملك الخبيث وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يطيب له الربح لان الزيادة حصلت في ملكه وهذا لان الغصب لا يوجب الملك عنده خلافا لهما وله ان الزيادة حصلت على ملك الغير فتكون خبيثة كالولد والثمرة وهذا بخلاف ما اذا باع الجارية ثم اشتراها لان الزيادة هناك حصلت على ملكه وهذا بخلاف ما اذا اشترى جارية بألف درهم ثم باعها بألفين ثم اشتراها بألف درهم لان الربح هناك حصل بمقابلة الثمن الذي هو ملكه وهذا بخلاف ما اذا اشترى جارية بألف درهم ثم باعها بألفين ثم اشتراها بألف درهم لان الربح هناك حصل بمقابلة الثمن الذي هو ملكه وهذا بخلاف ما اذا اشترى جارية بألف درهم ثم باعها بألفين ثم اشتراها بألف درهم لان الربح هناك حصل بمقابلة الثمن الذي هو ملكه

فصل

ومن غصب عينا فتغيرت عند الغاصب بفعله كالحنطة اذا طحنها والشاة اذا ذبحها والثوب اذا قطعه وخاطه او صبغه احمر او اسود او الحديد اذا اتخذ منه سيفا او الفضة اذا اتخذ منها حليا او الحب اذا قلاه او الدقيق اذا عجنه او الحنطة اذا بذرها او الحب اذا غرسه او البيض اذا اتخذ منه فراريج او الحنطة اذا طحنها او الشاة اذا ذبحها او ال

الاان يقبض المالك البينة بالقرض لانه اقامها بحجة الملزم وقد عاد ما الزم فصار وقد ضمنا بقيمة المالك او مثله فاذا اداه سقط الغاصب عن اليمين ملاذا اقام المالك البينة وهو للمقاصة كما ذكره المزني رحمه الله وهذا على حد القياس حيث يقضى بالبينة بعد اليمين ولو اقام البينة اولا لا تقبل لان اليمين لا تبطل بالبينة وعلى هذا لو اقام البينة على الابراء او الايفاء بعد ما حلف المدعي لا تقبل بينته وهذا بخلاف ما لو اقام البينة على الابراء قبل اليمين حيث تقبل لان اليمين

ولهذا يتكرر بتكررها ويجب بالاعانة والاشارة فإن يجب بالامر فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الامر من اولى ولخرنه قال وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب وقال زفر والشافعي رح لا يجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الظبية وكما اذا هلك الولد قبل الرد او ماتت الام وبالولد وفاء وصار كما اذا جز صوف شاة عين او قطع قوائم شجر غيره او خصى عبد غيره او عمه الحرفة فاضمناه التعليم

الولد لا يزيلها ولا يصح التعليل بان يقال اذ الظاهر عدم المنع لان منع الكل بازالة يد المالك عنه منع لجزئه ايضا وقد صرحوا بانه لا فرق بين ما اذا غصبها حاملا وبين ما اذا غصبها غير حامل فحملت في يد الغاصب في كون الولد غير مضمون عندنا فكان التعليل المذكور قاصرا عن افادة تمام المسئلة قال صاحب العناية وحورض بان الام مضمونة البتة والاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد كالحرية والرق والملك في الشراء واجيب بان الضمان ليس لصفة قارة في الام بل هو لزوم حق في ذمة الغاصب فان وصف به المال كان مجازا انتهى كلامه وقد سبقه الى ذكر مضمون هذا السوال والجواب صاحب النهاية ومعراج الدراية اقول في الجواب نظر لان الضمان مصدر للفعل المتعدي يقال ضمنه ضمانا ومثل هذا المصدر تعلق بالفاعل وهذا الاعتبار يصير وصفا له وتعلق بالمفعول به وهذا الاعتبار يصير وصفا له ايضا وقد صرح به المحقق التفتازاني في التلويح في فصل الفاظ العام وحققه حيث قال ان الفعل المتعدي يحتاج الى المفعول به في التعقل والوجود جميعا والى المفعول فيه في الوجود فقط وقال وله تعلق بالفاعل وبهذا الاعتبار يوجد وصف له وتعلق بالمفعول به وبهذا الاعتبار يوجد وصف له وقال ولا امتناع في قيام الاضافيات بالمضافين ورد به قول صاحب الكشف ان الضرب قائم بالضارب فلا يقوم بالمضروب لامتناع قيام الوصف الواحد بشخصين فقد ظهر منه ان الضمان كما يوصف به الغاصب حقيقة فيقال هو ضامن يوصف به المال ايضا حقيقة فيقال هو مضمون فتفطن هذا لما ذكرناه في الشراح فان وصف به المال كان مجازا ممنوعا جدا وقال صاحب العناية فان قيل قد وجد الضمان في مواضع ولم يتحقق العلة المذكورة فيها فكان امارة لغيرها وذلك كغاصب الغاصب فانه يضمن وان لم يزل به يد المالك بل ازال يد الغاصب وكما لو غصب اذا الشهود مع القدرة على الاشهاد ولم يزل يد المغرور اذا منع الولد يضمن به الولد ولم يزل يد في حق الولد ويضمن الاموال بالاتلاف تسببا كحفر البير في غير الملك وليس ثمة ازالة يد اصلا ولا اثباتها فالجواب ان ما قلنا ان الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان مطرد لا محالة واما ان كل ما يوجب الضمان كان غصبا فلم يلتزم ذلك لجواز ان يكون الضمان حكما لو صيانة ثبت كل شخص منه بشخص من العلة فما يكون تعديا الى هنا كلامه اقول هذا الجواب ليس بتام لانه انما يفيد ان لو كان المراد بالسوال المذكور ان قولك الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان غير منعكس لتحقق وجوب الضمان في الصور المزبورة بدون تحقق الغصب على التفسير المذكور فيها واما اذا كان المراد بذلك ان تعليل مسئلتنا بالعلة المذكورة في الكتاب ينتقض بالصور المزبورة لان حاصل هذه العلة ان تفسير الغصب بما ذكرنا لم يتحقق في زوائد المغصوب فلم يجب الضمان فيها ولا شك ان ذلك التفسير غير متحقق في الصور المزبورة ايضا مع وجوب الضمان فيها فلا يدفع ذلك الجواب المذكور ذلك السوال كما لا يخفى على الفطن فالاولى في السوال والجواب ما فصل في النهاية ومعراج الدراية فان شئت فراجعها **قوله** ولهذا يتكرر بتكررها قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل اي يتكرر الجزاء بتكرر هذه الجناية فانه لو ادى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم ارسله في الحرم ثم اخرج ذلك الصيد من الحرم يجب ضمان آخر كذا وجدت بخط شيخي ولكن يحتمل ان يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرر هذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم وهذا اولى لانه اوفق لرواية المبسوط في المناسك حيث جعل هناك ايصال صيد الحرم الى الحرم بمنزلة ايصال المغصوب الى يد المغصوب منه في الغصب اذا وصل المغصوب الى المالك كما غصب لا يجب الضمان على الغاصب من شئ ولكن يتكرر وجوب الرد الى المالك بتكرر الغصب فكذا ههنا الى هنا لفظ النهاية واقتفى اثره اكثر الشراح في تجويز المعنيين المذكورين ههنا ولكن لم يقل احد سواه بترجيح المعنى الثاني على الاول ومنهم صاحب العناية حيث قال في شرح هذا المحل ولهذا يتكرر الجزاء بتكرر هذه الجناية فانه لو ادى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم ارسله فيه ثم اخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء آخر ويجوز ان يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرر هذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم انتهى كلامه اقول الاجوز عندي للمعنى الثاني ههنا اصلا فضلا عن ان يكون هو الاولى كما زعمه صاحب النهاية فان قول المصنف رح ولهذا يتكرر بتكررها متفرع على قوله فهو ضمان جناية

قلنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة او العلوق على ما عرف وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا وصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت سنيتها ثم نبتت او قطع يد العبد المغصوب فبرئ مع العبد يحتسب عن نقصان القطع وولد الظبية ممنوع وكذا اذا مات الام وتخريج الثانية ان الولادة ليست بسبب لموت الام اذ الولادة لا تفضي اليه غالبا بخلاف ما اذا مات الولد قبل الولادة لانه لا بد من رد اصله للبراءة وكذا لا بد من رد خلقه والخصاء لا يعد زيادة لانه عرض بعض الفسقة ولا اتحاد في السبب فيما وراء ذلك من المسائل لان سبب النقصان القطع والجز وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم والزيادة سببها الفهم قال ومن غصب جارية فزنى بها فحبلت فجز رها ومات في نفاسها يضمن قيمتها يوم علقت ولا ضمان عليه في الجز هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن في الامة ايضا لهما ان الجز قد صح

كما ترى ولا يصح هذا التفريع على تقدير حمل قوله تتكرر بتكررها على المعنى الثاني لان تكرر وجوب الارسال بتكرر الاخراج من الحرم لا يكون امارة على كون ضمان ولد الظبية ضمان جناية لا ضمان غصب فان تكرر وجوب الارسال بتكرر الاخراج من الحرم ينتظم كون ضمان ولد الظبية ضمان جناية وكونه ضمان غصب على السواء كما لا يخفى بل رواية المبسوط في المناسك اوفق لكونه ضمان غصب على ما قرره صاحب النهاية حيث قال جعل هناك صيد الحرم الى الحرم بمنزلة اتصال المغصوب الى يد المغصوب منه وهي انه اذا وصل المغصوب الى المالك كما غصب لا يجب الضمان على الغاصب من شيء ولكن بتكرر وجوب الرد الى المالك بتكرر الغصب فكذا هنا انتهى تدبر تقف **قوله** وقلنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة والعلوق على ما عرف ذهبت جماعة من الشراح وهم اصحاب النهاية والكفاية ومعراج الدراية الى ان قول المصنف رح على ما عرف اشارة الى ما يجيء في مسئلة من غصب جارية فزنى بها وذهب بعضهم وهو صاحب غاية البيان الى انه اشارة الى ما ذكر في طريقة الخلاف واختار صاحب العناية الثاني وذكر الاول ايضا بطريق النقل حيث قال يعني في طريقة الخلاف وقيل في مسئلة من غصب جارية فزنى بها على ما يجيء انتهى اقول الاحجال عندي للحمل على الاول اصلا لان المراد بالسبب ههنا سبب الزيادة والنقصان وبما يجيء في مسئلة من غصب جارية فزنى بها سبب الموت ولا شك ان ما هو سبب لاحدهما لا يصلح ان يكون سببا للآخر ايضا البتة حتى يصح حوالة معرفة احدهما على معرفة الآخر الا يرى الى قول المصنف رح فيما سيأتي وتخريج الثانية ان الولادة ليست بسبب لموت الام اذ لا تفضي اليه غالبا انتهى فان ذلك صريح في ان الولادة لا تكون سببا لموت الام ويعلم منه دلالة ان العلوق ايضا لا يكون سببا له لان افضاءه الى الموت البعد من افضاء الولادة اليه كما لا يخفى مع انه حكم ههنا بان سبب الزيادة والنقصان هو الولادة او العلوق ثم ان المعروف في الاحالة على ما يجيء ان يقال على ما سيجيء او على ما ستعرفه ونحو ذلك من صيغ المضارع واما ان يقال في مثل ذلك على ما عرف فلم يعرف قط فالوجه هو الحمل على ما عرف في طريقة الخلاف لا غير **قوله** وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا لان السبب الواحد لما اثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفا عن النقصان كالمبيع لما زال المبيع عن ملك البائع ادخل الثمن في ملكه فكان الثمن خلفا عن مالية المبيع لا اتحاد السبب حتى ان الشاهدين اذا شهدا على رجل ببيع شيء بمثل قيمته فقضى القاضي به ثم رجعا لم يضمنا شيئا وهذا لان الفوات الى خلف كلا فوات كذا في الشروح وهو اعترض بانه لم يخرج جواب المخصم عن اصل دليله وهو ان الولد ملك المولى فلا يصلح ان يكون جابرا للنقصان وقع في ملكه بل هو على حاله واجيب بان المصنف رح اشار الى جوابه بقوله لا يعد نقصانا فاذا لم يعد نقصانا لم يحتج الى جابر فاطلاق الجابر غاية توسع هذا زبدة ما في النهاية والعناية اقول الجواب منظور فيه فان النقصان امر محقق لا محال لانكاره وقوعه اذ موضع مسئلتنا ما اذا نقصت الجارية بالولادة ولا يرى وجه لان لا يعد ذلك النقصان المحقق نقصانا سواء انجبر ذلك النقصان بالزيادة التي هي الولد كما يدل عليه كلام الشراح قاطبة في شرح قول المصنف رح وعند ذلك لا يعد نقصانا كما مر ويدل عليه قوله لنا في اصل المسئلة فان كان في قيمة الولد وفاء بسبب النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب ولو كان الاطلاق الجابر غاية توسعا لم يوجد الجبر حقيقة لم يظهر وجه لان يعد نقصان المغصوب الواقع في يد الغاصب نفعا ما موجبا للضمان في سائر الصور اضع وان لا يعد نقصانه الواقع في يد الغاصب فيما نحن فيه نقصانا موجبا للضمان عندنا بل يلزم ان يكون ذلك تحكما بحتا وحاشا الا يحتنا من ذلك فليتامل **قوله** وصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت سنيتها ثم نبتت اقول لقائل ان يقول لا اتحاد في السبب في هاتين الصورتين اذ لا شك ان سبب النقصان وهو الهزال في الصورة الاولى وسقوط السنية في الصورة الثانية تغاير سبب الزيادة وهي السمن في الاولى ونبوت السنية في الثانية وقد رد المصنف رح فيما بعد قياس المخصم على تخرز اصوف شاة وقطع قوائم شجر لعدم الاتحاد في السبب في المقيس عليه فكيف تثبت ههنا بالقياس على تينك الصورتين مع عدم الاتحاد في السبب فيهما ايضا ثم اقول في الجواب ان الفرق باتحاد السبب وعدم اتحاده انما يؤثر في قدح القياس في عدم سقوط الضمان كما هو مدعى الخصم اذ لا يلزم من عدم سقوط عند عدم اتحاد السبب عدم سقوطه عند اتحاده اذ يمكن عند اتحاده ان لا يعد النقصان نقصانا كما ذكره بخلاف عدم

[illegible]

[illegible]

[illegible]

وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف ولا نسلم انها مستقومة وذلك بل تتقوم صورة عند وقوع العقد لما يوجد العقد لما ان ما تتقوم كل مستهلك مقوم عليه كما هو المعتمد اجزاء العين

من الاعيان كالدراهم والدنانير فلا يجوز ان تكون مضمونة بالامثال وبين المتفاوتين لانه لا فارق بينهما لا يجوز ان يكون مضمونة بالاعيان لعدم المماثلة والمماثلة غير شرط في ضمان العدوان والقول المعتمد فاعتمدوه واعليه بمثل ما اعتمدتم عليكم انتهى قال صاحب العناية اعترض بما اذا اتلف ما سيرغب اليه لفساد فانه يضمن بالقيمة التي تبلغ فاذا ان المماثلة من حيث القدر غير معتبرة وبما اذا استاجر الوصي لليتيم ما يحتاج اليه بدراهم اليتيم فانه جائز لا محالة ولو كان ما ذكرتم صحيحا لما جاز لان القربان الى مال اليتيم لا يجوز الا بالوجه الاحسن واجيب عن الاول بان المماثلة المعتبرة وهي ان يكون بين طرفي المتماثلين ما يقع به التفاوت عادة وهذا راجع الى انها تعتبر بين جوهر وجوهر وعرض وعرض لا بين جوهر وعرض لا يرى ان بيع الثياب بالدراهم جائز وان كان احدهما يبلى دون الآخر وعن الثاني بما ذكرنا ان شراء الثياب بدراهم اليتيم جائز للوصي مع وجود التفاوت كما ذكرنا فدل ان القربان بالاحسن في مال اليتيم هو الا يعيبا في التصرفات انتهى كلامه اقول فيما ذكره في كل من الجوابين شيء اما في الاول فلان تنوير قوله لا يرى ان بيع الثياب بالدراهم جائز وان كان احدهما يبلى دون الآخر ليس بصحيح لان جواز نوع من التفاوت بين الطرفين في البيع لا يدل على جواز ذلك في ضمان العدوان لان للعقد والرضا تاثيرا في تجويز كثير من التفاوت وعن هذا قالوا يجوز بيع عبد قيمته الف بالوف ولا يجوز ذلك التفاوت في ضمان العدوان قطعا لا يرى ان التفاوت بين جوهر وعرض يجوز ايضا بالعقد كما اذا استاجر منفعة دار مثلا بدراهم معينة مع ان المماثلة المعتبرة في ضمان العدوان ان لا يتصور بين جوهر وعرض كما صرح به واما في الثاني فلان جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصي لا يدل على جواز استيجار الوصي لليتيم ما يحتاج اليه بدراهمه لان التفاوت في الاول بين جوهر وجوهر وهو تفاوت غير فاحش والتفاوت في الثاني بين جوهر وعرض وهو تفاوت فاحش ولا شك ان جواز تصرف الوصي في مال اليتيم بالتفاوت اليسير الذي لا يدل على جواز تصرف فيه بالتفاوت الفاحش لا يرى ان التفاوت الفاحش الذي بين جوهر وعرض يمنع المماثلة المعتبرة في ضمان العدوان دون التفاوت غير الفاحش الذي بين جوهر وجوهر فلم لا يجوز ان يكون الامر في تصرف الوصي في مال اليتيم ايضا كذلك فمن اين ثبت دلالة جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصي على القربان بالاحسن في مال اليتيم هو مجرد ما لا يعد عيبا في التصرفات نعم يجوز ان يكون المتصرفات بالقربان بالاحسن في قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن ذلك المعنى لكنه انما يعرف بدليل آخر لا بما ذكره من جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصي وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف قال صاحب العناية في تفسير هذه المآخذ العلل التي هي مناط الحكم او ما ذكره اولا بقوله لانها حصلت في ملك الغاصب وثانيا بقوله لانها لا يتحقق غصبها وثالثا بقوله لانها لا تماثل الاعيان انتهى اقول فيه خلل لانه قال او ما ذكره بكلمة او وهي لاحد الامرين ولا شك ان العلل التي كانت مناط الحكم ههنا واشار اليه المصنف زخر بهذه المآخذ هي ما ذكره اولا وثانيا وثالثا بقوله اللهم الا ان يقال ان قوله الآخر فكيف يصح ان يعطف بكلمة او وقال صاحب العناية ههنا اراد بالمآخذ العلل التي هي مناط الحكم واراد بالمآخذ ما ذكره اولا بقوله لانها حصلت في ملك الغاصب وثانيا بانها لا يتحقق غصبها وثالثا بانها لا تماثل الاعيان وهذا هو الشرط في ضمان العدوان والمماثلة بالنص انتهى اقول يرد على ظاهره ان العلل التي هي مناط الحكم ههنا هي ما ذكره المصنف اولا وثانيا وثالثا بعينه كما عرفته آنفا فما معنى قوله اراد بالمآخذ هذا واراد بها ذاك والعطف يقتضي التغاير بين المعطوفين لكن يمكن توجيهه بان يكون مقصوده بقوله اراد بالمآخذ العلل التي هي مناط الحكم تفسير معنى المآخذ ههنا وتعيينه وكانه قال اراد بمعنى المآخذ ههنا هذا واراد بها ما صدق عليه المآخذ ههنا ذاك والمغايرة بين المفهوم وما صدق عليه ظاهرة فيصح العطف الا انه لو قال في الثاني واراد بها ما ذكره الى آخره لكان احسن لكونه ادل على ارادة ما صدق عليه المآخذ كما لا يخفى على الفطن ثم اقول التحقيق في هذا المقام بحث قوي وهو انه قد صرح في معتبرات الفتاوى بان منافع المغصب مضمونة عندنا ايضا في الوقف ومال اليتيم وما كان معدا للاجارة مع ان العلل المذكورة التي هي مناط الحكم بعدم ضمان منافع المغصب جارية بعينها في تلك الصور ايضا فان قلت العلل المذكورة على وفق القياس والقول بضمان المنافع في تلك الصور موجب الاستحسان نظرا للوقف ومال اليتيم ونحو ذلك مما يجوز ترك القياس بالاستحسان قلت ذلك فيما يتصور ويمكن وتلك العلل بعضها يدل على عدم تصور الغصب في العدوان في المنافع وبعضها يدل على عدم امكان تقويم المنافع بالاعيان لعدم المماثلة بينهما وبناء ضمان العدوان على المماثلة بالنص والاجماع فاجرا الاستحسان في خلاف ذلك مشكل جدا

فصل في غصب ما لا يتقوم قال واذا اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره ضمن قال الشافعي رحمه الله لا يضمن لانه لا يضمن بالاتلاف عندنا لان اذا اتلفهما ذمي على ذمي اخذ منه قيمة عندنا لانه سقط تقومهما في حق المسلم فكذا في حق الذمي كالدم لهم ولنا ان حق الاحكام تلزمه احكامنا ما دام متقوما وهو التضمان ولنا ان التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة لنا

فصل في غصب ما لا يتقوم قال صاحب النهاية لما فرغ من بيان احكام غصب ما يتقوم وهو الاصل الان الغصب يجيء الا تذكر انما يتحقق فيه شرع في بيان احكام غصب ما لا يتقوم باعتبار عرضيته ان يصير متقوما اما باعتبار ديانة المغصوب منه انه متقوم او بتغير في نفسه الى التقوم انتهى كلامه وقد اقتفى اثره صاحب العناية اقول لا يذهب عليك الحاجة هنا الى المصير الى اعتبار عرضيته ان يصير ما لا يتقوم متقوما بل الاعتبارين المذكورين بل لا وجه لهذا التفريع لان المبين في هذا الفصل ضمان ما لا يتقوم في بعض المسائل وعدم ضمانه في بعضها ففي ما لا ضمان فيه كاتلاف خمر المسلم وخنزيره لا وجه لاعتبار عرضيته ان يصير متقوما باعتبار اصلا فان اعتبار عرضيته ان يصير متقوما مما لا تاثير له في حكم عدم الضمان قطعا بل له نوع اباحة له ولعل بعض الشراح تنبه لهذا فترك حديث اعتبار عرضيته ان يصير متقوما منهم الشارح الاكمل حيث قال المؤلف لما فرغ من بيان غصب ما يتقوم وهو الاصل شرع في بيان غصب ما لا يتقوم كالخمر والخنزير حق المسلم بل بحث الضمان ام لا انتهى قوله ولنا ان التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة اقول في هذا اشكال من وجهين احدهما ان الخصم قال انهم اتباع لنا في الاحكام تمسكا بقوله عليه الصلوة والسلام اذا اتبعوا عقد الذمة فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين كما صرح به في الكافي وعامة الشروح فكيف يتم التعليل بان التقوم باق في حقهم في مقابلة ذلك الحديث الدال على كونهم اتباعا لنا في الاحكام والتعليل في مقابلة النص غير صحيح على ما عرف في علم الاصول فان قلت نختار منا ان نتركهم وما يدينون كما ذكر في اثناء التعليل من قبلنا فيدل النص المتضمن لهذا الامر وهو قوله عليه الصلوة والسلام اتركهم وما يدينون على ما ادعاه هنا قلت للخصم ان يقول المراد بما يدينون الديانات دون المعاملات وما نحن فيه من المعاملات ولئن سلم العموم للمعاملات ايضا فيتحقق التعارض بين النصين فمن اين يثبت الرجحان والثاني انه قد تقرر في علم الاصول انه لا خلاف في ان الكفار مخاطبون بالايمان والعقوبات والمعاملات وبالعبادات ايضا في حق المؤاخذة في الآخرة واما في حق وجوب الاداء في الدنيا فمختلف فيه وما نحن فيه من المعاملات فينبغي ان يكونوا مخاطبين بالخطاب الدال على عدم تقوم الخمر والخنزير ايضا ثم اقول يمكن الجواب عن كل واحد منهما اما عن الاول فبان يقال ما نحن فيه مخصص بالاجماع من عموم النص الدال على كونهم اتباعا لنا في الاحكام فان عمر رضي الله عنه لما سأل عماله اذا تصنعون بما يمر به اهل الذمة من الخمور قالوا نعشرها قال لا تفعلوا ولو لهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها فقد جعلها مالا متقوما في حقهم حيث يجوز بيعها وامر باخذ العشر من ثمنها ولم ينكره احد فيحمل محل الاجماع وقد صرح بعض الشراح واما عن الثاني فبان يقال كون الكفار مخاطبين بالمعاملات ونحوها فيما يحتمل الخطاب التعميم لهم ايضا واما فيما لا يحتمله فلا يكونون مخاطبين بالمعاملات بذلك قطعا وما نحن فيه من قبيل الثاني لان الخمر ليست متقومة في شريعتنا من قبلنا وفي صدر شريعتنا والاصل ان ما ثبت بقي الى ان يوجد المزيل وهو قوله تعالى رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه وجد في حقنا بدليل السياق والسباق فبقي في حق من لم يدخل تحت هذا الخطاب على ما كان من قبل كما صرح به في الكافي والكفاية فلم يبق محلا للتقويم كما في الكفاية ايضا وكذا الحال في الخنزير على ما عتقده صاحب غاية البيان حيث قال تحقيق ذلك ان الخمر والخنزير كانا مالا لهم في الامم الماضية وكذلك في حق هذه الامة في ابتداء الاسلام ثم ورد الخطاب بالحرمة فما دام في حق المسلمين محكما حراما عليهم وبقيا مالا لهم على الكفار كنكاح المشركات كان حلالا في حق الناس كافة ثم ورد التحريم فما دام في حق المسلمين بقي حلالا في حق الكفار وكذا ههنا الا ترى الى خطاب الله تعالى للمؤمنين في سورة المائدة بقوله يا ايها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون والمؤمن هو الذي يفلح اذا اجتنب الخمر وقال تعالى حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير الى هنا لفظ غاية البيان ثم ان التحقيق الذي لا محيد عنه ههنا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال واما الكلام في المسألة من حيث المعنى فبعض مشائخنا قالوا الخمر مباح في حق اهل الذمة وكذلك الخنزير وهي في حقهم كالخل في حقنا والخنزير في حقهم كالشاة في حقنا في حق الاباحة متقوما في حقهم فكان كل واحد منهما مالا متقوما في حقهم ودليل الاباحة في حقهم ان كل واحد منهما منتفع به حقيقة صالح لاقامة مصلحة البقاء

ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون والسيف موضوع فيتعذر الالزام واذا بقي التقوم فقد وجد اتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه بخلاف الميتة والدم لان اهل الاديان لا يدينون تقومهما الا انه يجب قيمة الخمر وان كان من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تمليكها لكونه اعزازا لها فتعذر ما اذا جرت المبايعة بين الذميين لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وهذا بخلاف الربوا لانه مستثنى عن عقودهم بخلاف العبد المرتد يكون للذمي لانا ما ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين

والاصل في اسباب البناء هو الاطلاق الا ان الحرمة في حق المسلم ثبت نصا غير معقول المعنى او معقول المعنى لا يوجد ههنا او يوجد لكنه يقتضي الحل لا الحرمة وهو قوله تعالى انما يريد الشيطان ان يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلوة لان الصد لا يوجد في حقهم لكفرهم والعداوة فيما بينهم واجب الوقوع لانها سبب المنازعة والمنازعة سبب الهلاك وهذا يوجب الحل لا الحرمة فلما ثبت الحرمة في حقهم وبعضهم قالوا ان الحرمة ثابتة في حقهم كما هي ثابتة في حق المسلمين لان الكفار مخاطبون بشرائع هي حرمات عندنا وهو الصحيح من الاقوال على ما عرف في اصول الفقه وعلى هذا طريق الضمان وجهان احدهما ان الخمر وان لم تكن مالا متقوما في الحال فهي تعرض ان تصير مالا متقوما في الثاني بالتخلل والتخليل ووجوب ضمان الغصب والاتلاف يعتمد كون المحل المغصوب والمتلف مالا متقوما في الجملة ولا يقف على ذلك الحال الا يرى ان الخمر الحشر وما لا اسفنة له في الحال مضمونان بالغصب والاتلاف والثاني ان الشرع منعنا عن التعرض لهم بالمنع عن شرب الخمر واكل الخنزير حسبما روي عن علي رضي الله عنه انه قال امرنا ان نتركهم وما يدينون ونسئله لا يكذبون وقد اتوا شرب الخمر واكل الخنزير فلو منا ترك التعرض لهم في ذلك ونفي الضمان بالغصب والاتلاف يفضي الى التعرض لان السفينة اذا علم انه اذا غصب او اتلف لا يؤخذ بالضمان يقدم على ذلك وفي ذلك منعهم والتعرض لهم من حيث المعنى والله اعلم الى ههنا عبارة البدائع **قوله** ونحن امرنا ان نتركهم وما يدينون اقول القائل ان يقول فلم لا نتركهم وما يدينون في بعض الامور كاحداث البيعة والكنيسة وركوب الخيل وحمل السلاح فانهم يمنعون منها على ما مر في كتاب السير والجواب ان امثالها مستثنى مما يدينون بدلائل ذكرت في موضعها كما ان الربوا مستثنى من عقودهم بقوله عليه الصلوة والسلام لا مين ظلمين بيننا وبينه عهد على ما سياتي بيانه عن قريب قال صاحب العناية اخذا من النهاية ونقض بما اذا مات المجوسي عن ابنتين احدهما امرأته فانها لا تستحق بالزوجية شيئا من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح وصحة النكاح توجب توريث المرأة من زوجها في جميع الاديان اذا لم يوجد المانع ولم يوجد في دياناتهم ثم لم نتركهم وما يدينون واجيب بانا لا نسلم انهم يعتقدون التوريث بالنكحة المحارم فلا بد له من بيان انتهى واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه ان مراد الناقض انا اذا حكمنا بينهم على شرع الاسلام يطلبهم ذلك لا نورثها انتهى اقول ليس فيما ذكره كثير حاصل ايراد المجيب ايضا ان عدم توريثنا ايانا اذا حكمنا بينهم على شرع الاسلام يطلبهم ذلك لعدم ثبوت اعتقادهم التوريث بالنكحة المحارم ثم يعتقد المجوس صحة نكاح المحارم وليس من ضرورة اعتقاد صحة النكاح اعتقاد استحقاق الميراث الا يرى ان الميراث يمتنع بالرق واختلاف الدارين مع صحة النكاح وقد صرح بهذا التفصيل في النهاية وان اراد ذلك القائل انهم لو اعتقدوا التوريث بالنكحة المحارم وطلبوا ذلك لم نحكم بينهم بذلك ايضا على شرع الاسلام فلا فائدة فيه لان ما يضرنا انما هو النقض بما هو مواقع للبعض وفرض محض ثم اقول بقي ههنا كلام آخر وهو ان المسائل ان يورد النقض عينا مسلمات عن زوجة كافرة فانها لا تستحق شيئا من ميراث عندنا لاختلاف الدينين مع ان وجوب توريث الزوجة من زوجها مقرر في جميع الاديان اذا لم يوجد مانع والظاهر ان الكفر ليس بمانع عن الارث في اعتقاد الكفرة ثم نتركهم وما يدينون هناك نتامل في الجواب **قوله** وهذا بخلاف الربوا متعلق بقوله لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها كذا قاله جماعة من الشراح وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك والاولى ان يتعلق بقوله نحن امرنا ان نتركهم وما يدينون لان الكلام السابق مانع بعد من عطف حينئذ انتهى اقول تعلقه بما ذكره صاحب العناية غير ظاهر السداد لان كلمة هذا مع كونها اما اشارة عن ذلك جدا لا يستقيم ان يكون الربوا في خلاف قوله نحن امرنا ان نتركهم وما يدينون لان الربوا لما كان مستثنى من عقودهم وكان ذلك فسقا منهم لا تدينا لثبوت حرمة الربوا في دينهم بقوله تعالى واخذهم الربوا وقد نهوا عنه كما صرح به قاطبة حتى صاحب العناية نفسه لم يكن منعنا اياهم عن الربوا مخالفا لقوله نحن امرنا ان نتركهم وما يدينون كما لا يخفى على ذي مسكة وعلى تقدير ان يكون قول المصنف رحمه الله هذا بخلاف الربوا متعلقا بقوله نحن امرنا ان نتركهم وما يدينون لعدم المعنى وهذا اي قوله ونحن امرنا ان نتركهم وما يدينون ملتبس بخلاف الربوا وليس هذا المعنى بسديد لعدم الملابسة بخلاف بينهما كما بينا آنفا واما على تقدير ان يكون قوله وهذا بخلاف الربوا متعلقا بقوله لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها كذا ذهب اليه جماعة من الشراح فغير المعنى وهذا اي وعدم كون الذمي ممنوعا عن تمليك الخمر وتملكها ملتبس بخلاف الربوا لكونهم ممنوعين عن الربوا فالمعنى

وبحالة مترددة التسمية عامدا اذا كان لمن يتيمه لان ولاية المحاجة ثابتة قال وان غصب من مسلم خمرا فاتلفها او جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر ان يأخذ الخل بغير شئ ويرد جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه والمراد بالفصل الاول الخامس من الشمس الى الظل ومنه الى الشمس بالفصل الثاني اذا دبغه بماله قيمة كالقرظ فانه نقص وفرق ذلك والفرق ان هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملك ما كان لا يثبت الملك به وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلته فلهذا يأخذ الخل بغير شئ ويأخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه وبيانه ان ينظر الى قيمته كيف غير يديغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع قال وان استهلكهما ضمن الخل والجلد يضمن الجلد عن ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه ولو هلك في يده لا يضمنه بالاجماع اما الخل فلانه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالاتلاف ويجب مثله لان الخل من ذوات الامثال واما الجلد فلانه باق على ملك المالك حتى كان له ان يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه

ان هذا المعنى سديد وان كلمة هذا التي يشار بها الى القريب في محلها حينئذ وقال بعض الفضلاء بل الاولى ان يتعلق بقوله فيضمنه والاشارة الى ما ذكره من الخمر والخنزير انتهى اقول هذا اقبح مما قاله صاحب العناية لانه ان كانت الاشارة بهذا الى الخمر الخنزير بناء على ما ذكر كما مر تصير المعنى وهذا الذي اي ما ذكر من الخمر والخنزير بنجس بخلاف الربوا فلا يبقى لتعلق قوله وهذا بخلاف الربوا فيضمنه معنى وان صير الى التقدير بان يقال المراد وهذا بخلاف الربوا في الضمان تحصيل بغير تعلق بقوله فيضمنه فلا يكون سديدا ايضا لان الضمان انما يتصور في الاتلاف ومسئلة الربوا مما لا اساس بذلك تدبر تفهم قوله وبخلاف متروك التسمية لمن يبيعه لان ولاية المحاجة ثابتة قال في العناية يعني لما امرنا ان نترك اهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا ان نترك اهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الاولى وحينئذ يجب ان لا يحل بيعه ويجب الضمان على من اتلف متروك التسمية عامدا لانه مال متقوم في اعتقاد الشافعي رح ووجه الجواب ما قاله ان ولاية المحاجة ثابتة والدليل الدال على حرمته قائم فلم يصر اعتقادهم في ايجاب الضمان بذا ما قالوه ولقائل ان يقول لا نسلم ان ولاية المحاجة ثابتة لان الدليل الدال على ترك المحاجة اهل الذمة دال على ترك المجتهدين بالطريق الاولى على ما قررتم والجواب ان الدليل هو قوله عليه السلام اتركوهم وما يدينون وكان ذلك بعقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين الى هنا لفظ العناية واعترض بعض الفضلاء على الجواب المذكور في الآخر حيث قال فيه بحث فان القاضي ينفذ ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه انتهى اقول بذا يسقط جوابا واردا فلان القاضي انما ينفذ ما حكم به قاض آخر اذا لم يكن ما حكم به مما يخالف الكتاب والسنة المشهورة والاجماع واما اذا كان ما حكم به مما يخالف شيئا من ذلك فلا يصح ان ينفذه القاضي اصلا كما صرحوا بذلك كله في كتاب القضاء ومسلم ايضا ما يخالف الكتاب بالحكم بمحل متروك التسمية عامدا فانه مخالف لقوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه والكلام ههنا في متروك التسمية عامدا فكيف يتصور فيه التنفيذ ولئن سلمنا فان حاصل الجواب المذكور ان علة الامر بالترك في قوله عليه الصلاة والسلام اتركوهم وما يدينون هي عقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين فلا يتصور الحاق المجتهدين بهم الا بالقياس ولا يخفى ان هذا يدفع السؤال بان الدليل الدال على ترك المحاجة مع اهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الاولى وان صدر تنفيذ القاضي ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه لا يتوجه في دفع الجواب المذكور السؤال المزبور بل هو كلام آخر معلوم وجهه في محله قوله ولو هلك في يده لا يضمن بالاجماع قال صاحب العناية والجمع عليه لا يحتاج الى دليل لان دليله الاجماع فلهذا لم يذكره المصنف رح انتهى اقول ليس هذا بسديد لان الذي لا يحتاج الى دليل ما اجمع عليه الامة بالاجماع الذي هو احد الادلة الاربعة الشرعية فان الاجماع عليه بالمعنى المذكور يكفي دليلا عليه والظاهر ان مراد المصنف رح بالاجماع ههنا هو اجماع ائمتنا الثلاثة الذين وقع الخلاف بين اعظمهم وبين صاحبيه فيما ذكر آنفا من مسئلة الاستهلاك لا اجماع الامة الذي هو من الادلة لان هذا الاجماع انما يتحقق باتفاق جميع المجتهدين الموجودين في عصر من امة محمد صلى الله عليه وسلم على حكم شرعي وهو غير ثابت فيما نحن فيه كيف وقد قال في معراج الدراية ههنا وعند الائمة الثلاثة يعني مالكا والشافعي رح واحمد رح لو تخللت الخمر بنفسها او هلكت في يد الغاصب يضمن واما اذا تخللت بفعل الغاصب لا يضمن وفي الجلد المدبوغ على قول لا يلزمه رده لا يضمن وفي قول وجب رده يضمن انتهى فظهر منه ان مخالفة هؤلاء الائمة الثلاثة لائمتنا في بعض صور الهلاك فيما نحن فيه مع ان مالكا من معاصري ابي حنيفة رح والشافعي رح من معاصري محمد رح فلم يتحقق اجماع الامة في زمنهم على عدم الضمان في بعض صور هذه المسئلة قطعا ولم ينقل اجماع امة اخرى من قبل فلم يكن حمل الاجماع المذكور على اجماع الامة كما لا يخفى وقال صاحب النهاية ههنا ولم يذكر الدليل لقوله ولو هلك في يده لا يضمن بالاجماع لان دليله ظاهر وهو انه لو ضمن لا يخلو اما ان يضمن قيمته يوم الغصب او يوم الهلاك ولا وجه لضمان قيمته يوم الغصب لانه لم يكن لكل واحد من الخمر وجلد الميتة قيمة يوم الغصب ولا وجه لضمان قيمته يوم الهلاك ايضا لانه لم يوجد منه فعل في هلاكه والضمان لا يجب الا بفعل موصوف بالتعدي انتهى كلامه اقول ظهور هذا الدليل المفصل الدائر على التردد غير مسلم ولو سلم فكونه اظهر من سائر الادلة التي ذكرها لسائر المسائل سيما دليل وجوب الضمان

كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه وكانه واجب رد زيادته عليه يخلفه قيمته كما في المستعار وبهذا فارق اهلاك الثوب
وقولهما يعني ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف العصر اما عند تحاده يطرح عنه ذلك القدر ويرد جلده الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم الرد عليه وله
ان القوم حصل بصنع الغاصب وصنعته متقومة لاستهلاكه مالا متقوما فيه وهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان حقه في الجلد تبعا
لانه في حق القوم اصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فلا التحاق كما اذا هلك من غير صنعة بخلاف وجوب الرد حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد
له في حق القوم اصل والصنعة في حق الملك لشبوته قبلها وان لم يكن متقوما بخلاف الذكي والثوب لان القوم فيما كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة
غير تابع للصنعة

في استهلاك الخل ممنوع ولو سلم فليس من دأب المصنف رح ترك ذكر الدليل بالكلية في شيء من المسائل ثم القول لعل وجه عدم ذكر المصنف رح دليل هذه المسئلة
ههنا انفهامه مما ذكر في دليل مسئلة الاستهلاك يرشدك اليه قطعا قوله في اثنائه دليل وبهذا فارق الهلاك بقي شيء يعتبر ترشد قوله كما اذا غصب ثوبا فصبغه
ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه قال صاحب العناية فيه نظر لان نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه انتهى
اقول في هذا النظر ما قد علمت جدا اذ لا نسلم اولا ان نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان فان نفس الغصب انما يوجب رد العين على ما عرف في صدر كتاب
الغصب وانما يجب ضمان المثل او القيمة بالهلاك او الاستهلاك ولئن سلم ذلك فكون نفس الغصب سببا للضمان لا ينافي كون الاستهلاك
ايضا سببا له ومقصود المصنف رح قياس المتنازع فيه على تلك الصورة في كون التعدي بالاستهلاك سببا للضمان المتعدي ما استهلكه و
اعطاء المالك ما زاده الصنعة وهذا المعنى مشترك بين المقيس والمقيس عليه غاية الامر ان في جانب المقيس عليه سببا آخر للضمان وهذا لا ينافي صحة
القياس عليه في السبب المشترك وقد اشار اليه صاحب النهاية حيث قال في حل هذا المحل ان الاستهلاك جناية موجبة للضمان في محل هو مال متقوم
وقد وجد ذلك لما بقي الجلد على ملك صاحبه بعد ما صار مالا متقوما كما في الثوب الا ان هناك السبب الاول وهو الغصب موجب للضمان ايضا فلا يتضمنه
اي السببين شاء وههنا السبب الاول وهو الغصب غير موجب للضمان فتعين التضمين بالسبب الثاني فكان هو في هذا السبب كغيره ولو استهلك
غيره كان للمغصوب منه ان يضمن المستهلك ويعطي الغاصب ما زاد الدباغ فيه الى هنا كلامه قوله ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا
هلك من غير صنعة قال صاحب العناية في شرح قوله كما اذا هلك من غير صنعة فان عدم الضمان هناك باعتبار ان الاصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك
الجلد والا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك انتهى كلامه وافقني اثره الشارح العيني اقول فيه نظر اذ لا شك ان عدم الضمان في صورة
الهلاك من غير صنعة لا يجب ان يكون باعتبار ان الاصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد كما يقتضيه قول الشارحين المزبورين والا فالغصب
موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك بل الظاهر ان عدم الضمان هناك باعتبار عدم تحقق فعل موصوف بالتعدي هناك كما تحقق في صورة الاستهلاك
على ما اشار اليه صاحب النهاية وصاحب العناية ايضا في تعليل تلك المسئلة فيما مر وكون الغصب موجبا للضمان في كل من صورتي الهلاك و
الاستهلاك انما هو عند تحقق الغصب الشرعي وفيما نحن فيه لم يتحقق ذلك لان كون الماخوذ مالا متقوما معتبر في حقيقة الغصب الشرعي كما تقرر في صدر الكتاب
وجلد الميتة ليس بمال متقوم قبل الدباغ قطعا وانما يصير متقوما بالدباغ وكلامنا فيما اذا غصب جلد الميتة فدبغه فحين الاخذ لم يتحقق الغصب الشرعي الموجب
للضمان فيما نحن فيه بلا ريب ويؤيد ما قلنا ان الخمر المتخللة بنفسها ايضا غير مضمونة في صورة الهلاك بالاجماع كما مر وليس فيها صنعة متقومة بسببها تقوم بها فالكل
خمر صورة الغصب وهي الاخذ جبرا بدون تحقق الغصب الشرعي موجبا للضمان في الهلاك والاستهلاك او كان مجرد حصول التقويم للماخوذ بعد الاخذ كما قلنا
في تحقق الغصب الشرعي لوجب الضمان في صورة هلاك الخمر المتخللة بنفسها في يد الاخذ جبرا مع انه خلاف ما عليه الاجماع ثم اقول لما ظهر ما بيناه ان كون
مراد المصنف رح بقوله كما اذا هلك من غير صنعة ما ذكره الشارحان المزبوران مما لا يليق بقدره الجليل وان كان في ظاهر لفظه مساعدة لذلك كان حقا
علينا ان نحمل كلامه على خلاف ذلك فنقول يجوز ان يكون مراده بقوله كما اذا هلك من غير صنعة هو التشبيه والتنظير في مجرد عدم وجوب الضمان وان كان
السبب مختلفا في الصورتين ويجوز ان يكون مراده بقوله المذكور هو القياس على تلك الصورة في خصوص السبب وهو كون الاصل الذي هو الصنعة
غير مضمون فكذا التابع لكن من حيث جواز ان يكون هذا السبب سببا ايضا في صورة هلاك المدبوغ في يده من غير صنعة لا من حيث وجوب ان يكون هذا

ذا السبب هو السبب في تلك الصورة كما يقتضيه قولهما والا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك فانه اذا لم يجب ان يكون هذا السبب هو السبب لعدم الضمان في صورة الهلاك بل جاز ان يكون له فيها سبب آخر وهو عدم تحقق فعل موصوف بالتعدي كما مر بيانه لم يجب الضمان بذلك بانتفاء هذا السبب لان انتفاء احد السببين المستقلين لا يوجب انتفاء المسبب فيلزم وان لا يصح قولهما والا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك تامل تقف قوله ولو كان

قائما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة قال الشراح في تفسير قوله قيل ليس له ذلك على سبيل الاطلاق والتعميم وهو يقتضي هذا التفسير مقابلة لقوله وقيل ليس له ذلك اعتمادا على ما سيجيء من الخلاف في هذه المسألة وهو كما ترى لا يخفى اقول تعليل هذا القول بقوله لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة مشكل عندي فانه لا يتمشى على اصل الامامين اذ قد مر ان اصلهما ان الجلد باق على ملك المالك وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه والتعليل المذكور ههنا صريح في خلاف ذلك كما ترى لا يقال المراد ههنا ان الجلد لا قيمة له وقت الغصب بخلاف الثوب فان له قيمة ويقيد والمراد ما مر ان الجلد مال متقوم بعد الدباغ فصار كالثوب ابتداء فلا مناقاة لانا نقول الكلام فيما اذا اراد المالك ان يتركه على الغاصب ويضمنه قيمته بعد ان صار مالا متقوما بالدباغ كما اشار اليه المصنف رح بقوله في هذا الوجه فلا وجه لتعليل ما قيل ليس له ذلك بالاختلاف بان الجلد لا قيمة له وقت الغصب بخلاف الثوب فان عدم تقوم جلد الميتة وقت الغصب لا ينافي عندهما كونه مضمونا على الغاصب بعد ان صار مالا متقوما بالدباغ ولهذا يجب على الضمان عندهما باستهلاك في هذه الصورة بناء على كونه مالا متقوما بالدباغ باقيا على ملك المالك كما مر على انه لو كان المراد ههنا ان الجلد لا قيمة له وقت الغصب يقال المصنف رح بخلاف الثوب دون ان يقول بخلاف الصبغ الثوب لان الصبغ في الثوب يزاد الدباغ في الجلد تامل قوله لانه اذا تركه فما يضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على هذا الخلاف على ما بيناه قال صاحب العناية فيه نظر لان العجز في الاستهلاك لما مر من جهة الغاصب وفيما تركه وضمنه القيمة من جهة المالك ولا يلزم من جواز التضمين في صورة تعدي فيها الغاصب جوازه فيما ليس كذلك انتهى اقول يمكن ان يجاب عن هذا النظر بان العجز في الاستهلاك لما كان الامر من جهة الغاصب لذلك العجز فيما تركه المالك على الغاصب وضمنه القيمة كان الامر من جهة الغاصب فان المالك انما تركه عامدا وضمنه القيمة بسبب ان الغاصب فوت عليه بالقيمة فوجب على المالك على تقدير اخذه اعطاء ما يقابل ذلك الزائد وهو لا يقدر على اعطائه ولا يخفى ان ذلك لا يكون سببا لعجز الغاصب عن رده فتامل نفسه الا يرى انه لو رده بعينه بالا قيمة له وكان هو للمالك بلا شيء كما سيجيء لم يكن للمالك تركه عليه ويضمنه القيمة عند احد اصلا قوله ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ يعني اختلفت المشايخ في كيفية التضمين على قولهما فقال بعضهم يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في صورة الاستهلاك وقال بعضهم يضمنه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ كذا في الذخيرة وهو اقول ثمرة هذا الاختلاف غير ظاهرة عندي فان قيمة جلد مدبوغ بعد ان يطرح عنها قدر ما زاد الدباغ فيه هي قيمة جلد ذكي غير مدبوغ بعينها اذ قال المصنف رح فيما مر في بيان اخذ الجلد واعطاء ما زاد الدباغ فيه انه ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن ما بينهما وذلك صريح في ان الباقي من قيمة جلد مدبوغ بعد اعطاء ما زاد الدباغ فيه هو قيمة جلد ذكي بعينها فما فائدة الاختلاف المذكور المال والله تعالى اعلم وعلمه احكم

قد تم التكملة للمجلد الثالث من فتح القدير الشهير بنتائج الافكار ويتلوه التكملة للمجلد الرابع بمشيئة الله العزيز القدير

فهرس المجلد الرابع من نتائج الأفكار تكملة فتح القدير

صفحه	مطلب
۲	کتاب الشفعة۔
۱۰	باب طلب الشفعة والخصومة فیها۔
۱۳	فصل فی الاختلاف۔
۱۴	فصل فیما یوجب الشفوع۔
۱۶	فصل
۱۹	باب ما تجب فیه الشفعة وما لا تجب۔
۱۲	باب ما تبطل به الشفعة۔
۲۶	فصل
″	مسائل متفرقة۔
۲۷	کتاب القسمة۔
۳۲	فصل فیما یقسم وما لا یقسم۔
۳۳	فصل فی کیفیة القسمة۔
۳۶	باب دعوی الغلط فی القسمة والاستحقاق فیها
۳۸	فصل
۴۰	فصل فی المهایاة۔
۴۴	کتاب المزارعة۔
۵۰	کتاب المساقاة۔
۵۳	کتاب الذبائح۔
۵۹	فصل فیما یحل اکله وما لا یحل۔
۶۱	کتاب الاضحیة۔
۷۰	کتاب الکراهیة۔
″	فصل فی الاکل والشرب۔
۸۱	فصل فی اللبس۔
۸۵	فصل فی الوطی والنظر والمس۔
۹۵	فصل فی الاستبراء وغیره۔
۱۰۵	فصل فی البیع۔
۱۱۱	مسائل متفرقة۔
۱۱۴	کتاب احیاء الموات۔
۱۱۹	فصول فی مسائل الشرب۔
″	فصل فی المیاه۔
۱۲۰	فصل فی کری الانهار۔
۱۲۰	فصل فی الدعوی والاختلاف فی التصرف فیه
۱۲۲	کتاب الاشربة۔
۱۲۵	فصل فی طبخ العصیر۔
۱۳۶	کتاب الصید۔
۱۳۷	فصل فی الجوارح۔
۱۴۴	فصل فی الرمی۔
۱۴۶	کتاب الرهن۔
۱۵۳	باب ما یجوز ارتهانه والارتهان به وما لا یجوز۔
۱۵۸	فصل
۱۵۹	باب الرهن الذی یوضع علی ید العدل۔
۱۶۱	باب التصرف فی الرهن والجنایة علیه وجنایته علی غیره۔
۱۶۶	فصل
۱۶۸	کتاب الجنایات۔
۱۷۵	باب ما یوجب القصاص وما لا یوجبه۔
۱۸۵	فصل
۱۸۶	باب القصاص فیما دون النفس۔
۱۹۸	فصل
۱۹۳	فصل
۱۹۸	باب الشهادة۔
۲۰۱	باب فی اختلاف حالة القتل۔
۲۰۲	کتاب الدیات۔
۲۰۶	فصل فی ما دون النفس۔
۲۰۷	فصل فی الشجاج۔
۲۰۹	فصل
۲۱۴	فصل فی الجنین۔
۲۱۷	باب ما یحدثه الرجل فی الطریق۔
۲۲۴	فصل فی الحائط المائل۔
″	باب جنایة البهیمة والجنایة علیها۔
۲۲۹	باب جنایة المملوک وجنایة علیه۔
۲۳۴	فصل
۲۳۸	فصل فی جنایة المدبر وام الولد۔
۲۳۹	باب غصب العبد والمدبر والبهیمة والجنایة فی ذلک
۲۴۱	باب القسامة۔
۲۵۱	کتاب المعاقل۔
۲۵۹	کتاب الوصایا۔
۲۶۰	باب فی صفة الوصیة ما یجوز من ذلک وما یستحب منه وما یکون جورا عنه۔
۲۷۷	باب الوصیة بثلث المال۔
۲۸۵	فصل فی اعتبار حالة الوصیة۔
۲۸۶	باب العتق فی مرض الموت۔
۲۸۹	فصل
۲۹۱	باب الوصیة للاقارب وغیرهم۔
۲۹۵	باب الوصیة بالسکنی والخدمة والثمرة۔
۲۹۷	باب وصیة الذمی۔
۲۹۹	باب الوصی وما یملکه۔
۳۰۴	فصل فی الشهادة۔
۳۰۶	کتاب الخنثی۔
″	فصل فی بیانه۔
۳۰۷	فصل فی احکامه۔
۳۰۹	مسائل شتی۔
۳۱۲	خاتمة الجمیع۔

فہرست کتب دینیہ سنت وجماعت موجودہ مطبع

بحمدہ ونصلی برخواطر وریاقاطر ارباب الباب مخفی مباد کہ فہرست کتب موجودہ کارخانہ اوده اخبار اگرچہ بذریعہ فہرستہای جداگانہ پیوستہ اشتہاری بذیرد مگر مناسب وقت چنین می نماید کہ اسامی بعضی کتب دینیہ سنت وجماعت از فقہ واصول وتفسیر وکلام وحدیث کہ مناسبت تام باین کتاب داشتہ باشد بنابر اطلاع علما وفضلا وشائقین وماہرین این علوم کہ اطلاع موجود بودن شان از ذریعہ رفیعہ باشد نقل نموده میشود وآن اینست

کتب فقہ عربی و اصول فقہ

فتاوای عالمگیری تمام وکمال
شرح الیاس شرح مختصر الوقایہ
ہدایہ شریف کامل مع ترجمہ فارسی
ہدیۃ المختار شرح رسالہ عضدیہ
احیاء العلوم عربی ہر چہار جلد
مختصر الوقایہ
جامع الرموز
شرح وقایہ محشی بحواشی مختلفہ
شرح وقایہ مع حلبی
فتاوای کنز الدقائق عربی
فرائض شریف شرح سراجیہ
نور الانوار مع قمر الاقمار
مجموعہ تنقیح وتوضیح
وتلویح وحلبی
شرح الاسلام حاشیہ تلویح
بلاخسرو حاشیہ تلویح
کفایہ حاشیہ ہدایہ مع ہدایہ محشی بحواشی مختلفہ
عینی شرح ہدایہ تمام وکامل

کتب فقہ فارسی و اردو

ترجمہ اردو درمختار ہر چہار جلد
حقیقۃ الصلوۃ
سبیل الجنان
فتاوای برہنہ تمام وکامل
مالابد منہ فارسی
کشف الحاجات یعنی مالابد اردو
مذاق العارفین ترجمہ احیاء العلوم کامل
شرح وقایہ فارسی
نور الہدایہ ترجمہ اردو شرح وقایہ
ترجمہ اردو وکنز الدقائق
حجج الحج مسمی بغایۃ المقصود
فتاوی المیراث
رسالہ فرائض
مسالک المتقین
عمدۃ البضاعت فی مسائل الرضاعت
مذکرۃ الحجیہ
احکام العیدین
موضح الحق
ہزار مسئلہ
شرع محمدی
رسالہ کلید باب الحج
سراج السالکین
فضائل المشہور والایام
حیرت الفقہ
ضمان الفردوس

کتب تفسیر ومثل آن

تفسیر کشاف
خلاصۃ الکشاف
بیضاوی شریف
تفسیر اتقان
تفسیر جلیل القدر سراج المنیر
بالین حاشیہ جلالین
جواہر القرآن مترجم
مجموعہ زینت القاری
تفسیر سورہ یوسف منظوم
تفسیر زاد الآخرت
تفسیر حسینی تمام وکامل
تفسیر سورہ فاتحہ
رموز القرآن
فضائل القرآن
تفسیر القلندر فی تحریر الانور
میزان الفرقان

کتب احادیث واوراد

قسطلانی شریف شرح صحیح بخاری شریف کامل
صحیح مسلم مع نووی شریف
شرح حصن حصین
مجربات دیربی
شرح سفر السعادت
تعبیر الرویا
تحفۃ الاخیار ترجمہ مشارق الانوار
سنن ابی داؤد
اوراد نقشبندی
سید الاوراد
ترجمہ مجربات دیربی
ترجمہ تعبیر الرویا مسمی بتاویل المنام
مصباح الہدایت ترجمہ عوارف المعارف
کیمیای سعادت
اکسیر ہدایت ترجمہ کیمیای سعادت
شرح مثنوی شریف تصنیف مولانا
بحر العلوم رح
انوار محمدی
تحقیق الانساب

تمت

إن الله على كل شيء قدير

قد طبع الكتاب الكاشف للاسرار الجلد الرابع من الهداية الذي نيرري بزهوها على الانوار الرسعية الكاشف
لمعضلات الهداية الحاوي لمسائل الفقه الحنفية المستجمع لحقائق الرواية والمستكمل لدقائق الدراية

التصحيح

منهاج الأبرار

مكملة

مفتاح الغفار

مع الهداية

للعلامة المحرر الهمام العلما سيد الفقها عالم بلاد الروم وقاضي عسكرها ومفتيها مولانا زين الملة والدين الاسعدي
الافندي الي قاضي زاده سكنه الله بحبوحة دار السلام بتصحيح حميد العصر فريد الدهر مولوي محمد عظيم حسين الزيرا آبادي حفظه الله ذو الاياد

في المطبع الممتاز مطابع الدار المغربي مشى وقع في مصر

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الشفعة

الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشاة الى عقار الشفيع قال الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وأفاد الترتيب

كتاب الشفعة وجه مناسبته الشفعة بالغصب تملك الانسان مال غيره بلا رضاه في كل منهما والحق تقديمها عليهما لكونها مشروعة دونه لكن نحن نرجح الحاجة الى معرفته للاحتراز عنه مع كثرته بكثرة اسبابه من الاستحقاق في البياعات والاشربة والاجارات والشركات والمزارعات اوجب تقديمه كذا في العناية وكثير من الشروح اقول لا يذهب عليك ان الوجوه الموجبة لترتيب الكتب السالفة على النمط المتقدم كما مر بيانها قد سافت وذكر كتاب الشفعة الى ههنا فلا حاجة الى الاعتذار عن تقديم الغصب على الشفعة بقوله لكن توفر الحاجة الى معرفته الخ بل لا وجه لقوله والحق تقديمها عليه عند ملاحظة تلك الوجوه الموجبة لترتيب الكتب السالفة على النمط المتقدم كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة قال بعض الفضلاء بعد ان تنبه لبعض ما قلناه ثم يمكن ان يقال في وجه التقديم ان الغصب يعم العقار والمنقول بخلاف الشفعة والاعم يستحق التقديم انتهى اقول ليس هذا بسديد اذ الغصب لا يعم العقار عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله بل الغصب عندهما انما يتصور في المنقول دون العقار كما مر في اوائل كتاب الغصب مفصلا ومشروحا فافهم تتأتى عموم الغصب العقار والمنقول على اصل محمد والشافعي رحمهما الله كما مر ايضا ثمة ولا وجه لبناء وجه التقديم على خلاف ما ذهب اليه امامنا الاعظم وامامنا الثاني اذ لو كفى مجرد كون العموم محل اجتهاد مجتهد لم يتم قوله بخلاف الشفعة فان الشفعة ايضا تعم العقار والمنقول عند مالك فانها واجبة في السفن ايضا عنده على ما صرح به وسيأتي في الكتاب فثبت ان من محاسن الشفعة دفع ضرر الجوار وهو مادة النضار قال الله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج وقال النبي صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام ولا شك لاحد في حسن دفع ضرر التأذي بسبب سوء المجاورة على الدوام وقد جاء في تفسير قوله تعالى لأعذبه عذابا شديدا اي لأزمنه صنعة الاضداد كذا في النهاية ومعراج الدراية ثم ان الشفعة في اللغة ماخوذة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتري الى ملك الشفيع ومنه شفاعة رسول الله صلى الله عليه وسلم للمذنبين لانه يضمهم بها الى الفائزين وفي الشريعة هي تملك البقعة جبرا على المشتري بما قام عليه كذا في عامة الشروح والمتون الا انه وقع في بعضها يملك العقار بدل تملك البقعة وصرح في بعض الشروح بزيادة قيد في آخر التعريف وهو قوله بشركة او جوار وترك ذكره في الاكثر بناء على ظهوره اقول في الكل اشكال وهو انه ان كانت حقيقة الشفعة في الشريعة

اما الثبوت فلقوله عليه السلام الشفعة بشريك لم يقاسم

بقي التملك اذ لم يكن في عامة الكتب بيانه ان الصحيح ما تقرر عندهم ويجيء في الكتاب من ان الشفعة يجب ان يثبت بعقد البيع ويستقر بالاشهاد ويملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم بها حاكم لان ذلك صريح في ان تحقق التملك في الشفعة عند اخذ البقعة المشفوعة بالتراضي او قضاء القاضي فان كانت حقيقة الشفعة في الشريعة نفس ذلك التملك لزم ان لا يكون لقولهم الشفعة تثبت بعقد البيع ويستقر بالاشهاد صحة اذ الثبوت والاستقرار لا يتصوران بدون التحقيق وحين عقد البيع والاشهاد ولم يوجد الاخذ بالتراضي ولا قضاء والقاضي لامحالة فلم يوجد التملك ايضا فعلى تقدير ان يكون الشفعة نفس ذلك التملك كيف يتصور ثبوتها بعقد البيع واستقرارها بالاشهاد وايضا قد صرحوا بان حكم الشفعة جواز طلب الشفعة وثبوت الملك بالقضاء او الرضا فلو كانت الشفعة نفس التملك لما صح شيء من جواز طلب الشفعة وثبوت الملك بان يكون حكما للشفعة اما الاول فلانه لا شك ان المقصود من طلب الشفعة انما هو الوصول الى تملك البقعة المشفوعة وعند حصول تملكها الذي هو الشفعة على الفرض المذكور لا يبقى محال حتى طلب الشفعة ضرورة بطلان طلب الحاصل وحكم الشيء يقارن ذلك الشيء او يعقبه ولا يتقدم عليه فلم لا يصح جواز طلب الشفعة لان يكون حكما للشفعة على تقدير ان تكون الشفعة نفس التملك واما الثاني فلان ثبوت الملك هو نوع التملك في المعنى وحكم الشيء ما يغايره ويترتب عليه فلم لا يصح ثبوت الملك ايضا بان يكون حكما للشفعة على تقدير كون الشفعة نفس التملك فالاظهر عندي في تعريف الشفعة في الشريعة ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال ثم الشفعة عبارة عن حق التملك في العقار لدفع ضرر الجوار انتهى فانه اذا كانت حقيقة الشفعة في الشريعة مجرد حق التملك دون حقيقة التملك يندفع الاشكال الذي ذكره بخلافه ليظهر ذلك بالتامل الصادق ولعل مراد عامة العلماء ايضا ذلك ولكنهم تسامحوا في العبارة ثم ان سبب الشفعة عند عامة المشائخ اتصال تلك الشفيع بملك البائع لان الشفعة انما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الاصل وهو ضرر سوء المعاملة والمعاشرة وانما يتحقق هذا الضرر عند اتصال ملك الشفيع بالمبيع وكان الخصاف رحمه الله يقول الشفعة تجب بالبيع ثم تجب بالطلب فهو اشارة منه الى ان كليهما سبب على التعاقب وانه غير صحيح لان الشفعة اذا وجبت بالبيع لا يتصور وجوبها ثانيا بالطلب وذكر شيخ الاسلام رحمه الله ان الشركة مع البيع علة لوجوب الشفعة لان حق الشفعة لا يثبت الا بهما قال ولا يجوز ان يقال بان الشركة شرط والشركة علة وسبب فان الشفيع لو سلم الشفعة قبل البيع لا يصح ولو سلم بعد البيع يصح ولو كان سبب وجوب الشفعة الشركة وحدها لصح التسليم قبل البيع لانه حصل بعد وجود سبب الوجوب الا يرى ان الابراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب جائز ولما لم يصح تسليم الشفعة قبل البيع عرفنا ان الشركة وحدها ليست بعلة والحاصل ان استحقاق الشفعة بالشركة عند البيع او بالشركة والبيع وتاكدها بالطلب وثبوت الملك في الشفعة المشفوعة بالقضاء او الرضا كذا في الذخيرة وذكره صاحب النهاية مغريا الى المبسوط والذخيرة والتحفة وغيرها اقول يجوز ان يكون مراد الخصاف بقوله الشفعة تجب بالبيع ثم تجب بالطلب انها تجب بالبيع ثم يتاكد وجوبها ويستقر بالطلب فتؤول الى ما ذكره غيره من القول الصحيح المختار ويكون معنى قوله ثم تجب بالطلب نظير ما ذكره المفسرون في قوله تعالى اهدنا الصراط المستقيم من ان معناه ثبتنا على هدى الصراط المستقيم لكون نفس الهدى متحققة قبل الطلب ولعل نظائر هذا في كلام البلغاء اكثر من ان تحصى والعجب ان عامة ثقات المشائخ حملوا كلام ذلك العالم الذي له يد طولى في الفقه الذي هو بين البطلان ولم يحملوه احد على المعنى الصحيح مع كونه على طرف التمام قوله اما الثبوت فلقوله عليه الصلوة والسلام الشفعة لشريك لم يقاسم اقول لقائل ان يقول هذا الحديث وان دل على بعض المدعى وهو ثبوت حق الشفعة للشريك الا انه ينفي بعضه الاخر وهو ثبوته لغير الشريك ايضا كالجار الملاصق لان اللام في الشفعة المذكورة للجنس لعدم العهد وتعريف المسند اليه باللام الجنس بعد قصر المسند اليه على المسند كما تقرر في علم الادب

ولقولہ علیہ السلام جار الدار احق بالدار والارض ینتظرلہ وان کان غائبا اذا کان طریقھما واحدا ولقولہ علیہ السلام الجار احق بسقبہ قیل یارسول اللہ ماسقبہ قال شفعتہ ویروی الجار احق بشفعتہ وقال الشافعی رحہ لا شفعۃ بالجوار لقولہ علیہ السلام الشفعۃ فیما لم یقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعۃ ولان حق الشفعۃ معدول بہ عن سنن القیاس لما فیہ من تملک المال علی الغیر من غیر رضاہ

ومثل بنحو قولہ علیہ السلام الائمۃ من قریش وسیما وقد اوخل علی المسند ہہنا لام الاختصاص کما تری وکان عریقا فی افادۃ القصر کما فی الحمد للہ علی ماقالوا فانتفی اقتضاء حق الشفعۃ من غیر الشریک وہو مذہب الشافعی فلیتامل فی الجواب قال صاحب العنایۃ بعد ذکر الحدیث المذبور ای تثبت الشفعۃ للشریک اذا کانت الدار مشترکۃ فباع احد الشریکین نصیبہ قبل القسمۃ اما اذا باع بعدہا فلم یبق الشریک الآخر الا فی المدخل ولا فی نفس الدار فحینئذ لا شفعۃ انتہی واعترض بعض الفضلاء علی قولہ اما اذا باع بعدہا الخ بوجہ حیث قال ہذا قول یفہم الصفۃ ونحن لا نقول بہ الا ان یقال التقصیر بدلالۃ اللام الاختصاصیۃ انتہی اقول کل من اعترضہ وتوجیہہ ساقط اما الاول فلان قول صاحب العنایۃ واما اذا باع بعدہا الخ لیس مدخل فی تفسیر معنی الحدیث المذبور حتی یتجہ علیہ ان یقال ہذا قولہ بمفہوم الصفۃ ونحن لا نقول بہ بل ہو کلام تفسد ذکرہ بطریق الاستطراد وبیانا للواقع واما الثانی فلانہ لو کانت اللام الاختصاصیۃ مدارا للتخصیص بمعنی القصر لزم ان یدل الحدیث المذکور علی عدم ثبوت حق الشفعۃ للجار الملاصق ایضا لکونہ غیر شریک لم یقاسم فیلزم ان یکون حجۃ علینا لا لنا قولہ ولقولہ علیہ السلام جار الدار احق بالدار والارض ینتظرلہ وان کان غائبا اذا کان طریقھما واحدا ای جار الدار احق بالدار وجار الارض احق بالارض قولہ ینتظرلہ وان کان غائبا ای الشفیع یکون علی شفعتہ وان غاب اذ لا تاثیر للغیبۃ فی ابطال حق تقرر سببہ کذا قال تاج الشریعۃ ویقرب منہ قول صاحب العنایۃ یعنی یکون علی شفعتہ مدۃ غیبتہ اذ لا تاثیر للغیبۃ فی ابطال حق تقرر سببہ انتہی قال فی النہایۃ وفی روایۃ الاسرار ینتظر بہا اذا کان غائبا ثم قال فی الاسرار فان قیل المراد بہ احق بہا عرضا علیہ للبیع الایری انہ قید بالانتظار اذا کان غائبا قلنا ان النبی صلی اللہ علیہ وسلم جعلہ احق بالاطلاق فیکون احق بہا قبل البیع وبعدہ وقولہ ینتظر تفسیر لبعض ما شملہ کلمۃ احق ولان ما روی عن عمرو بن الشرید عن ابیہ عن النبی صلی اللہ علیہ وسلم انہ سئل عن ارض بیعت لیس لاحد فیہا شرک ولا نصیب فقال الجار احق بشفعتہ فہذا یبطل ذلک التاویل انتہی وقال بعض الفضلاء علی قولہ وان کان غائبا مقتضی کلمۃ ان الوصلیۃ انہ اذا لم یکن غائبا ینتظرلہ بالطریق الاولی ففی کلامہ بحث تاملہ انتہی اقول المذکور فی کثیر من نسخ الہدایۃ ان کان غائبا بدون الواو والذی ذکر فی حاشیۃ ذلک التامل ایضا تلک النسخۃ فحینئذ لا یظہر کون کلمۃ ان وصلیۃ بل المتبادر ان یکون شرطیۃ ویویدہ روایۃ الاسرار حیث وقع فیہا اذا کان غائبا فعلی ہذا لا یتوہم ان یکون المعنی اذا لم یکن غائبا ینتظرلہ بالطریق الاولی واما علی الروایۃ بالواو وہی الاکثر وقوعا فی الشروح فلا محذور فیہا ایضا لان معنی قولہ ینتظرلہ وان کان غائبا علی ما بینوا انہ یکون علی شفعتہ وان غاب ولا شک انہ کان علی شفعتہ حال غیبتہ فلان یکون علی شفعتہ حال حضورہ اولی بالطریق وان ترک الانتظار علی معناہ الاصلی وہو التوقف فی مسئلۃ وکان المعنی ینتظرلہ الا ان یجئ فیفرغ من شفعتہ تحققت الاولویۃ ایضا فیہا اذا لم یکن غائبا لانہ اذا وجب الانتظار لہ الی ان یجئ ویفرغ من شفعتہ مع بعد زمان الانتظار فلان یجب الانتظار الی فراغہ من شفعتہ عند حضورہ ولی الحصول الانفصال بینہما فی زمان قلیل تامل تفہم قولہ وقال الشافعی رح لا شفعۃ للجوار لقولہ علیہ السلام الشفعۃ فیما لم یقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعۃ قال صاحب العنایۃ وجہ الاستدلال ان اللام للجنس کقولہ علیہ السلام الائمۃ من قریش فینحصر الشفعۃ فیما لم یقسم یعنی اذا کان قابلا للقسمۃ واما اذا لم یکن فلا شفعۃ فیہ عنده وانہ قال اذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعۃ وفیہ دلالۃ ظاہرۃ علی عدم الشفعۃ فی المقسوم والشریک فی حق البیع والجار حق کل منہما مقسوم فلا شفعۃ فیہ الی ہنا کلامہ اقول فی تقریرہ نوع خلل لان قولہ والشریک فی حق البیع والجار حق کل منہما مقسوم یناقض اولہ وآخرہ فان معنی الشریک فی حق البیع من لم یکن حقہ مقسوما بل کان حق البیع مشاعا بینہ وبین الآخر وقد حکم علیہ بکون حقہ مقسوما وذلک تناقض لا یخفی وقصد بعض الفضلاء رفع ذلک حیث قال

وقد ورد الشرع بيد فما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع قلنا ما بينا
ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تابيد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة
بالمال اعتبارا بمورد الشرع وهذا لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه
لدفع ضرر الجوار اذ هو مادة الفساد على ما عرف وقطع هذه المادة بتلك الاصيل اولى

فان قيل كيف يكون حق الشركاء في حق المبيع مقسوما قلنا مراده حق كل منهما من الملك انتهى اقول فحينئذ مجمل تفريع قوله فالشفعة فيه على قوله والشريك في
حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم لا يلزم من كون حق كل منهما من الملك فقط مقسوما ان لا يثبت فيه شفعة على مقتضى دلالة قوله فاذا وقعت الحدود
وصرفت الطرق فالشفعة فان دلالته على عدم الشفعة في المقسوم من جهتين معا اي من جهة حق المبيع وهو الطريق كما دل عليه قوله وصرفت الطرق
والاولى في تقرير المقام ان يقال وانه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فالشفعة وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم من جهة
وقوع الحدود ومن جهة صرف الطريق والجار الملاصق حقه مقسوم من تينك الجهتين معا فالشفعة فيه او على هذا التقرير يرتفع الاختلال بالكلية
ويطابق الشرح المشروح فان المصنف قال وقال الشافعي الشفعة بالجوار وذكر الحديث المذكور دليلا عليه ولم يتعرض لغير الجوار نعم طعن
صاحب النهاية في تخصيصه بالجوار بالذكر حيث قال ليس لتخصيص هذا زيادة فايدة لان الشافعي كما لا يقول بالشفعة بالجوار فكذلك لا يقول
بالشفعة بالشركة في الحقوق ايضا وكذلك لا يقول بالشفعة فيما لا يحتمل القسمة كالبئر انتهى ولكن يمكن ان يقال وجه تخصيصه ذلك بالذكر عدم
مساعدة دليل الشافعي لعدم ثبوت الشفعة الا في حق الجار تدبر قوله وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة لازمة
في الاصل دون الفرع فسر صاحب معراج الدراية وصاحب العناية والشارح العيني المشار اليه بهذا في قول المصنف وهذا ليس في معناه
بالجار حيث قالوا وهذا اي الجار وقال صاحب العناية وحده بعد ان قال اي الجار يعني شفعة الدار وسكت غيره ولا يخفى على الشراح عن تفسير هذا هنا
بوفسرها ما تقدم الشرح في قوله دون الفرع بالجار ايضا وفسره صاحب العناية بالمقسوم وتبعه العيني واجبوا على تفسير الاصل بما لم يقسم اقول الحق
الواضح عندي ان المراد بهذا والفرع كلاهما هو المقسوم لا غير لانه لا حاصل لان يقال الجار ليس في معنى ما لم يقسم اذا لم يقل احد بان الجار
في حكم ما لم يقسم وانما قلنا ان المقسوم في حكم ما لم يقسم اذا وجد الاتصال بملك البائع ولا صحت لان يقال الجار فرع لما لم يقسم لان الذي في حكم ما
لم يقسم انما هو المقسوم لا الجار نفسه وهذا مما لا يشتبه به فعامة الشراح خرجوا في تفسير كل من الموضعين عن سنن الصواب واما صاحب العناية فقد اصاب
في تفسير الفرع حيث قال فيه وهو المقسوم ولم يصب في تفسير هذا حيث قال فيه اي الجار الا انه لما اخذ في اثناء هذا التفسير قال بعده يعني شفعة
الجار لكنه ليس بتام ايضا اذ لم يقل احد ايضا بان شفعة الجار في معنى نفس ما لم يقسم الا ان يقدر مضاف اخر في قوله معناه ايضا فيصير المعنى ليس
في معنى شفعة اي شفعة ما لم يقسم لكن لا يخفى انه تحمل بعد تحميل بلا ضرورة داعية الى شيء منهما فالحق ما قلناه قوله ولان ملكه متصل بملك الدخيل
اتصال تابيد وقرار قال تاج الشريعة ذكر التابيد احتراز عن المنقول والسكنى بالعارية وذكر القرار احتراز عن المشتري شراء فاسدا فانه لا قرار له
اذا النقض واجب دفعا للفساد واقتفى اثره صاحب العناية ورد بعض الفضلاء قوله والسكنى بالعارية بعيد قال ليس للمستعير ملك حتى يحترز عنه
انتهى اقول ان لم يكن له ملك من حيث الرقبة فله ملك من حيث المنفعة لان الاعارة تمليك المنافع بلا عوض على ما عرف في كتاب العارية فكان
قوله لان ملكه متصل بملك الدخيل متنا ولا الدار المسكونة بالعارية ايضا فحصل لقوله اتصال تابيد الاحتراز عن مثل ذلك قوله فيثبت له حق الشفعة
عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع قال تاج الشريعة قوله عند وجود المعاوضة بالمال احتراز عن الاجارة والدار الموهوبة والمجعولة
ههنا وقال صاحب العناية وهو احتراز عن الاجارة والمرهونة والمجعولة ههنا انتهى وتبعه الشارح العيني اقول فيه بحث لان المستاجر ان كان له
ملك في الدار المستاجرة من حيث الشفعة لان الاجارة تمليك المنافع بعوض فحينئذ له فيها نوع ملك كما في المستعير على ما مر آنفا الا ان كل منهما خرج بقوله

لان الضرر فى حقه باز عاجه عن خطة آبائه اقوى وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره

اتصال تابيد فيما قيل فما معنى الاحتراز عن الاجارة مرة اخرى بقوله ههنا عند وجود المعاوضة بالمال واما المرتهن فلا ملك له فى الدار المرهونة لا من حيث الرقبة ولا من حيث المنفعة فقد خرج بالملك المذكور من قبل قطعا مع قطع النظر عن قيد التابيد فلا معنى للاحتراز عن الدار المرهونة بالقيد المذكور ههنا اصلا والحق ان هذا القيد للاحتراز عن مثل الدار الموروثة والموهوبة والموصى بها والمجعولة مهرا فان فى كل منها تحقق الملك والتابيد والقرار لكن لا شفعة فيها لعدم تحقق المعاوضة المالية فى شئ منها قوله لان الضرر فى حقه باز عاجه عن خطة آبائه اقوى قال بعض الفضلاء الدليل اخص من المدعى فان الشفيع لا يلزم ان يكون فى خطة آبائه بل قد يكون مالكا بالشرى او الهبة انتهى اقول المعنى المقصود من هذا الدليل ان الضرر فى حقه باز عاجه من خطته الاصلية المتقررة اقوى فيعم ما كان ملكه بالشرى او الهبة الا انه غير عن اصالة خطته وتقررها باضافتها الى آبائه مبالغة فى بيان اصالتها وتقررها وبناء على ما هو الاكثر وقوعا فى العادة فاخصية الدليل المذكور بالنظر الى ظاهر اللفظ دون المعنى المقصود منه فلا محذور فيه قوله وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره هذا جواب عن قول الشافعى لان مؤنة القسمة تلزمه فى الاصل ودون الفرع يعنى ان التعليل بذلك غير صحيح لان مؤنة القسمة امر مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غير مشروع وهو تملك مال الغير بدون رضاه كذا فى الشروح قال صاحب العناية بعد بيان ذلك ولم يذكر الجواب عن استدلاله بالحديث لانه فى حيز التعارض انتهى اقول هذا غير وارد بل كاسد لان كون الحديث الذى استدل به الخصم فى حيز التعارض بالحديث الذى رويناه لا يسوغ الاستغناء عن ذكر الجواب فان حكم التعارض هو التساقط ان لم نرجح احد الجانبين ولم يتيسر الجمع بينهما عند الطالب كما عرف فى علم اصول الفقه وعلى تقدير التساقط ههنا يلزم ان لا يثبت مدعانا كما لا يثبت مدعاه وذلك يخل بمطلوبنا لا محالة فلا بد من الجواب اما ببيان الرجحان فيما رويناه او ببيان التخصيص على وفق قاعدة الاصول اللهم الا ان يقال يكفينا دليلنا العقلى عند تحقق حكم التعارض بين الاحاديث لكن فيه ما فيه وقال صاحب العناية وقد اجاب بعضهم بان قوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم من باب تخصيص الشئ بالذكر وهو لا يدل على نفى ما عداه او بان قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق مشترك الالزام لانه عليه السلام علق عدم الشفعة بالامرين وذلك يقتضى انه اذا وقعت الحدود ولم يصرف الطرق بان كان الطريق واحدا يجب الشفعة انتهى اقول فى كل من هذين الجوابين نظر اما فى الاول وهو الذى ذكره فى الكافى وعامة الشروح فلان مدار استدلال الشافعى بقوله عليه الصلوة والسلام الشفعة فيما لم يقسم ليس على مجرد تخصيص كون الشفعة فيما لم يقسم بالذكر حتى يتم الجواب عنه بان تخصيص الشئ بالذكر لا يدل على نفى ما عداه بل مدار استدلاله على ان اللام فى الشفعة للجنس لعدم المعهود فيقتضى قصر الشفعة على ما لم يقسم كما فى قوله عليه السلام الائمة من قريش وقد صرحوا به فى اثناء تقرير وجه استدلاله بذلك ولا ريب ان ارادة القصر تدل على نفى ما عدا المذكور فالاولى فى الجواب عنه ما ذكره تاج الشريعة وهو ان اللام كما تدخلان فى الاسم للاستغراق تدخلان فيه للمبالغة كما يقال العالم فى البلد فلان ان كان فيه علما واذا كان كذلك يكون المراد بما فى ذلك الحديث اقوى الاسباب ونحن نقول ان حق الشفعة فيما لم يقسم اقوى ولهذا قدمناه على غيره انتهى واما فى الثانى فلان حصول الالزام للشافعى بقوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق على الوجه المذكور فى الجواب المذبور ممنوع فان الشافعى وان قال بمفهوم المخالفة الا ان له شرائط عنده منها ان لا يخرج الكلام مخرج العادة كما فى قوله تعالى وربائبكم اللاتى فى حجوركم على ما عرف فى الاصول فله ان يقول غيا نحن فيه ان قوله وصرفت الطرق خرج مخرج العادة لكون صرف الطرق عند القسمة غالب الوقوع فلا يدل على انه اذا كان الطريق واحدا يجب الشفعة ولئن سلم حصول الالزام له بذلك فلا ينبغى ان يقال انه مشترك الالزام لان فيه اعتراف بكونه ملزما ايانا ايضا ولو كنا ملزمين بذلك فى هذه المسئلة فالغالب

واما الترتيب فلقوله عليه السلام الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ولان الاتصال بالشركة في المبيع اقوى لانه في كل جزء وبعده الاتصال في الحقوق لانه شركة في مرافق الملك والترجيح يتحقق بقوة السبب ولان ضرر الفسحة ان لم يصلح علة صلح مرجحا قال وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة لما ذكرنا انه مقدم قال فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم فالجار لما بينا من الترتيب والمراد بهذا الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة اخرى وعن ابي يوسف ان مع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة لغيره سلموا واستووا في لانهم محجوبون به ووجه الظاهر ان السبب قد تقرر في حق الكل الا ان للشريك حق التقدم فاذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض

لنا في كون الشافعي ايضا لمذهبه وتلك المقدمة انما يصار اليها في العلوم العقلية عند الضرورة وعن هذا المرتبع التعبير بانه مشترك الالزام في غير كلام صاحب العناية فالاولى في الجواب عن اخر ذلك الحديث وهو قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ما اشير اليه في الكافي وذكر في كثير من الشروح من انه لم يثبت كون ذلك من نفس الحديث بل يجوز ان يكون من كلام الراوي فلا يكون حجة للخصم في عدم استحقاق الشفعة في الجوامع بما صح من الاحاديث الدالة على ثبوت الشفعة للجار ولئن ثبت كونه من نفس الحديث فالمراد نفي الشفعة الثابتة بسبب الشركة عملا بما رويناه اي جميعا بين ذلك الحديث وبين ما رويناه او معناه فلا شفعة بسبب القسمة الحاصلة بوقوع الحدود وصرف الطرق وانما قال هذا لان القسمة لما كان فيها معنى المبادلة كانت موضع ان يتوهم استحقاق الشفعة بها كالبيع فبين النبي صلى الله عليه وسلم عدم ثبوت الشفعة بها ازالة لذلك الوهم واورد علينا من قبل الشافعي انه عليه السلام قال في رواية انما الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود فلا شفعة فاثبت الشفعة قبل القسمة وهي تنفي ما عداه واجيب عنه بعبارات مختلفة قال في الكافي في الكفاية انما قد يقتضي تاكيد المذكور لا نفي غير المذكور قال الله تعالى انما انت منذر انتهى وقال في النهاية وكلمة انما قد يجيء للاثبات بطريق الكمال كما يقال انما العالم في البلد زيد اي الكامل فيه والمشهور به زيد ولم يرد به نفي تعلم عن غيره وههنا كذلك فان الشريك الذي لم يقاسم هو الشريك في البقعة وهو كامل في سبب استحقاق الشفعة حتى لا يزاحمه غيره وكان محمولا على اثبات المذكور بطريق الكمال دون نفي غيره انتهى وقال في البدائع اما الحديث فليس في صدره نفي الشفعة عن المقسوم لان كلمة انما لا تقتضي نفي غير المذكور قال الله تعالى انما انا بشر مثلكم وهذا لا ينفي ان يكون غيره صلى الله عليه وسلم بشرا مثلهم لا يدل على ان لا يقتضي كلمة انما نفي غير المذكور الذي هو المقصور عليه لان غير المقصور عليه في قوله تعالى قل انما انا بشر مثلكم انما هو غير البشرية لا غيره عليه السلام والحاصل ان كلمة انما في الآية المذكورة لقصر المسند اليه على المسند دون العكس بالمحالة وقوله وهذا لا ينفي ان يكون غيره عليه السلام بشرا مثلهم يبتنى على ان يكون المراد هو العكس فليس بصحيح قطعا قوله واما الترتيب فلقوله عليه السلام الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع فالشريك في نفس البيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار قال صاحب غاية البيان فسر صاحب الهداية الشريك بمن كان شريكا في نفس المبيع والخليط بمن كان شريكا في حقوق المبيع وهما في اللغة سواء واقتفى اثره الشارح العيني اقول ان كان مرادهما ما اخذه المصنف بتفسيره المذكور كما هو المتبادر من ظاهر لفظهما فالجواب بين فانه لما وقع في الحديث الشريك احق من الخليط علم ان المراد بالشريك هناك غير الخليط اذ لا معنى لكون الشيء احق من نفسه فلا بد ان يحمل احدهما على نوع مما اطلق عليه في اللغة والاخر على نوع اخر منه ثم لما كانت مزية الشريك في نفس المبيع على الشريك في حقوق المبيع اظهر واجلى فسر المفضل بالاول والمفضل عليه بالثاني ولم يعكس فلا اعتبار عليه في اللغة والاخر على نوع اخر منه ثم لما كانت مزية الشريك في نفس المبيع على الشريك في حقوق المبيع اظهر واجلى فسر المفضل بالاول والمفضل عليه بالثاني ولم يعكس فلا اعتبار عليه قوله قال وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة اقول لا يدري لقوله هذا فائدة سوى الايضاح والتاكيد بعد ان قال قبيله الشفعة واجبة مع الخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار فان ذلك كما افاد ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء افاد ترتيب ايضا كما صرح به

والشريك في البيع قد يكون بعض ما كان في مقدار معين من الدار وجعل وكذا على الخلاف في البقعة الدار في اصح الروايتين عن ابي يوسف لكان اتصالها اقوى والبقعة واحدة ثم لابد ان يكون الطريق والشرب خاصة حتى تستحق الشفعة بالشركة فالطريق الخاص ان يكون نافذا والشرب الخاص ان يكون لقوم لا يتجاوزهم الى غيرهم وما يجري فيه السفن وما يجري فيه الطعام وهذا عندنا في حنيفة ومحمد رحمهما الله وعن ابي يوسف ان الخاص ان يكون في ايستة منه قرى حان او نسقه وما زاد على ذلك فهو عام فان كانت سكة غير نافذة يشفع سكة غير نافذة وهي مستطيلة نصبت دارا في اقصى فناء لها الشفعة خاصة دون اهل العطفة او ان يبعث في الطريق قدر ما يسع السكين والمعنى ما ذكرنا في كتاب الدعوى وذكر في عيون المسائل ان كان عرضه بحيث يجوز للقاضي ان يجعله طريقا نافذا فهو عام والا فخاص وذكر في الينابيع قياس الطريق فما يباع قال ويكون الجار شفيعا بحق الجوار وهي رواية الحاكم عن اصحابنا رحمهم الله لان الجار ملازم فيكون سببا ظاهرا قال والشريك في الشرب كالشريك في الطريق وعن ابي يوسف رحمه الله ان الشفعة للشريك في الشرب دون الجار لان الجار لا حق له في الشرب وهو الصحيح لان الشرب لا يتعلق بالعقار وانما يتعلق بالارض ولهذا يجوز افراده بالبيع والاجارة قال والشريك في الشفعة يكون على حقه من الدار جاء الشركاء او غابوا وقال الشافعي رحمه الله ان كانوا حضورا اخذ حقه وان غاب اخذ الكل وان شاء ترك لان الشفعة من مرافق الملك اذ هي انما تكمل بمنفعته فاشبه الزرع والولد والكسب ولنا ان الاخذ استيفاء في بعض الاحوال وهو ان يكون الغائب على مسافة لا يرجع الى عياله الا في اكثر من يوم ذهابا ومجيئا وفي البعض اثبات ابتداء وهو ان يكون على مسافة يوم او اقل والاستيفاء لا يستحق الا بحضرة من عليه الحق والاثبات ابتداء يستحق بدونه وهذا لان كمال الشفعة وهذا كمال السبب فكان الاثبات اولى لان الوقت يفوت بالتأخير والتوكيل بالاثبات ممكن بخلاف الاستيفاء لان الغرض اشهاد ما يتسارع اليه الجحود عادة وهو مفقود في حق الغائب على ما عرف في كتاب الدعوى ولان الاستيفاء يتضرر به المشتري لانه يتملك المبيع بالاخذ من يده فيتضرر بالنقض عليه وهو مدفوع بخلاف الاثبات لانه لا يتضرر به فاستويا فيه وقد ذكرنا هذا في كتاب الدعوى ولهم ان الاستحقاق ثبت حقا للشفيع فلا يسقط بغيبته كالثمن على المشتري وكالرد بالعيب على البائع وكالقصاص على الجاني وكالخيار للم

والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرف فهاذا ينبغي ان يثبت البيع في حقه حتى يأخذها الشفيع اذا اقر البائع بالبيع وان كان المشتري يكذبه **قال** وتستقر بالاشهاد ولا بد من طلب المواثبة لانه حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه ولا يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد

والكلام فيه وانما هو في شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على احد انتهى كلامه اقول لقائل ان يقول امتناع تحقق المشروط قبل تحقق الشرط ضروري سواء كان المشروط هو الجواب او الوجوب مجازا كان عدم تحقق شرط الجواز مانعا عن اتصال السبب بالمحل كما قالوا لزم ان يكون عدم تحقق شرط الوجوب ايضا مانعا عن ذلك فلزم ان لا يكون الواجب متاديا باداء الزكوة قبل الحول لعدم تحقق شرط الوجوب قبله وكذا الحال في استقاط الدين المؤجل قبل حلول الاجل مع ان المصرح به في موضعه خلاف ذلك ثم اقول يمكن ان يجاب بان المراد بالوجوب في قوله ان ذلك شرط الوجوب هو وجوب الاداء دون نفس الوجوب فان نفس وجوب الزكوة تحقق بملك النصاب النامي وحولان الحول انما هو شرط وجوب اداءها كما صرحوا به في كتاب الزكوة وكذا حلول الاجل في الديون المؤجلة انما هو شرط وجوب اداءها لا شرط نفس وجوبها فالملازم ان لا تحقق وجوب الاداء قبل الحول وقبل حلول الاجل ولا يلزم منه ان لا يكون الواجب بنفس الوجوب متاديا باداء الزكوة قبل حلول الحول وباداء الدين قبل حلول الاجل والمصرح به في موضعه انما هو تادي الواجب بنفس الوجوب لا غير **قوله** والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها اي يعرف رغبة البائع عن ملك الدار وفسر صاحب العناية ضمير فيه في قوله والوجه فيه بهذا التاويل حيث قال والوجه فيه اي في هذا التاويل وتبعه العيني اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة انه لا مدخل للتاويل الذي ذكره المصنف بقوله معناه بعده لانه هو السبب في جريان هذا الوجه اذ هو جار بعينه على تقدير ان يكون معنى كلام القدوري ان البيع هو السبب كما لا يخفى على الفطن فلا حاجة الى بناء هذا الوجه على ذلك التاويل بارجاع ضمير فيه اليه بل لا وجه له عند التحقيق لان المصنف علل تاويله المذكور بقوله لان سببها الاتصال على ما بيناه فما معنى ان يكون قوله والوجه فيه تعليلا له بعد ذلك فالحق ان قوله والوجه فيه الى آخره متصل باول الكلام وهو قوله والشفعة تجب بعقد البيع ومن عادة المصنف انه اذا كان في عبارة المسئلة عقدة يحلها ثم يذكر دليل المسئلة وههنا ايضا فعل كذلك **قوله** ولهذا لا يثبت في حقه حق يأخذها الشفيع اذا اقر البائع بالبيع وان كان المشتري يكذبه اقول فيه تامل اذ قد يقرر فيقال ان علة ثبوت حق الشفعة عندنا انما هي دفع ضرر الدخيل عن الاصيل لسوء المعاملة والمعاشرة والظاهر ان ذلك الضرر انما يتحقق عند ثبوت البيع في حق المشتري لانه هو الدخيل لا عند ثبوته في حق البائع مع تكذيبه المشتري لان البائع اصيل كالشفيع فمن اين تحقق ضرر الدخيل عند عدم ثبوت البيع في حق المشتري حتى يثبت حق الشفعة لدفع ذلك الضرر تفكر قال في العناية ونقض بما اذا باع بشرط الخيار له او وهب وسلم فان الرغبة عينه قد عرفت وليس للشفيع الشفعة واجيب بان في ذلك تردد البتة اذ الخيار بخلاف الخيار فانه يخرجه عن انقطاع ملكه عنه بالكلية فعومل به كما زعمه والهبة لا تدل على ذلك لان غرض الواهب المكافاة ولهذا كان له الرجوع فلا ينقطع عنه حقه بالكلية انتهى اقول في الجواب عن النقض بصورة الهبة بحث لانه ان كان مدار رد ذلك على مجرد كون غرض الواهب المكافاة لا يستقيم اصلا فان كون غرضه المكافاة لا ينافي رغبته عن ملكه الا يرى ان غرض البائع ايضا المكافاة بالثمن مع انه لا ينافي رغبته عن البيع بل يدل عليها كما ذكروا وان كان مداره على صحة الرجوع للواهب وعدم انقطاع حقه عن الموهوب بالكلية لا يندفع النقض بالهبة التي لا يصح الرجوع فيها كما اذا وهب لقريبه المحرم او لزوجته او اخذ العوض عنها بغير شرط في العقد او غير ذلك مما يتحقق فيه المانع عن الرجوع فان في هذه الصورة لا يصح رجوع الواهب وينقطع حقه عن الموهوب بالكلية كانقطاع حق البائع عن المبيع مع انه لا شفعة فيها فبقي النقض بحاله **قوله** ولا يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد اقول فيه شيء وهو ان احتياجه الى اثبات طلبه عند القاضي انما هو اذا انكر المشتري طلبه واما اذا لم ينكره فلا احتياج الى ذلك فعلى مقتضى هذا التعليل ينبغي ان لا يبطل الشفعة بترك الاشهاد فيما اذا لم ينكر الخصم طلبه مع ان الظاهر من كلامهم

قال رحمه الله وإذا سلم المشتري الدار للشفيع قضاء أو تسليما بأن أشهد أنه سلمها إليه أو أخذ منه عوضها أو أقر بالتسليم بطلت شفعته لأن الأخذ بالشفعة تملك المبيع وهذه الأشياء دليل عليه وكذا إذا سلم البائع للشفيع قضاء أو تسليما لأن حق الشفيع في المبيع لا يتأكد إلا بالتسليم وبالتسليم يتأكد حقه فيه فيبطل شفعته في الصورة الأولى ويتأكد في الثانية وإن سلم أحدهما دون الآخر بطلت شفعة المسلم لا غير لأن حق الشفيع يتبعض بتبعض الصفقة وإن سلم وكيل البائع أو المشتري لم تبطل شفعته لأن يد الوكيل كيد الموكل لأن الحقوق ترجع إليه والله سبحانه أعلم بالصواب

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال رحمه الله الشفيع على شفعته إذا علم إلا أن الطلب على الفور وهذا على ثلثة أوجه طلب المواثبة وهو أن يطلب عقيب كل سبب يمنعه من الطلب حتى لو بلغه البيع وهو يصلي أو يأكل أو في أي شغل هو فيه يشتغل بطلب الشفعة ولا يؤخر ذلك لأن الشفعة تجب على الفور لقوله عليه السلام الشفعة كحل العقال ولأن في التأخير إضرارا بالمشتري لاحتمال أن يبيع الدار من آخر فيأخذها الشفيع منه فيحتاج المشتري إلى أن يرجع على البائع بالثمن وربما يتعذر عليه الرجوع لإفلاس البائع أو جحوده فيتضرر بذلك وهذا الضرر لا يلحق الشفيع بالتأخير إلى أن يعلم البيع لأنه لا يعد تاركا للطلب بالتأخير إلى هذا الوقت لعذر الجهل وطلب التقرير والإشهاد وهو أن يطلب الشفعة بعد ما علم بالبيع إما بنفسه أو بوكيله إن كان غائبا أو مريضا أو مستترا أو عاجزا عن الحضور لمرض أو خوف طريق أو كان في وقت لا يمكنه الحضور لظلمة الليل أو لمطر أو ثلج أو كان المشتري في مصر آخر فيشهد على المطالبة بالشفعة رجلين أو رجلا وامرأتين من أهل الشهادة أو يشهد على ذلك عدلا واحدا في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وعنه أنه يجزئه في مجلس العلم والروايتان في النوادر بالثانية أخذ الكرخي لأنه لما ثبت له خيار الترك لا بد له من زمان يتمكن فيه من الطلب وذلك في مجلس العلم وروي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يقول بسم الله الرحمن الرحيم لله ولا حول ولا قوة إلا بالله أو قال سبحان الله لا تبطل شفعته لأن الأول يعد في العادة من جواب الاسترجاع والثاني من جواب التعجب منه فيعد تاركا والثالث لا قائم كذا قالوا ولا يدل شيء منه على الإعراض كذا في الذخيرة وإن لم يشهد حتى أتى المصر أو بلغه البيع ليلا فطلب من ساعته أو بلغه نهارا فطلب من ساعته فهو على شفعته لأنه لم يوجد منه ما يدل على الإعراض وإن أخر الطلب بعد ما علم بالبيع ساعة أو ساعتين أو قام من مجلسه قبل أن يطلب بطلت شفعته لأن التأخير دليل الإعراض وإن أخر بعض

بدلالة ما تترك ذلك مطلقا فإن قامت وقت الإشهاد مقدما على وقت الخصومة ففي وقت الإشهاد والكلام الخصم طلبه وعدم الكراهة إياه غير معلوم فإذا ترك الإشهاد في ذلك الوقت لم يعلم رغبته فيه بل يحتمل اعراضه عنه فلهذا يبطل الشفعة بترك الإشهاد مطلقا قلت بل أمر إلى التعليل الأول ولا كلام فيه وإنما الكلام في أن التعليل الثاني هل يصلح أن يكون دليلا مستقلا ههنا كما يقتضيه قول المصنف ولا يحتاج إليه الخ قوله وتملك بالأخذ إذا سلمها المشتري أو حكم بها حاكم عطف على سلمها المشتري وقد وقع المعطوف عليه في حيز الأخذ وكان الأخذ معبرا في التسليم فلزم أن يكون معبرا في حكم الحاكم أيضا على مقتضى العطف إذ قد يقرر في علم الأدب أن المعطوف في حكم المعطوف عليه في كل أمر يجب للمعطوف عليه بالنظر إلى ما قبله مع أن الملك يثبت للشفيع بحكم الحاكم قبل أخذه الدار على ما نصوا عليه حيث قال في الكافي بعد قوله أو حكم بها حاكم فإنه يثبت الملك بحكمه وإن لم يأخذ الدار وقال في شرح الكنز للزيلعي أي تملك الدار المشفوعة بأحد أمرين إما بالأخذ إذا سلمها المشتري برضاه أو بحكم الحاكم من غير أخذ وقال صدر الشريعة في شرح قول صاحب الوقاية وتملكه بالأخذ بالتراضي أو بقضاء القاضي قوله بقضاء القاضي عطف على الأخذ بالتراضي لأن القاضي إذا حكم يثبت الملك للشفيع قبل أخذه انتهى وكان صاحب العناية غافلا عن ذلك وهو أي التملك إنما يكون بالأخذ إما بتسليم المشتري أو بقضاء القاضي فإنه صريح في اعتبار الأخذ في قضاء القاضي أيضا وثانيهما أن تسليم الدار المشفوعة ليس توصيفه المشتري وإنما فإن المصنف صرح فيما مر آنفا بثبوت البيع في حق البائع حتى يأخذها الشفيع إذا أقر البائع بالبيع وإن كان المشتري يكذبه ففي هذه الصورة إنما سلمها البائع دون المشتري فكان الأحق بالمقام أن يقال إذا سلمها الخصم بدل قوله إذا سلمها المشتري ليشمل تسليم المشتري وتسليم البائع كما قال المصنف فيما بعد قبل حكم الحاكم أو تسليم الخاصم تبصر

باب الشفعة والخصومة فيها

لما ثبت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيته وتقسيمه كذا في عامة الشروح أقول هذا بيان من الشراح لوجه ذكر الشطر الأول من شطري عنوان الباب وهو طلب الشفعة ولم يتعرض أحد منهم لوجه ذكر الشطر الثاني منها وهو قوله والخصومة فيها ولعل وجهه أنه لما كان للخصومة في الشفعة شأن مخصوص وتفاصيل زائدة على سائر الخصومات كما ستظهر شرع في بيانها أيضا أصالة قوله اعلم أن الطلب على ثلثة أوجه طلب المواثبة وهو أن يطلبها كما علم حتى لو بلغه البيع ولم يطلب شفعته لما ذكرنا قال الشراح قوله لما ذكرنا إشارة إلى قوله قبل لأنه حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه ودون اعراضه عنه أقول فلقائل أن يقول ما ذكره هناك كما يدل على لزوم طلب المواثبة يدل أيضا على لزوم الاشهاد فيه حيث قال فلا بد من الاشهاد والطلب وسيأتي التصريح منه بأن الاشهاد فليس بلازم إنما هو لنفي التجاحد والجواب أن المراد بالاشهاد المذكور هناك هو الذي في طلب التقرير دون طلب المواثبة يرشد إليه تقديم الاشهاد على الطلب في قوله فلا بد من الاشهاد والطلب إذ لو كان المراد بالاشهاد هناك هو الاشهاد على طلب المواثبة لكان ذكر الطلب بعده لغوا إذ لا يتصور الاشهاد على طلب المواثبة بدون تحقق نفس ذلك الطلب يدل عليه قوله قبيل ذلك وتستقر بالاشهاد إذ الشفعة لا تستقر إلا بعد طلب التقرير والاشهاد على مقتضى ما سيأتي في الكتاب فلا تنافي بين كلامي المصنف قوله ولقوله عليه الصلوة والسلام الشفعة لمن واثبها أقول في وجه الاستدلال بهذا الحديث نوع اشكال لأنه إن كان مداره على نفي الشفعة عمن لم يواثبها بالطريق المفهوم المخالفة فنحن لا نقول بالمخالفة فكيف يكون حجة لنا وإن كان مداره على أن لام الجنس في الشفعة ولام الاختصاص في لمن واثبها يدلان على اختصاص الشفعة بمن واثبها كما قالوا في الحمد لله أن لام الجنس

والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد والتقييد بالمجلس اشارة الى ما اختاره الكرخي وذكره الطحاوي بكل نقط منهم منه طلب الشفعة كما لو قال طلبت الشفعة او اطلبها او انا طالبها فان لا عتبار لما مضى واذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد حتى يجد رجلا او رجلا وامرأتان او واحد عدل عند الخبر وقالا يجب عليه ان يشهد اذا اخبره واحد حرا كان او عبدا صبيا كان او امرأة اذا كان الخبر حقا واصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله واخواته فيما تقدم وهذا بناء على ان الخبر اذا اخبر الشفيع الا يخصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم والشاهد طلب التقرير والاشهاد دلالة فانه محتاج اليه لاثباته عند القاضي على ما ذكرناه ولا يمكنه الاشهاد ظاهرا على طلب المواثبة لانه على فور العلم بالشراء فيتراخى بعد ذلك الى الطلب الاشهاد والتقرير وبيانه ما قال في الكتاب ثم يمضي منه يعني من المجلس ويشهد على البائع ان كان المبيع في يده ومعناه ليرسل الى المشتري او على البائع او عند العقار فاذا فعل ذلك استقرت شفعته وهو لان كل واحد منهما خصم فيه لان الزوائد للبائع والملك وكذا يلزم الاشهاد عند المبيع لان الحق متعلق به فان سلم البائع المبيع يشهد عليه وان جحد يشهد عليهما اذ لا يمكنه اثبات حقه الا بحضرتهما

والاختصاص ولله تعالى اختصاص الحمد ولله تعالى فروعنا النقض بقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة لشريك لم يقاسم كما ذكر في صدر هذا الكتاب وجيء ان يدل ذلك ايضا على نفي الشفعة عمن ليس بشريك لم يقاسم مع ان الشفعة ثابتة عندنا لغير الشريك ايضا كالجار الملاصق فتامل قوله

والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة بطلب المواثبة والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد قال صاحب النهاية وذلك لان طلب المواثبة ليس لاثبات الحق وانما شرط هذا الطلب ليعلم انه غير معرض عن الشفعة ومجرد الرضا بجواز هذا البيع والاشهاد ليس بشرط فيه انتهى واقتفى اثره صاحب العناية وعده تحقيقا حيث قال وتحقيقه ان طلب المواثبة ليس لاثبات الحق وانما شرط ليعلم انه غير معرض عن الشفعة والاشهاد في ذلك ليس بشرط انتهى اقول لقائل ان يقول طلب التقرير والاشهاد ايضا ليس لاثبات الحق بل ليعلم انه غير معرض عن الشفعة فانما الذي لاثبات الحق طلب الخصومة مع ان الاشهاد في طلب التقرير لازم على ما يقتضيه كلام المصنف في بيان طلب التقرير والاشهاد فيما بعد فكان ذلك الوجه الذي عده صاحب العناية تحقيقا منقوضا بلزوم الاشهاد في طلب التقرير كما ترى فان قلت لزوم الاشهاد في طلب التقرير لانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد كما ذكره المصنف فيما قبل الباب وسياتي ذكره مرة اخرى في بيان طلب التقرير والاشهاد في هذا الباب قلت ذاك انما يكون وجها للزوم الاشهاد في طلب التقرير وهو لا يدفع انتقاض الوجه الذي ذكره الشارحان المزبوران لعدم لزوم الاشهاد في طلب المواثبة بلزوم في طلب التقرير كما بيناه وكلامنا في هذا الوجه على ان في ذلك الوجه ايضا كلاما لانا ان اردنا انه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي وان لم يخصم به الخصم فهو ممنوع وان اردنا انه يحتاج الى اثباته وعند التجاحد فكذا الحال في طلب المواثبة ايضا ثم اقول يمكن ان يمنع لزوم الاشهاد في طلب التقرير ايضا بناء على ما ذكره الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال وانما سمي الثاني طلب الاشهاد لان الشهادة شرط بل ليمكنه اثبات الطلب عند جحود الخصم انتهى فانه يدل على ان الشهادة في طلب التقرير ايضا ليس بلازم بل انما هو لنفي التجاحد كما في طلب المواثبة وبناء على ما ذكره صاحب البدائع حيث قال واما الاشهاد على هذا الطلب فليس بشرط وانما هو لتوثقه على تقدير الانكار كما في الطلب الاول انتهى فحينئذ كان الوجه الذي ذكره الشارحان المزبوران سالما من الانتقاض كما لا يخفى قوله وقالا يجب عليه ان يشهد اذا اخبره واحد حرا كان او عبدا صبيا او امراة اذا كان الخبر حقا اقول في التقييد بقوله اذا كان الخبر حقا ضرب اشكال لان الكلام فيما اذا بلغ الشفيع بيع الدار بالاخبار وفي ذلك انما يحصل له العلم بكون الخبر حقا بالسبب الوثوق باخبار مخبره والظاهر ان مدار الوثوق باخبار مخبره فيما اذا كان طريق العلم منحصرا في الاخبار هو حال المخبر بعدالته وتعدده مما يورث الوثوق باخباره ولهذا اعتبره ابو حنيفة رحمه الله واذا لم يكن شيء من العدد والعدالة شرطا عندهما فيما نحن فيه وفي نظائره كما صرحوا به بل كان خبر الواحد مطلقا كافيا فما معنى تعليق وجوب الاشهاد على الشفيع اذا اخبره واحد مطلقا يكون الخبر حقا والطريق العلم كونه حقا في صورة هذه المسئلة سوى اخبار الواحد فان افاد مثل ذلك الاخبار العلم بعين كونه حقا وان لم يفده فلا مجال للعلم بكونه حقا وعلى كل حال لا يبقى للتعليق بكونه حقا وجه ظاهر فتدبر فيكفر ثم اعلم انه مما يجب التنبيه له ان المراد بالاشهاد ههنا نفس طلب المواثبة لا الاشهاد على ذلك الطلب والا يلزم ان يكون قوله ههنا يجب عليه ان يشهد مناقضا لقوله فيما مر والاشهاد فيه ليس بلازم وقد نبه عليه تاج الشريعة عند قول المصنف والاشهاد فيه ليس بلازم حيث قال هذا لانا نقول يجب عليه ان يشهد لان المراد من الاول الاشهاد على الطلب ومن الثاني طلب المواثبة وانه واجب على تقدير ان يطلب الشفعة انتهى وسياتي تنبيه هذا في الكتاب في اول باب ما يبطل به الشفعة فانه اقوال هناك واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك لبطلت

تشفعنہ حمل عامۃ الشراح الاشہاد المذکور ہناک علی نفس طلب المواثبۃ لئلا یخالف ماذکرہ المصنف من قبل وذکرہ فی الذخیرہ وغیرہا ایضا من ان الاشہاد فی

طلب المواثبۃ لیس بلازم وانما ہو لنفی التجاحد قولہ وصورۃ ہذا الطلب ان یقول ان فلانا اشتری ہذہ الدار وانا اشفعہا وقد کنت طلبت الشفعۃ واطلبہا الآن فاشہدوا

علی ذلک اقول فی ہذا التصویر نوع تقصیر لانہ انما یتأتی فیما اذا کان الاشہاد عند الدار فان الاشارۃ اعنی الاشہاد علی البائع او علی المشتری وعند العقار اللہم الا

ان یکون المراد بحر د التمثیل دون احاطۃ الاقسام لکنہ لا یدفع التقصیر حقیقۃ فالاولی الجامع للاقسام ماذکرہ صاحب الذخیرہ حیث قال وصورۃ ہذا الطلب ان

یحضر الشفیع عند الدار ویقول ان فلانا اشتری ہذہ الدار وانا شفیعہا بالجوار للدار حدودہا کذا وقد کنت طلبت الشفعۃ وانا اطلبہا الآن ایضا فاشہدوا ثم ان ذلک

یحضر المشتری ویقول ہذا باع من فلان الدار التی حدودہا کذا وانا شفیعہا بالجوار للدار حدودہا کذا وقد کنت طلبت الشفعۃ وانا اطلبہا الآن ایضا فاشہدوا ثم ان ذلک

ینتہی قولہ واذا تبین ذلک یسالہ عن سبب شفعتہ لاختلاف اسبابہا فان قال انا شفیعہا بدار لی بلا صفتہا ثم دعواہ قال صاحب العنایۃ قیل لم تتم بعد بل لابد

ان یسالہ ویقول ہل قبض المشتری المبیع او لا لانہ لو لم یقبض لم یصح الدعوی علی المشتری ما لم یحضر البائع ثم یسالہ عن السبب ثم یقول لہ متی اخبرت بالشری

لیعلم ان المدۃ طالت او لا فان عند ابی یوسف ومحمد رحمہما اللہ اذا تطاولت فالقاضی لا یلتفت الی دعواہ وعلیہ الفتوی وقال وہذا لا یلزم

المصنف لانہ ذکر ان الفتوی علی قول ابی حنیفۃ فی عدم البطلان بالتاخیر ثم قال وقیل ثم بعد ذلک سالہ عن طلب الانتہاء فاذا قال طلبت حین

علمت او اخبرت من غیر لبث سالہ عن طلب الاستقرار فان قال طلبتہ من غیر تاخیر سالہ عن المطلوب بحضرتہ ہل کان اقرب الیہ من غیرہ

فان قال نعم فقد صح دعواہ انتہی اقول القائل صاحب النہایۃ اخذا من الذخیرۃ وتبعہ بعض اخر من الشراح وقد غیر صاحب العنایۃ عبارتہم

فی النقل وافسدہ فان عبارتہم کانت ہکذا ثم اذا سالہ عن طلب المواثبۃ فقال طلبت حین علمت او قال حین اخبرت من غیر لبث سالہ عن طلب

الاشہاد بعد ذلک من غیر تاخیر وتقصیر فان قال نعم تبین ان الاشہاد قد صح ثم اذا تبین ما یصح عندہ الطلب فقد صح دعواہ الی ہنا عبارتہم

وہذہ العبارۃ ہی المطابقۃ لما فی الذخیرۃ وہی الصحیحۃ دون ما ذکرہ صاحب العنایۃ فی نقلہ لانہ عبر عن طلب المواثبۃ بطلب الاشہاد حیث قال وقیل ثم

بعد ذلک سالہ عن طلب الاستقرار ولا یذہب علیک ان اطلاق طلب الاشہاد علی طلب المواثبۃ یخالف اصطلاح الفقہاء جدا یظہر ذلک مما احطت

بہ خبرا فی اقسام الطلب وایضا قد قیل فیما قبل سالہ متی اخبرت بالشری وکیف صنعت حین اخبرت بالشری وقد نقلہ صاحب العنایۃ فیما ایضا قبل فعلی

تقدیر ان یقال ہہنا ثم بعد ذلک سالہ عن طلب الاشہاد ومرادہ طلب المواثبۃ یصیر المعنی ثم بعد السوال عن طلب المواثبۃ سالہ عن طلب المواثبۃ

لان سوالہ قبلہ بکیف صنعت حین اخبرت سوال عن طلب المواثبۃ لا محالۃ فیلزم تکرار السوال من طلب المواثبۃ بخلاف ما اذا قیل ثم اذا سالہ

عن طلب المواثبۃ سالہ عن طلب الاشہاد کما وقع فی عبارتہم فانہ لا یلزم حینئذ شیء من المحذورین المذکورین اما عدم لزوم المخالفۃ لاصطلاح

الفقہاء فظاہر واما عدم لزوم تکرار السوال عن طلب المواثبۃ فان الکلام اذ ذاک ملقی فی صورۃ الشریعۃ فمقتدمہا وہو قولہم اذا سالہ عن طلب المواثبۃ

اشارۃ الی ما ذکروہ فیما قبل من السوال فکیف صنعت حین اخبرت ولیس فیہ بحکم جدید حتی یلزم التکرار تامل تفہم قولہ ومن اشتری دار الغیر

فہو الخصم للشفیع لانہ ہو العاقد والاخذ بالشفعۃ من حقوق العقد فیتوجہ علیہ اقول ہذا التعلیل یجری بعینہ فیما اذا سلمہا الی الموکل مع انہ لیس

بخصم ہناک فکان ینبغی ان یزاد علیہ قد فارق بین الصورتین بان یقال بعد قولہ والاخذ بالشفعۃ من حقوق العقد ولہ ید فی الدار وکان المصنف

قال وان احضر الشفيع الثمن والمبيع في يد فله ان يخاصم في الشفعة لان اليد له وهي يد مستحقة ولا يسمع القاضي بينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع ثم يسلمه منه ويقضي بالشفعة على البائع ويجعل الثمن عليه لان الملك للمشتري واليه للبائع ومنه للشفيع بقضي بهما لان الشفيع لو حضر وهما مختلفان فاقام كل واحد منهما بينة قضيت بينة البائع لانه صار كالمدعي اذ لا يبقى له يد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه اشارة الى علة اخرى وهي ان البيع في حق المشتري اذا كان ينفسخ لا بمحضره لم ينفسخ بالفسخ عليه ثم وجه هذا الفسخ المذكور ان ينفسخ في حق الاقالة دون ابطال ملك المشتري فلا يحتاج الى اعادة قبض المشتري بل يحتاج الى اعادة الشفعة وهو يوجب الشفيع لانه يبقى اصل البيع بعد انفساخه لان الشفعة بناء عليه لكنه تحول الى الثمن بالفسخ فيكون الفسخ في حق الثمن فسخا في حق المبيع ايضا وقوله ويقبضه كرره لانه هو المشتري منه فلهذا رجع بالعهدة على البائع بخلاف ما اذا قضيه المشتري فلحذه من يده حيث تكون العهدة عليه لانه سلم ملكه بالقبض في زعم الاول والمتسلم قبض الشفعة وانه يوجب الفسخ وقد طرطنا لهذا الكلام فيه في كفاية المنتهي بتوفيق الله تعالى قال ومن اشترى جارا غائبا فقضى الخصم للشفيع لانه قضى لعاقد ولاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيقوم عليه قال الا ان يسلمه الى الموكل لانه لم يتم له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف فتسليمه اليه كتسليم البائع الى المشتري فتعاد الخصومة معه لانه مع ذلك قائم مقام الموكل فيكفي عضوه في الخصومة قبل التسليم وكذا اذا كان البائع وكيل الغائب فللشفيع ان يأخذ ما اخذ البائع في يده لانه عاقد وكذا اذا كان البائع وصيا ليست له ولاية البيع على ما ذكرنا قال واذا قضى للشفيع بالدار ولم يبين لها قدرا فله خيار الرؤية وان حدد لها قدرا فلا ان يرد اذا وان كان المشتري شرط البراءة من كل عيب لان الشفعة تستحق بالشراء الاول فيثبت له الخيار ان لم يكن عالما بالعيب وان علم به سقط شرط البراءة من المشتري وكذا لو رضي به لانه لا يملك اسقاط الشفعة قبل وجوبها

فصل قال واذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري مع يمينه لان الشفيع يدعي عليه استحقاق الدار بالشفعة والمشتري ينكر ذلك فكان القول قوله مع يمينه لان اليمين على من ينكر قال ولو اقاما البينة فالبينة بينة الشفيع عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف البينة بينة المشتري لانها اكثر اثباتا وله ان الشفيع يدعي الزيادة والمشتري ينكرها والبينة للمدعي وقد مر الكلام في نظائر هذه المسألة في كتاب الدعوى

انما ترك ذكر ذلك القيد اعتمادا على النهاية من تعليل صورة التسليم

فصل في الاختلاف لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشتري شرع في مسائل الاختلاف بينهما وقدم الاولى لان الاصل هو الاتفاق

قوله ولا نص هنا فلا يتحالفان قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام انما النص في حق البائع والمشتري مع وجود معنى الانكار من الطرفين هناك فوجب اليمين لذلك في الطرفين ولم يوجب الانكار هنا في طرف الشفيع فلم يكن في معنى ما ورد فيه النص فلذلك لم يجب التحالف هنا انتهى واقتفى اثره صاحب معراج الدراية كما هو دابه في اكثر المواضع وتحرير صاحب غاية البيان ايضا يشعر بذلك فانه بعد ما بين عدم وجوب التحالف هنا على نهج ما ذكره النص من قبل قال فلم يكن اختلافا في معنى ما ورد به النص وهو قوله عليه الصلوة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا فلا جرم لم يجب التحالف انتهى اقول ليس هذا بشرح صحيح لان وجود معنى الانكار من الطرفين في اختلاف المتبايعين انما هو فيما اذا وقع الاختلاف قبل القبض واما اذا وقع بعد القبض فمعنى الانكار هناك ايضا انما يوجد في طرف واحد وهو المشتري فكان التحالف في تلك الصورة مخالفا للقياس ولكنا عرفناه بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا وقد مر ذلك كله مستوفا في باب التحالف في كتاب الدعوى فلو كان الوجه في عدم كون ما نحن فيه في معنى ما ورد فيه النص ان لا يوجد معنى الانكار من الطرفين ينتقض ذلك قطعا بصورة اختلاف المتبايعين بعد القبض فالصواب ان وجه عدم كون ما نحن فيه في معنى ما ورد فيه النص هو ان الشفيع مع المشتري ليس في معنى البائع والمشتري من كل وجه لانتفاء شرط البيع وهو التراضي فلا يتحالفان بهما في حكم التحالف وقد افصح عنه تاج الشريعة حيث قال وليس هذا في معنى ما ورد النص فيه بالتحالف من كل وجه لان ركن البيع وان وجد لكن بالنظر الى فوات شرطه وهو الرضا لم يوجد فلا يلحق به انتهى قال الزيلعي في شرح هذه المسألة من الكنز ولا يتحالفان لان التحالف عرف بالنص فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين والمشتري لا يدعي على الشفيع شيئا فلا يكون الشفيع منكرا فلا يكون في معنى ما ورد النص فامتنع القياس انتهى اقول الخلل في كلامه اشد واظهر فانه قال اولا لان التحالف عرف بالنص فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين وليس كذلك لانه عرف بالنص ايضا فيما اذا انكر واحد ودعوى الآخر من جانب واحد كما اذا اختلف المتبايعان بعد القبض على ما صرح به قاطبة حتى نفسه في كتاب الدعوى بل الذي عرف بالنص هذه الصورة لان التحالف فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين ثابت بالقياس بدون ذلك النص وقال آخرا فامتنع القياس ولا يخفى ان امتناع القياس لا يقتضي امتناع الالحاق بدلالة النص فان كثيرا من الامور الاجرى فيه القياس صح اثباته بطريق الدلالة على ما عرف في موضعه فمجرد امتناع القياس ههنا لا يتم المطلوب فحق العبارة ان يقال فلا يلحق به بمعنى القياس والدلالة **قوله** وقال ابو يوسف البينة بينة المشتري لانها اكثر اثباتا اقول لقائل ان يقول البينة انما تسمع من المدعي والمشتري لا يدعي على الشفيع شيئا ولهذا لا يتحالفان بالاتفاق كما مر آنفا فلزم ان لا تصح بينة المشتري اصلا فضلا عن ان ترجح على بينة الشفيع كما قاله ابو يوسف ثم اقول يمكن الجواب عنه بان المشتري وان كان مدعى عليه لا مدعيا في الحقيقة الا انه مدع صورة حيث يدعي زيادة الثمن ومن كان مدعيا صورة تسمع بينته اذا اقامها كما في المودع اذا ادعى رد الوديعة على المودع واقام عليه بينة على ما عرف في محله واما الحالف فانما يجب على من كان مدعى عليه حقيقة ولا يجب على من كان مدعى عليه صورة الا ترى ان المودع اذا ادعى رد الوديعة على المودع وعجز عن اقامة البينة عليه فانما يجب الحلف على المودع

وهو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشتري منه كيف وانها ممنوعة على ما مر وفي عن محمد ولما ذكر قبلها ذكر في السير الكبير ان البينة بينة المالك القديم قال ان شفع بعد التسليم قبل قضاء القاضي بالفسخ الثاني على ما لك لا فسخ الاول على ما مر خلافه وكان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة والبينات للالزام قال واذا ادعى المشتري شفعا واذا عي البائع أقل مما يدعي المشتري فالقول قول البائع مع يمينه لانه ينكر استحقاق الشفيع ما ادعاه المشتري وكذلك لو ادعى كل واحد منهما على صاحبه ما ادعاه صاحبه لانه ينكر ما ادعاه عليه فكان القول قوله مع يمينه قال واذا ادعى البائع ان الثمن مؤجل وادعى المشتري انه حال فالقول قول المشتري مع يمينه لانه ينكر ما ادعاه عليه من الاجل والبائع يدعي عليه الاجل فكان القول قول المنكر قال واذا ادعى البائع ان الثمن ما يقول لك الآخر فيأخذ الشفيع بذلك وان حلفا يفسخ القاضي البيع على ما عرف ويأخذها الشفيع بقول البائع لان فسخ البيع كان يجب بطلب حق الشفيع قال وان كان قبض بعض الثمن وأخذ بالباقي فقال البائع لا آخذ الشفيع الا بالثمن كله لانه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج عن البين وصار كما لو كان اجنبيا وقع الاختلاف بين المشتري والشفيع وقد بينا انه لو كان نقد الثمن غير خاطر فقال البائع بعت الدار بألف وقبضت الثمن فيأخذها الشفيع بألف لانه لما بدأ بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به فبقول بعد ذلك قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع فيرد عليه وكذلك قال قبضت الثمن وهو الف لم يلتفت الى قوله لان بالاول وهو لا قراره بقبض الثمن خرج من البين وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن

فصل فيما يؤخذ به المشفوع قال واذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع وان حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع لان حط البعض يلتحق باصل العقد فيظهر في حق الشفيع كان الثمن ما بقي وكذا اذا حط بعد ما اخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد لحال وقته بناء في البيوع وان زاد المشتري للبائع لم تلزم الزيادة في حق الشفيع لان في اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه الاخذ بما دونها بخلاف الحط لان فيه منفعة له ونظير الزيادة اذا اتحد العقد بأن اشترى من الثمن الاول لم يلزم الشفيع حتى كان له ان يأخذ بالثمن الاول لما بينا كذا هذا قال ومن اشترى دارا بعرض فاخذها الشفيع بقيمته كان عليه ان يسلم اليه مثل العرض ومؤنة الاخذ عليه لانه بمثل ما ملك اقدم عليه لان الشرع انما اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملك به المشتري وهو مثل العرض لا قيمته والقيمة انما تعرف بالحزر والظن فلا يؤمن من الجور والحيف وفي المثل رفع ذلك وهو ظاهر قال واذا باع عقارا وقبض الشفيع كل الثمن فجاء آخر فاستحق بعض الدار شائعا او قطعة بعينها فللمستحق ان يأخذ ما في يد الشفيع لان الاستحقاق ظهر في الكل فظهر ان الشفيع اخذ ما لم يكن مبيعا له فكان للمستحق ان يأخذ ما في يده ولا يرجع الشفيع على البائع بشيء لان الاستحقاق لم يظهر في حقه وانما ظهر في حق المشتري قال واذا باع عقارا بثمن مؤجل فاخذ الشفيع بالثمن حال فله ذلك لان الاجل حق المشتري لانه شرع لدفع حاجته وقد اندفعت حاجته بالتعجيل فيسقط الاجل كما لو مات المشتري وعليه ديون حالة وعليه ديون مؤجلة فان الاجل يسقط في حق الكل لما قلنا كذا هذا قال واذا باع عقارا بثمن مؤجل فاخذ الشفيع بالثمن حال فله ذلك لان الاجل حق المشتري لانه شرع لدفع حاجته وقد اندفعت حاجته بالتعجيل فيسقط الاجل كما لو مات المشتري وعليه ديون حالة وعليه ديون مؤجلة فان الاجل يسقط في حق الكل لما قلنا كذا هذا قال واذا باع عقارا بثمن مؤجل فاخذ الشفيع بالثمن حال فله ذلك لان الاجل حق المشتري لانه شرع لدفع حاجته وقد اندفعت حاجته بالتعجيل فيسقط الاجل كما لو مات المشتري وعليه ديون حالة وعليه ديون مؤجلة فان الاجل يسقط في حق الكل لما قلنا كذا هذا

لكونه منكر الضمان حقيقة ولا يجب على الموضع مع كونه في صورة المدعى عليه برد الوديعة عليه مكان للمشتري فيما نحن فيه مجال فاقامة البينة وان لم يجب على خصمه الحلف اصلا فرجح ابو يوسف بينته بناء على كونها اكثر اثباتا وبهذا التفصيل تبين ان قول صدر الشريعة في شرح الوقاية في هذا المقام وجهتها ما ذكرنا سويد آه ماذكره قبله بقوله لان الشفيع يدعي استحقاق الدار عند نقد الاقل والمشتري ينكره ليس بسديد وعن هذا لم يحك عن ابي حنيفة الاحتجاج بذلك مع ظهوره جدا وانما حكى عنه الطريقتان اللتان ذكرهما المصنف بقوله ولهما انه لاتنافي الى آخره وبقوله ولان بينة الشفيع ملزمة الى آخره حكى اوليهما محمد واخذ بها وحكى ثانيهما ابو يوسف ولم ياخذ بها كما ذكر ذلك في الشروح **قوله** وهو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشتري منه اقول لقائل ان يقول ان اريد ان الوكيل كالبائع والموكل كالمشتري منه من كل وجه فهو ممنوع لظهور الاختلاف في بعض الاحكام وان اريد ان الوكيل كالبائع والمشتري في بعض الوجوه فهو مسلم ولكن الشفيع والمشتري ايضا بمنزلة البائع والمشتري في بعض الوجوه كما صرحوا به قاطبة فلا يتم الفرق فليتامل في الدفع **قوله** وبعد التسليم نقول الاصح الثاني هنالك الا بفسخ الاول اما هنا فخلافه اقول يرد على ظاهره ان البيع الثاني لا يصح هنا ايضا الا بفسخ الاول ضرورة عدم تصور بيع شيء واحد من شخص واحد مرتين الا بفسخ الاول يدل على لزوم الفسخ هنا ايضا قول المصنف فيما قبيل وههنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع حيث نفى ظهور الفسخ في حق الشفيع وذلك يقتضي تحقق الفسخ في نفسه والجواب ان مراد المص بالفسخ في قوله لا يصح الثاني هنالك لا بفسخ الاول اما هنا فخلافه هو الفسخ في حق الثالث وهو المالك القديم هنالك والفسخ هنا لا الفسخ في حق المتعاقدين الذي لزم تحققه ضرورة في الفصلين معا هو الثاني دون الاول فمعنى كلام المصنف هنا ان الفسخ يظهر في حق الثالث هنالك كما يظهر في حق المتعاقدين واما هنا فخلافه اي لا ظاهر في حق الثالث وثمرة هذا الاختلاف ان الثالث هنالك وهو المالك القديم ياخذ العبد المامور من المشتري من العبد وبالثمن الثاني واما الثالث هنا وهو الشفيع فياخذ الدار من المشتري باي الثمنين شاء فان قلت نعم معنى كلام المصنف ذلك قطعا ولكن ما وجه ظهور الفسخ هنالك في حق المالك القديم وعدم ظهوره هنا في حق الشفيع وما الفرق بينهما قلت الشفيع تعلق بالدار من وقت وجود البيع الاول واما حق المالك القديم فلم يتعلق بالعبد المامور الا بعد الاخراج الى دار الاسلام والاخراج اليها لم يكن الا بالبيع الثاني فافترقا وحل هذا المقام بهذا الوجه مما يهم وقد اهمله الشراح مع التزامهم بيان الظواهر في كثير من المواضع والله اعلم

فصل فيما يؤخذ به المشفوع لما فرغ من بيان احكام المشفوع وهو الاصل لانه المقصود من حق الشفعة شرع في بيان ما يأخذ به المشفوع وهو الذي يؤديه الشفيع لانه ثمن والثمن تابع كذا في الشروح **قوله** وبهذا لان الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه اقول كان الظاهر ان يقول بمثل ما يملك به لان الشفيع انما يتملك بمثل الثمن الذي تملك به المشتري لا بمثل المبيع الذي تملكه المشتري وعن هذا قلنا فيما اذا اشترى دارا بعرض ياخذها الشفيع بقيمة العرض الذي هو الثمن لا بقيمة الدار التي هي المبيع كما قاله اهل المدينة على ما ذكر في المبسوط وفي الكافي والفارق بينهما هو البال فلا بد من ذكرها هنا ولقد احسن صاحب الكافي حيث قال ولنا ان الشفيع يتملك بمثل ما تملك به المشتري والمثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى وقاصر وهو المثل معنى انتهى **قوله** وليس الرضى به في حق المشتري رضى في حق الشفيع لتفاوت الناس في المالية بفتح الميم وهو مصدر ملوه الرجل وقال قائل ان يقول لما كان الرضى شرعا وجب ان لا يثبت حق الشفعة

لا بالذكر كذا هذا ثم ان اخذ بما ثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل وان اخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل لما كان ان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل باخذ الشفيع فبقي موجبه فصار كما اذا باعه بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا وان اختار الانتظار لم يكن له ان يلزم زيادة الشهر من حيث النقد وقد مر في الكتاب انشاء صبر حتى يقضي الاجل مراده الصبر عن الاخذ اما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند ابي حنيفة وهو خلافا لقول ابي يوسف الآخر ان حق الشفعة انما يثبت بالبيع والاخذ يتراخى عن الطلب وهو ممكن من الاخذ في الحال ان ادى الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع قال واذا اشترى ذمي بخمر او خنزير وشفيعه ذمي اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان هذا البيع يقضى بالصحة فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذمي والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فيأخذ في الاول بالمثل وفي الثاني بالقيمة قال وان كان شفيعه مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير اما الخنزير فظاهر وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم فالتحق بغير المثلي وان كان شفيعها مسلما في شيء اخذه المسلم بنصف قيمة الخمر الذي ضمنها بنصف مثل الخمر عند ابي حنيفة للكل في المسلم الذي اخذها بنصف قيمة الخمر لعجزه عن تمليك الخمر وبالاسلام يتأكد حقه لان بطل فصار كما اذا اشترى بعصير فصار الشفيع بعد القطع باخذها بقيمة الزبد كذا هنا

لانتفائه من البائع والمشتري جميعا وحيث ثبت بدونه جاز ان يثبت الاجل كذلك والجواب ان ثبوته بدونه ضروري ولا ضرورة في ثبوت الاجل الى هنا كلامه وقد اقتفى اثره الشارح العيني اقول لا يخفى على ذوي فطرة سليمة ان ذلك ليس بدليل اخر بل انما هو تتمة الدليل السابق ذكره ورفع ما عسى يتوهم ان يقال شرط الاجل وان لم يتحقق بين البائع والشفيع صريحا لكن تحقق بينهما ضمنا من حيث ان الرضى بالاجل في حق المشتري رضى به في حق الشفيع ووجه الدفع ظاهر من قوله لتفاوت الناس في الملاة فلا احتياج اصلا لما ارتكبه الشارحان المزبوران من تقدير مقدمات يجعل كل دليلا مستقلا وايراد سوال والتزام جواب بعيد عنه بل لا وجه المقول بانه لا بد في الشفعة من الرضى عند من احاط بمسائل الشفعة خبرا كيف وقد صرحوا بخلافه في مواضع شتى من كتاب الشفعة سيما عند قولهم ويملك الشفيع الدار اما بالتراضي او بقضاء القاضي حيث جعلوا قضاء القاضي مقابلا للتراضي واعتبر كل واحد منهما سببا مستقلا للملك قوله ثم ان اخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل وان اخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان قال صاحب العناية قوله وان احدها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل الى آخره يوهم ان الشفيع يملك مبيع جديد وهو مذهب بعض المشائخ كما تقدم وليس كذلك بل هو بطريق تحول الصفقة كما هو المختار لكن يتحول اما كان مقتضى العقد والاجل مقتضى الشرط فبقي مع من ثبت الشرط في حقه انتهى واقتفى الشارح العيني اقول هذا خبط فاحش منهما مداره عدم الفرق بين ما اذا قبضها المشتري فاخذها الشفيع من يده وبين ما اذا لم يقبضها المشتري واخذها الشفيع من يد البائع فان الاختلاف في ان الدار المشفوعة هل تنتقل الى الشفيع بطريق تحول الصفقة ام بعقد جديد انما هو فيما اذا اخذها الشفيع من يد البائع قبل ان يقبضها المشتري واما فيما اذا اخذها الشفيع من يد المشتري بعد ان قبضها فلم يقل احد بان انتقالها الى الشفيع هناك بطريق تحول الصفقة ولا يحال له اصلا وانما هو بطريق عقد جديد بالاجماع ولقد نادى به المصنف في اواخر باب طلب الشفعة والخصومة فيها بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذه من يده حيث تكون العهدة عليه بالقبض لانه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري وانه يوجب الفسخ انتهى والصواب ان قول المصنف هنا ثم ان اخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري اشارة الى صورة اخذها من يد البائع قبل ان يقبضها المشتري وقوله لما بينا من قبل اشارة الى ما ذكره في باب طلب الشفعة والخصومة فيها من ان العقد ينفسخ في حق الاضافة الى المشتري ويتحول الصفقة الى الشفيع على ما هو المختار وان قوله وان اخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان اشارة الى صورة اخذها من يد المشتري بعد ان قبضها وقوله لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل باخذ الشفيع فبقي موجبه فصار كما اذا باعه بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا اشارة الى ان تملك الشفيع في هذه الصورة بعقد جديد كما نبه عليه في الباب المزبور بقوله بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذه من يده حيث تكون العهدة عليه بالقبض لانه تم ملكه بالقبض انتهى فكان كل من المسئلتين المذكورتين ههنا مطلقا لما صرح به في الباب المزبور فلا غبار على شيء منهما اصلا قوله وهو متمكن من الاخذ في الحال بان يودي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع قال صاحب العناية قوله وهو متمكن من الاخذ في الحال جواب عن قول ابي يوسف الاخر وتقريره لا نسلم ان المقصود به الاخذ ولئن كان فلا نسلم انه ليس بمتمكن من الاخذ في الحال بل هو متمكن منه بان يودي الثمن حالا انتهى اقول فيه نظر اما اولا فلان المص لم يتعرض فيما قبل لدليل ابي يوسف الاخر كما ترى فالتصدي للجواب عنه بمنع بعض مقدماته كما قرره الشارح المزبور بعيد جدا بل هو خارج عما عليه دأب المصنف في نظائره واما ثانيا فلان منع كون المقصود به الاخذ كما ذكره الشارح المزبور في اول التقرير مما لا يفهم

فصل قال واذا بنى المشتري او غرس ثم قضي للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعه وعن ابي يوسف انه لا يكلف القلع ويخير بين ان يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين ان يترك وبه قال الشافعي لان عند له ان يقلع ويعطي قيمة البناء لابي يوسف انه محق في البناء لانه بناه على ان الدار ملكه والتكليف بالقلع من احكام العدوان صار كالمرهون له والمشتري شراء فاسدا وكما اذا باع المشتري فانه لا يكلف القلع وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع الضررين بتحمل الادنى فيصار اليه ووجه ظاهر الرواية انه بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن اذا بنى في المرهون وهذا لان حقه اقوى من حق المشتري لانه يتقدم عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته

من عبارة المصنف في قوله المذكور بوجه من وجوه الذات فكيف يصح حمل كلام المصنف عليه واما ثانيا فلان قوله ولين كان فلا نسلم انه ليس يتمكن من الاخذ في الحال بل هو متمكن منه بان يودي الثمن حالا ما لا يكاد يصلح ان يكون جوابا عن دليل ابي يوسف الاخر في هذه المسئلة لان دليله على ما ذكر في المبسوط وفي شرح هذا الكتاب حتى العناية نفسها ان الطلب غير مقصود لعينه بل للاخذ وهو في الحال لا يتمكن من الاخذ على الوجه الذي يطلبه وهو الاخذ بعد حلول الاجل او الاخذ في الحال بثمن موجل فلا فائدة في طلبه في الحال فسكوته لانه لم يرتقبه فائدة لا لاعراضه عن الاخذ انتهى ولا يذهب على ذي مسكة ان منع تمكنه من الاخذ في الحال بناء على تمكنه منه بان يودي الثمن حالا لا يجدي طائلا في دفع ما ذكر في دليله من انه في الحال لا يتمكن من الاخذ على الوجه الذي يطلبه فان اداء الثمن حالا ليس على الوجه الذي يطلبه وليس بلازم له التتبه وخلاف ابي يوسف في قوله الاخر فيما اذا لم يختر الشفيع اخذه بثمن حال بل اختار الانتظار الى حلول الاجل فكيف يكون تمكنه من الاخذ في الحال بان يودي الثمن حالا جوابا عن ذلك والحق ان محل قول المصنف وهو متمكن من الاخذ في الحال الى اخره على تسليم دليل ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله بان يحمل دليلا بحسب المعنى على ثبوت حق الشفعة له بالبيع كما يدل عليه تقرير صاحب الكافي وكثير من الشراح اخذا من المبسوط حيث قالوا بعد ذكر وجه قول ابي يوسف الاخر وجه ظاهر الرواية ان حقه في الشفعة قد ثبت بدليل انه لو اخذ بثمن حال كان له ذلك والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه مبطل شفعته انتهى تبصر

فصل مسائل هذا الفصل مبنية على تغير المشفوع اما بالزيادة او بالنقصان بنفسه او بفعل الغير فلما كان المتغير فرعا على غير المتغير كان جديرا بان يختص في فصل على حدة **قوله** وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفعا على الضررين بتحمل الادنى فيصار اليه قال صاحب النهاية في تفسير قول المصنف وهذا اي وهذا المدعى الذي قلنا وهو ان لا تكلف المشتري بقلع البناء انتهى وذلك المعنى فسره سائر الشراح ايضا ولكن بعبارات شتى فقال صاحب العناية اي ما قلنا انه لا تكلف وقال صاحب الكفاية اي قول ابي يوسف ان لا تكلف المشتري قلع البناء وقال صاحب معراج الدراية اي القول بعدم ايجاب القلع ووجوب قيمة البناء والغرس وقال الشارح العيني اي ما قلنا من عدم ايجاب القلع ووجوب قيمة البناء والغرس اقول لقائل ان يقول قد تلخص من جملة ذلك ان المشار اليه بكلمة هذا في قوله وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة الى اخره اصل مدعى ابي يوسف فيلزم ان يكون قوله لان في ايجاب الاخذ بالقيمة الى اخره دليلا على ما كان قوله ولابي يوسف انه محق في البناء الى اخره دليلا عليه فينبغي ان يقول ولان في ايجاب الاخذ بالقيمة الى اخره على ما هو الطريق المعهودة عند تعدد الادلة والجواب ان من عادة المصنف في كتابه هذا انه اذا اراد ان يبين لمسئلة بعد بيان انتهاء سلك هذا المسلك ايما الى ان مفاد الدليلين مختلف من حيث الانية واللمية وان كان اصل المدعى واحدا او كانهما صارا دليلين على شيئين مختلفين فليكن هذا على ذكر منك فانه ينفعك في موارد ها وقد كنت نبهت عليه من قبل ايضا فلا تغفل **قوله** وهذا لان حقه اقوى من حق المشتري لانه يتقدم عليه اقول هنا كلام وهو ان المصنف قال قبيل باب طلب الشفعة في تعليل قوله وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم بها حاكم لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضي او بقضاء القاضي وبين ذلك وما قال هنا تدافع فان المتفهم مما ذكره هناك تقدم المشتري على الشفيع حيث يثبت الملك اولا للمشتري ثم ينتقل منه الى الشفيع بالتراضي او بقضاء القاضي وما ذكره هنا صريح في تقدم الشفيع على المشتري فما التوفيق والجواب ان المراد بما ذكره ههنا تقديم الشفيع على المشتري في الاستحقاق وبما ذكره هناك يقدم المشتري على الشفيع في التملك والتملك مغاير للاستحقاق وموخر عنه اذ قد يقرر فيما قبل باب طلب الشفعة ان للشفعة حق الاتملا الاستحقاق والاستقرار والتملك وان الاول يثبت

بخلاف الهبة والشراء الفاسد عند ابي حنيفة لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف
ولا يبقى بعده البناء وهذا الحق يبقى فلا معنى لايجاب القيمة كما في الاستحقاق والزرع يقلع قبلا وتبقا لا يقلع تحسانا لان له نهاية معلومة ويبقى بالاجر وليس له كثير
ضرر لان الغرس بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بينا وفي الغصب قوله انهما الشيع فيهما وغرس ثم استحق لجمع باتم لانه تبين انه احدثه بغير حق وكذا جحد بقيته بناء
والغرس على الباتم لانه احدثهما مسلطا له على المشتري لان احدهما منه وعن ابي يوسف انه يرجع لانه متملك عليه فاشبه منزلة البائع والمشتري

باتصال التملك بشطر البيع والثاني بالاشاعة والثالث بالاخذ بالشفعة اي اولية قضاء والتاخي فلا نافع بين الكلامين في المقامين اذ كون الشفيع اقدم في الاستحقاق لا ينافي كون المشتري اقدم في التملك كما لا يخفى **قوله** بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد عند ابي حنيفة قال جماعة من الشراح ان قول المصنف بخلاف الهبة متصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق فان فيهما تسليطا من جهته اقول فيه بحث لان المصنف علل الخلاف المذكور بوجهين احدهما قوله لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق وثانيهما قوله ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف فلو كان قوله بخلاف الهبة متصلا بما ذكره هؤلاء الشراح لما صح تعليل الخلاف المذكور بالوجه الثاني لانه ان كانت علة كون حق الاسترداد فيهما ضعيفا كون التسليط فيهما من جهة من له الحق كان راجعا الى الوجه الاول فلا معنى لجعله وجها اخر معطوفا على الاول وان لم يكن علة ذلك كون التسليط فيهما من جهة من له الحق فلا يصلح ان يكون تعليلا للخلاف المتصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق فالحق عندي ان قوله بخلاف الهبة الى آخره متصل بمجموع ما ذكر من وجه ظاهر الرواية فالمعنى ان مضمون هذا الوجه ملابس بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد فحينئذ يكون التعليل بقوله لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ناظرا الى قوله في وجه ظاهر الرواية من غير تسليط من جهة من له الحق ويكون التعليل بقوله ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف ناظرا الى قوله فيه لان حقه اقوى من حق المشتري فيتم التعليلان معا بلا غبار وقال جمهور الشراح انما قيد بقوله عند ابي حنيفة رحمه الله لان عدم جواز الاسترداد البائع في الشري الفاسد اذا بني المشتري فيما اشتراه انما هو على قول ابي حنيفة واما عندهما فله الاسترداد بعد البناء كالشفيع في ظاهر الرواية انتهى اقول لقائل ان يقول اذا جاز عندهما الاسترداد بعد البناء في الشري الفاسد ايضا فكيف يتم قياس ابي يوسف في دليله المذكور في مسئلتنا هذه بقوله وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا فان جواز الاسترداد في الشري الفاسد ينافي قياس المشتري في مسئلتنا هذه على المشتري شراء فاسدا في ان لا يكلف القلع كما هو مذهب ابي يوسف ههنا فان قلت يجوز ان يكون مراده بقوله والمشتري شراء فاسدا في دليله المذكور مجرد الاحتجاج على ابي حنيفة بمذهبه في الشري الفاسد كما افصح عنه صاحب غاية البيان حيث قال في شرح قوله والمشتري شراء فاسدا هذا احتجاج من ابي يوسف على ابي حنيفة بمذهب ابي حنيفة قلت ذلك بعيد عن عبارة الكتاب جدا لان قياسه المذكور لم يذكر بصدد الجواب عما قاله صاحباه بل ذكر بصدد اثبات مدعاه فكيف يصلح ان يكون لمجرد الاحتجاج على الخصم سيما على ابي حنيفة من مذهبه في الشري الفاسد كما افصح عنه صاحب غاية البيان حيث قال في شرح قوله المشتري شراء فاسدا هذا احتجاج من ابي يوسف على ابي حنيفة بمذهب ابي حنيفة فقط ثم اقول الاوجه في التوجيه ان يقال ان لابي يوسف في البناء بعد الشري الفاسد قولين احدهما ان للبائع حق استرداد المبيع بعد ذلك وقد ذكره المصنف في فصل احكام البيع الفاسد من كتاب البيوع وثانيهما انه ليس للبائع ذلك كما قاله ابو حنيفة وقد نقله صاحب العناية هناك عن الايضاح حيث قال وذكر في الايضاح ان قول ابي يوسف هذا هو قوله الاول وقوله اخرا مع ابي حنيفة انتهى وكذا لابي يوسف في مسئلتنا هذه قولان احدهما ما ذكره المصنف بقوله وعن ابي يوسف انه لا يكلفه القلع الى اخره وهذا رواه عنه الحسن بن زياد وثانيهما مثل ما قاله ابو حنيفة ومحمد وزفر وهو الذي ذكر في الكتاب بان قال فهو بالخيار ان شاء اخذه بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعه وهذا رواية محمد عن ابي يوسف ورواية ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد والحسن بن ابي مالك صرح بذلك عنهم كلهم ابو الحسن الكرخي في مختصره وذكر في غاية البيان واذا قد كان الامر كذلك فيجوز ان يكون قياس ابي يوسف بقوله والمشتري شراء فاسدا في الاستدلال على احد قوليه في هذه المسئلة مبنيا على قوله الاخر من قوليه في مسئلة البناء بعد الشري الفاسد وهو ان لا يكون للبائع حق الاسترداد كما هو قول ابي حنيفة فيها ويكون تقييد المصنف قوله وبخلاف الشري الفاسد بقوله عند ابي حنيفة احترازا عن قول محمد وعن احد قولي ابي يوسف فيهما وهو قوله الاول كما عرف فتدبر **قوله** ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى قال صاحب غاية البيان هذا ايضاح لضعف حق الاسترداد في الهبة والشراء الفاسد ولكن فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد

ان ضعيف

والفرق على ما هو المشهور ان المشترى صار مغرورا من جهته لانه سلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه **قال** واذا انهدم الدار او احترق بناؤها او وجف شجر البستان بغير فعل احد فللشفيع الخيار ان شاء اخذها بجميع الثمن لان البناء والغرس تابع حتى دخل في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن فصار مقصودا وليس بمقابل بكل الثمن في هذه الصورة بخلاف ما اذا غرق نصف الارض حيث يأخذ الباقي بحصته لان الفائت بعض الاصل **قال** وان شاء ترك لان له ان يمتنع عن تملك الدار بالله بانه معاوضة وليس للشفيع ان يأخذ النقض لانه صار مقصودا بالانلاف فيقابله شيء من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك بآفة سماوية **قال** ومن اتبع ارضا على غلمها ثمراتها الشفيع بثمرها ومعناه اذا ذكر الثمر في البيع لانه لا يدخل من غير ذكر وهذا الذي ذكره استحسان وفي القياس لا يدخل لانه ليس بتبع لا يرى انه لا يدخل في البيع من غير ذكر كما شبه المتاع في الدار وجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء في الدار وما كان مركبا فيه فيأخذه الشفيع **قال** وكذلك ان اتباعها وليس في النخل ثمر فاشترى فيه المشتري يعني يأخذه الشفيع لانه مبيع تبعا لان البيع مر في اليه على ما عرف في ولد المبيع **قال** فان جذه المشتري ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر في الفصلين جميعا لانه لم يبق تبعا للعقار وقت الاخذ حيث صار مقصودا عنه فلا يأخذه كالثمر الذي بدا صلاحه في الفصل الاول لانه دخل في البيع مقصودا فيقابله شيء من الثمن اما في الفصل الثاني يأخذ ما سوى الثمر لانه يجب ان يكون الثمر لمن كان الثمر له عند العقد فلا يكون المبيع الا تبعا فلا يقابله شيء من الثمن والله اعلم

انما لا يبقى على مذهب ابي حنيفة لا على مذهب ابي يوسف فكيف يحتج بمذهب ابي حنيفة على صحة مذهبه ولابي يوسف ان يقول هذا مذهبك لا مذهبي وعندي حق الاسترداد بعد البناء باقي في الشراء الفاسد انتهى اقول نظره ساقط جدا لان هذا الايضاح من مستفرعات قوله بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد وقوله ذلك جواب عن قياس ابي يوسف على الموهوب له والمشتري شراء فاسدا كما صرح به ذلك الناظر وغيره وقياسه على المشتري شراء فاسدا انما يتم على القول ببقاء حق الاسترداد للبائع بعد ان بنى المشتري شراء فاسدا فان كان مراده بقياسه المذكور اثبات مدعاه كما هو الظاهر من عبارة الكتاب على ما بينا عليه من قبل كان قياسه المذكور مبينا على قوله الاخر في مسئلة الاسترداد وهو كقول ابي حنيفة فليس له ان يقول هذا مذهبك لا مذهبي وان كان مراده بقياسه المذكور مجرد الاحتجاج على ابي حنيفة بمذهب ابي حنيفة كما ذهب اليه ذلك الناظر في شرح ذاك المقام فلا شك في اندفاع الاحتجاج عليه بما ذكره من الفرق والايضاح على مذهبه فلا معنى لقول ذلك الناظر فكيف يحتج بمذهب ابي حنيفة على صحة مذهبه واجاب صاحب العناية عن النظر المذكور بوجهين اخرين حيث قال قيل فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء في البيع الفاسد انما لا يبقى على مذهب ابي حنيفة فالاستدلال به لا يصح والجواب انه يكون على غير ظاهر الرواية لانه لما كان ثابتا بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافها انتهى كلامه اقول في كل من وجهي الجواب نظرا اما في الاول فلان المصنف بصدد بيان وجه ظاهر الرواية كما ترى فلا مجال لحمل كلامه المذكور في ذلك الصدد على غير ظاهر الرواية واما في الثاني فلان الظاهر ان الدليل الظاهر الذي كان عدم بقاء حق الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد ثابتا به انما هو حصول ذلك الشراء بتسليط من جهة من له الحق وهو البائع كما في البيع الصحيح فانه المذكور دليلا على ذلك في موضعه دون غيره وقد جعله المصنف ههنا دليلا الاول فكيف يبتنى عليه تمام الدليل الثاني الذي كلامنا فيه تبصر تفهم **قوله** والفرق على ما هو المشهور ان المشتري مغرور من جهة البائع وسلط عليه ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه اقول فان الاولى ان يقال ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع لا البائع ولا من المشتري ليعم ما اخذه من البائع وما اخذه من المشتري ويطابق قوله فيما قبل ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان اخذ منه ولا على المشتري ان اخذه منه وعن هذا قال في الكافي ولا غرور في حق الشفيع لانه تملك عن صاحب اليد جبرا بغير اختياره منه وقال في النهاية نقلا عن المبسوط ولا غرور في حق الشفيع لا من جانب البائع ولا من جانب المشتري لانه تملك على صاحب اليد جبرا من غير اختيار فلا يرجع انتهى ورد صاحب الاصلاح والايضاح التعليل بالاخذ جبرا حيث قال انما لا يرجع بقيمة البناء والغرس على احد لا لانه اخذ جبرا حيث قال انما لا يرجع بقيمة البناء والغرس على احد لا لانه اخذ جبرا لانه لا يتمشى فيما اخذ بالتراضي بل لانه ليس بمغرور والمشتري انما يرجع على البائع لانه مغرور من جهته اقول ليس ذاك بشيء لان قيد الجبر ماخوذ في تعريف الشفعة على ما ذكر في عامة الكتب حتى ان ذلك الراد نفسه ايضا اخذ ذاك القيد في تعريفها حيث قال في متنه الشفعة تملك مبيع عقار جبرا بمثل ثمنه وفسر في شرحه قيد جبرا بمعنى بغير صورة الاخذ بالتراضي ايضا حيث قال يعني لا يعتبر اختياره لانه بغير عدم اختياره ولا يخفى ان توجيهه هناك هو التوجيه ههنا ولا يخل بالفرق بين المشتري مع البائع وبين الشفيع مع خصمه لتمام ذلك الفرق باعتبار الاختيار في الاول وعدم اعتباره في الثاني ولا يتوقف على اعتبار الاختيار

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

قال الشفعة واجبة في العقار وان كان مما لا يقسم وقال الشافعي رح لا شفعة فيما لا يقسم لان الشفعة انما وجبت دفعا لمؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا قوله عليه السلام الشفعة في كل شيء عقار او ربع الا غير ذلك من غير فصل بين ما يقسم وما لا يقسم ولان الشفعة سببها الاتصال في الملك والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على ما مر وانه يتناول القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحى والبئر الطريق قال ولا شفعة في العروض والسفن لقوله عليه السلام لا شفعة الا في ربع او حائط وهو حجة على مالك رح في ايجابها في السفن ولان الشفعة انما وجبت لدفع سوء الجوار على الدوام والملك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا يلحق به في بعض نسخ المختصر ولا شفعة في البناء النخل اذا بيعت دون العرصة وهو صحيح مذكور في الاصل لانه لا قرار له فلا يكون تابعا وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفل اذا لم يكن طريق العلو فيه لانه يمكنه من حق القرار التحق بالعقار قال والمسلم والذمي في الشفعة سواء لعموم ما روينا ولان الذمي يساوي المسلم في سبب الاستحقاق وهو الملك وفي الحكمة فيستويان فيه الذكر والانثى والصغير والكبير والعاقل والمجنون والعبد اذا كان ماذونا او مكاتبا قال واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لانه امكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة او قيمة على ما مر قال وكل شيء دخل في البيع من حقوقه وكل شيء هو مسيل الماء الى الدار التي يتزوج الرجل عليها او يخالع المرأة بها او يستأجر بها دارا او غيرها او يصالح بها عن دم عمد او يتفق عليها عبدا الا ان الشفعة عندنا انما تجب في دار او ارض للمال بنا وهذه الاعواض ليست باموال فلا يجاب الشفعة فيها خلاف المشاع وقلب الموضوع

في الاول واعتبار عدمه في الثاني تامل تفقه بقي شيء في كلام صاحب الاصلاح والايضاح وهو انه نفى كون مدار الفرق الجبر والاختيار وحكم بان مداره الغرور وعدم الغرور فلقائل ان يقول ان كان سبب الغرور في المشتري وعدم الغرور في الشفيع كون البائع مختارا وخصم الشفيع مجبرا كما هو الظاهر من تقرير المصنف يلزم المصير الى ما يفاده وان كان سببها غير ذلك فهو واضح سيما بين الشفيع الاجنبي الراضي خصمه وبين المشتري من البائع ويمكن الجواب بان يقال سبب غرور المشتري التزام البائع له سلامة المبيع كما يشير اليه تقرير صاحب النهاية حيث قال ان المشتري مغرور من جهة البائع فيرجع عليه بالثمن وبقيمة البناء لدفع الغرور وذلك لان البائع التزم للمشتري السلامة انتهى والظاهر ان خصم الشفيع وان رضي باخذه لكن لم يلتزم له السلامة فافترقا

باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب ذكر تفصيل ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب بعد ذكر نفس الوجوب مجملا لان التفصيل بعد الاجمال كذا في الشروح **قوله** الشفعة واجبة في العقار قال جمهور الشراح العقار كل مال اصل من دار او ضيعة اقول تفسيرهم العقار بهذا الوجه مما يابا ه ظاهر الحديث الآتي ذكره في تعليل هذه المسئلة وهو قوله عليه الصلوة والسلام الشفعة في كل شيء عقار او ربع لان الربع هو الدار بعينها كما صرح به في كتب اللغة ونص عليه الشراح ههنا وقد عطف ذلك في الحديث المذكور على العقار والعطف يقتضي المغايرة بين المعطوفين فكيف تفسير احدهما بالدار في معنى العقار اللهم الا ان يجعل ما في الحديث من قبيل عطف الخاص على العام كما في قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلوة الوسطى لكن النكتة فيه غير واضحة على ان عطف الخاص على العام بكلمة او مما لم تسمع قط ثم اقول قال الامام المطرزي في المغرب والعقار الضيعة وقيل كل مال له اصل من دار وضيعة انتهى فلعل ما وقع في الحديث المذكور وارد على اول التفسيرين المذكورين في المغرب للعقار وهو التفسير المختار عند صاحب المغرب كما يشعر به تحريره وما ذكره جمهور الشراح ههنا مطابق التفسير الثاني منهما فكانهم اختاروه ههنا لكونه المناسب للمقام لان الشفعة كما تثبت في الضيعة تثبت في الدار ونحوها ايضا على ما صرحوا به ثم اعلم انه قال الجوهري في الصحاح في فصل العين من باب الراء والعقار بالفتح الارض والضيعة والنخل ومنه قولهم ماله دار ولا عقار انتهى وقال في فصل الضاد من باب العين من الصحاح والضيعة العقار والجمع ضياع انتهى اقول في كلامه اختلال لانه فسر العقار اولا بما يشمل الاقسام الثلثة وهي الارض والضياع والنخل ثم فسر الضيعة التي هي مفرد الضياع بالعقار فلزم تفسير الاخص بالاعم كما ترى **قوله** ولا شفعة في العروض والسفن لقوله عليه الصلوة والسلام لا شفعة الا في ربع او حائط اقول فيه شيء وهو ان الظاهر ان وجه الاستدلال بهذا الحديث هو انه عليه الصلوة والسلام حصر ثبوت الشفعة في الربع والحائط فدل ذلك على انتفاء حق الشفعة في غيرهما ومن غيرهما العروض والسفن فمقتضى ذلك الحصر ان لا يثبت الشفعة في عقار غير ربع وحائط ايضا كضيعة خالية مثلا وليس كذلك قطعا فكيف يتم التمسك به فان قلت يمكن ان يحمل القصر المستفاد من الحديث المذكور على القصر الاضافي دون الحقيقي بان يكون المراد به قصر ثبوتها على ربع وحائط بالاضافة الى العروض والسفن لا قصره عليهما بالنسبة الى جميع ما عداهما فلا يرد المحذور المزبور قلت من اين يفهم ان اضافة ذلك القصر الى العروض والسفن لا الى العروض فقط دون السفن ولا الى ما يعم شيئا ما سوى العروض والسفن وما القرينة على ذلك حتى يتم الاستدلال بالحديث المذكور ويصير حجة على مالك في ايجابها في السفن كما ذكره المصنف فتامل **قوله** واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لانه امكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة او قيمة على ما مر قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قد تقدم ان الشفعة انما يجب في العقار دون شرطها ان تملك بعوض هو مال لان مراعاة شرط الشرع وهو التملك بمثل ما ملك المشتري صورة في ذوات الامثال وقيمة في ذوات القيم على ما مر في فصل ما يوخذ به المشفوع وجبة

وعند الشافعي يجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فامكن تقديمها ان تقدر بمثلها في البيع بالعرض بخلاف قطيعة لانه لا عرض فيها اساسا وقوله يتأتى فيما اذا كان نصاب من دراهم او ما يضاهيها كما لا يخفى وقوله وفي النكاح غيره بالعقد كالاجارة عرر فلا نظر في حق الشفعة وكان الدار والقرية غير مقوم لا تقوم مقام غيره في الشيء الخاص المطلوب وتتعين فيها على اعيانها لان الزوج انما يبذل هذه المرأة لا عن قيمة المفروض في العقد لكونه مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا باعها بمثل المسمى لانه مبادلة المال بالمال ولو ورثها ان اراد على ان يرد عليه ما لقاء الشفعة فيجب الدار عند الجميع ويرد هذا واجب في حصة هذه الدار لانه مبادلة المالية في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تام بوطء أتى بلفظ النكاح وهو يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الاصل كذلك في التبع ولا الشفعة شرعت في المبادلة المالية للقصور في حق الشفيع لان المضارب اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعا فيه قال ويصالح عليها بانكار فان صالح عليها باقرار وجبت الشفعة قال رضي الله عنه هكذا ذكر في الكتاب في الكل وهو المختصر والصحيح ويصالح عنها بانكار مكانه على ما اذا صالح عنها باقرار لانه معتوض والمال المأخوذ عن ملكه اذا ذهب عنها بسكوت لا يمكنه ان يجعل ذلك بدل مال فتبقى الشفعة وقطع الشفعة خصمه كما اذا انكر صريحا بخلاف ما اذا صالح عنها باقرار لانه معتوض والمال المأخوذ عن ملكه اذا ذهب عنها بالصلح كان مبادلة المالية تماما اذا صالح عليها باقرار وسكوت واذا انكار وجبت الشفعة فجميع ذلك لا تأخذها عوض حقيقي وتبعا لما ترتكن من جنسه فيما لا تحضره قال وكذا الشفعة في هبة لما ذكرنا الا ان يكون بعوض مشروط في الهبة لانه بيع انتهاء وكذا من الفبض وان كان الموهوب لا يحتمله ابتداء وقد قررناه وكذا في الهبة بخلاف ما اذا لم يكن العوض مشروطا والعقد ان كان واحدا فهي هبة مطلقة الا انه اثيب منها او متنع اثيب منها او رجع قال ورجوع يشترط الخيار فلا شفعة للشفيع لانه ينعقد زوال الملك عن البائع فان سقط الخيار وجبت الشفعة عند زوال الملك عن البائع بالاتفاق والشفعة تستحق عليه على ما مر واذا اخذها في الثلث وجب البيع الا في المشتري عن الرد وكذا خيار الشفيع لانه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وان بيعت دار الى جنبها والخيار لاحدهما فله الاخذ بالشفعة والبائع قطع ملكه في التي تشفع بها وكذا اذا كان الخيار للبائع وامضاه والبيع عاد فيه واذا اخذها كان اجازة منه للبيع بخلاف ما اذا اشتراها ولم يره حيث لا يبطل خياره بل اخذها بيع بينهما للشفيع خيار الرؤية لا يبطل بصرح الابطال فكيف بدلالته ثم اذا حضر شفع الدار الاولى ان اخذها دون الثانية لانه دام ملكه في الاولى حين بيعت الثانية قال ومن باع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها ما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع وبعد القبض لاحتمال الفسخ

وهي انما تكون اذا كان العوض مالا فان الشرع قدم الشفيع على المشتري في اثبات حق الاخذ له بذلك السبب لا بالنشأ وبسبب آخر ولهذا لا يجب في الموهوب لانه لو اخذه اخذه بعوض فكان سببا غير السبب الذي تملك التملك انتهى اقول لقائل ان يقول لم لا يجوز ان يأخذه بلا عوض بالسبب الذي تملك التملك وهو الهبة بلا عوض لا يقال الا يقتضي الهبة بدون رضى الواهب لتملك لا يرضى بخروج الموهوب من يده بلا عوض فلا يملك الشفيع اخذه بلا عوض لانا نقول مدار الشفعة على عدم اعتبار رضى التملك وعن هذا قالوا ان حق الشفعة معدول عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير بغير رضاه كما مر في صدر كتاب الشفعة فلا تاثير لحديث عدم رضى التملك بخروج الموهوب من يده بلا عوض في عدم ثبوت حق الشفعة في الموهوب فالوجه التام في عدم ثبوت حق الشفعة في الموهوب الموروث وامثالها كما ذكر في الكافي وغيره وهو ان الشفعة عندنا تختص بمعاوضة مال بمال فلا تثبت بخلاف القياس بالاثار في معاوضة مال بمال فتقتصر عليها اقوله وعند الشافعي يجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها قال في النهاية وهي مثل او اجر المثل في التزويج والخلع والاجارة وقيمة الدار والعبد في الصلح والاعتاق انتهى اقول في قوله قيمة الدار نظر اذ الكلام في قيمة الاعواض التي جعلت بدلا للدار في الصورة المذكورة الا في قيمة نفس الدار والعوض في صورة الصلح هو دم العمد فالواجب عنده الشافعي قيمة دم العمد على زعمه لا قيمة الدار الا يقال لما جعل دم العمد عوضا من الدار صارت قيمة الدار لانا نقول لو اقتضى هذا القدر ان يصير قيمة احد العوضين قيمة للاخر لكان قيمة الاعواض المذكورة في الصور المزبورة كلها قيمة الدار لكون كل منها عوضا من الدار ولم يقل به احد بل وقع التصريح بخلافه في سائر الصور في نفس العناية ايضا ثم ان بعض الفضلاء لما تنبه لاجمال ما قلنا قال ان الكلام في قيمة الاعواض لا في قيمة الدار والعبد فيقال انتهى اقول لم يصب في زيادة العبد والحاقه بالدار في المأخذة فان العبد ماخوذ في جانب الاعواض المقابلة للدار كما يفصح عنه عبارة الكتاب فيكون الكلام في قيمة الاعواض لا ينافي اعتماد قيمة العبد في صورة الاعتاق نعم العوض اعتاق العبد لا نفس العبد لكن يتحصل الاعتاق متقوما لا بد له من المصير الى قيمة العبد في تقويم الكلام حينئذ على اصله واما التحقيق من قبلنا فسيجيء من بعد قوله وكذا الدم والحق متقوم قال في العناية انما افردهما لان تقوم هما البدل لانهما ليسا بمالين فيضطر الى تقويم انتهى اقول فيه بحث لان تحامه يفيد على كون سائر الاعواض المذكورة مالا وان لم تكن متقومة وليس الامر كذلك فانها ليست باموال عندنا وقد افصح عنه قول المصنف فيما قبل وهذه الاعواض ليست باموال وقوله في باب المهر من كتاب النكاح ان المنافع ليست باموال عندنا واصلنا واحق عندي في تعليل ان تقوم هما البدل انهما ليسا بمتقومين اصلا اي لا بالتقوم الضروري ولا بالتقوم الضروري بخلاف ما سواهما من الاعواض المذكورة فانها متقومة بالتقوم الضروري كما مر آنفا قوله وفيه اشكال اوضحناه في الميزوع قال في النهاية هذه الحوالة في حق الاشكال غير رايحة بل فيه جواب الاشكال لا الاشكال وهو قوله ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار بجنبها الى اخره وقيل اذا كانت الحوالة في حق جواب الاشكال رايحة كانت في حق الاشكال كذلك لان الجواب يتضمن السوال وقيل لم يقل في بيوع هذا الكتاب فيجوز ان يكون اوضحه في كفاية المنتهى كذا في العناية اخذا من معراج الدراية اقول لا يذهب عليك ان قوله ولا نعيده يابا عن ان يكون مراده بقوله اوضحناه في البيوع الاصاحة في بيوع كفاية المنتهى لان ذكر شيء في كتابه هذا بعد ان ذكره في كفاية المنتهى لا يعد اعادة والا لزم ان يكون اكثر مسائل هذا الكتاب بل جميعها من قبيل الاعادة لكونها مذكورة في كفاية المنتهى قوله ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها قال صاحب العناية وفي قوله ومن

وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز تخريجا على ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح لانه صار لنقض به تصرفا في البيع الفاسد ممنوع عند قال فان سقط حق الفسخ وجبت الشفعة لزوال المانع وان بيعت ثانيا وهي في يد البائع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشتري فهو شفيع لان الملك له وان سلم البائع قبل الحكم بالشفعة بطلت شفعته كما اذا باع جذاذا ما اذا سلم بعد لان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد حكم بالشفعة ليس بشرط فبقيت الماخوذة بالشفعة على ملكه وان استردها البائع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا قال واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيه الجبر والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة قال واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية او شرط او بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه والشفعة في انشاء العقد ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه وان ردها بعيب بغير قضاء او تقايلا البيع فللشفيع الشفعة لانه فسخ في حقهما لا يتهما على انفسهما وقد قصد الفسخ وهو بيع جديد في حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي والشفيع ثالث

اتباع دار اشترى فاسدا تلويح الى ان عدم الشفعة انما هو فيما اذا وقع فاسدا ابتداء لان الفساد اذا كان بعد انعقاده صحيحا فحق الشفعة باق على حاله انتهى قال بعض الفضلاء في بيان وجه التلويح حيث اتى بالجملة الفعلية الدالة على الحدوث لا الاستمرار انتهى اقول هذا الكلام منه عجيب لان حدوث الفساد كما يوجد فيما اذا وقع في ابتداء العقد يوجد ايضا فيما اذا وقع بعد انعقاده صحيحا بل الحدوث في الصورة الثانية اظهر واجلى لان الفساد يحصل فيها بعد ان لم يكن في ابتداء العقد واما في الصورة الاولى فهو حاصل في الابتداء والانتهاء فنسبة استمرار الفساد بالنسبة الى الصورة الثانية فحجر والاتيان بالجملة الفعلية ان لم يكن ملجوءا الى الثانية فلا اقل من ان لا يكون ماوجا الى الاولى والصواب ان وجه التلويح الى ذلك هو انه جعل قوله شرا فاسدا قيدا للابتداع الذي هو اصل العقد فعلم به ان المراد هو الفساد في ابتداء العقد لا الفساد الطاري وهذا مما لا ستره به قوله وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد في اثبات حق الشفعة تقرير الفساد واعترض عليه بانه لم لا يجوز ان لا يثبت المفسد في حق الشفيع ليلا يلزم تقرير الفساد وان يثبت في حق المشتري كما لا يثبت الخيار الثابت للمشتري الذي اشتراها بشرط الخيار في حق الشفيع فيستحقها بدون شرط الخيار كما مر من قبل في قوله ولا خيار للشفيع لانه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع واجيب عنه بان فساد البيع انما يثبت لمعنى راجع الى العوض اما بالشرط في حقه او لفساد في نفسه كجعل الخمر ثمنا فاوجب سقوط العوض لفساد فيه يعني البيع بلا ثمن وهو فاسد ايضا فلا يمكن انفكاك عن مفسد فلا يثبت الشفعة هناك واما الخيار فانما يثبت للمشتري لمعنى خارج عن العوضين اذ هو للتامل وبالتروي فبا سقاطه في حق الشفيع لا يلزم الفساد فان البيع الصحيح يمكن وجوده بلا شرط خيار هذا زبدة ما في الشروح واورد بعض الفضلاء على قولهم فلو اسقطنا العوض لفساد فيه بقي البيع بلا ثمن حيث قال فيه بحث اذ لا حاجة فيه الى اسقاط العوض بل يكفي اسقاط الشرط كما في شرط الخيار واعتبار قيمة مثل الخمر فتدبر انتهى اقول ليس الشيء لان شيئا من اسقاط الشرط واعتبار قيمته مثل الخمر في البيع الفاسد بدون اسقاط نفس العوض مما لا يتصور اما الاول فلان اسقاط الشرط المفسد الراجع الى العوض في عقد المتبائعين بالبيع الفاسد يستدعي اسقاط نفس العوض المعين في العقد ضرورة انتفاء المشروط بانتفاء شرطه واما امكان عدم اسقاط ما يصلح ان يكون عوضا في مطلق البيع فغير مفيد لان الشفيع انما يستحق اخذ المشفوع بالثمن الذي اخذ به المشتري لا بمطلق جنس الثمن واما الثاني فلان اعتبار قيمة مثل الخمر في البيع الواقع بين المسلمين غير ممكن لان مثل الخمر ليس بمال متقوم عند اهل الاسلام فكيف يتصور اعتبار القيمة لما لا قيمة له واما في البيع الواقع بين الكفار فيمكن اعتبار القيمة له لكونه مالا متقوما عندهم لكن مثل ذلك البيع الصادر منهم بيع صحيح والشفعة ثابتة فيه كما مر في فصل ما يوخذ به المشفوع والكلام هنا في البيع الفاسد فلا معنى لايراد المذكور اصلا واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيه الجبر والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة قال صاحب العناية ولانها لو وجبت للمقاسم لكونه جارا بعد الافراز وهو متعذر انتهى اقول فيه نظر اما اولا فلان كون القاسم جارا بعد الافراز لا يقتضي ثبوت حق الشفعة له لان سبب استحقاق الشفعة ان لم يكن متقدما على زوال ملك المالك عن العقار المشفوع فلا اقل من كونه معه وقد تاخر عنه هنا حيث حصل الجوار بعد الافراز الذي به يزول ملك كل واحد من المقتسمين عن الخمس الشائع في حصة الاخر واما ثانيا فلانه لا يلزم من عدم وجوب الشفعة للمقاسم لاجل مانع يمنع عنه وهو التعذر المذكور عدم وجوبها للجار الاخر الذي لم يتحقق في حقه ذلك المانع فلا يتم التقريب وقال صاحب غاية البيان لانه لو وجبت الشفعة وجبت للمقاسم لانه شريك والشريك اولى من الجار ولا يجوز ان يتقدم الجار على الشريك انتهى اقول فيه ايضا نظر اما اولا فلان المقاسم انما كان شريكا قبل الاقتسام واما بعده فقد صار جارا فلا يلزم تقدم الجار على الشريك واما ثانيا فلان تقدم الجار على الشريك انما يتصور وهما يطلب

ومراده الرد بالعيب بعد القبض لان قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء على ما عرف وفي الجامع الصغير ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء وسكونا ولا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بينا ولا تفتح الرواية بالفتح عطفا على الشفعة لان الرواية محفوظة في كتاب القسمة انه يثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لانهما يثبتان بخلل في الرضاء فيما يتعلق لزومه بالرضاء وهذا المعنى موجود في القسمة والله سبحانه اعلم

باب ما تبطل به الشفعة

قال واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لاعراضه عن الطلب هذا لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة وكذلك ان اشهد في المجلس ولم يشهد على احد المتبايعين او عند العقار وقد ذكرناه فيما تقدم

لو ثبت لذلك الشريك وانما قلنا فلان تقدم الجار على الشريك انما يتصور وهو باطل لو ثبت لذلك الشريك حق الشفعة لانه اذا لم يثبت له حقها لم يمنع كما فيما نحن فيه فلا يتصور تقدم الجار على الشريك في استحقاق الشفعة فضلا عن بطلان ذلك الا ترى انه اذا اشترى دارا فسلم الشريك الشفعة فيها اخذها الجار لسقوط حق الشريك كما مر في اوائل كتاب الشفعة ولا يلزم فيه ان يقدم الجار على الشريك فما ظنك فيما نحن فيه **قوله** ومراده الرد بالعيب بعد القبض قال جماعة من الشراح اي مراد القدوري في قوله او بعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض ورد عليهم ذلك صاحب العناية حيث قال قال الشارحون قوله ومراده اي مراد القدوري في قوله او بعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض وفيه نظر لانه يناقض قوله هناك ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه انتهى وقال بعض العلماء بعد نقل كلام صاحب العناية وفيه كلام وهو انه يمكن ان يقال مراد صاحب الهداية كون التقييد بالقضاء لغوا في صورة عدم القبض لا الفرق بين القبض وعدمه حتى يناقض ما سبق فيتم كلام الشارحين كما لا يخفى فليتامل انتهى كلامه يعني يمكن ان يقال من جانب هولاء الشارحين ان مراد صاحب الهداية يحمل قول القدوري او بعيب بقضاء قاض على الرد بالعيب بعد القبض صيانة كلام القدوري عن اللغو فان الرد قبل القبض لما كان فسخا من الاصل لم يثبت به حق الشفعة اصلا سواء كان بقضاء او بغير قضاء فلو لم يكن المراد بقوله او بعيب بقضاء قاض هو الرد بالعيب بعد القبض لكان التقييد بالقضاء لغوا في صورة عدم القبض وليس مراد صاحب الهداية الفرق بين القبض وعدمه في الحكم فيما اذا كان الرد بالقضاء حتى يناقض قوله هنا قوله فيما سبق اقول الحق ان مراد صاحب الهداية ما ذهب اليه صاحب العناية فان ما ذكره ذلك البعض ساقط اما الاول فلانه لو كان مراده ما ذهب اليه هولاء الشارحون لما ذكر قوله ومراده الرد بالعيب بعد القبض فيما بعد بيان قول القدوري وان رد بالعيب بغير قضاء الى اخره بل كان ينبغي ان يذكره قبله اما بيان قوله ثم رد بالمشتري بخيار رؤية او شرط او بعيب بقضاء قاض وهذا مما لا يذهب على ذي فطرة سليمة له رؤية باساليب كلام الثقات سيما المصنف واما الثاني فلان عدم ظهور فائدة التقييد بالقضاء بالنظر الى صورة عدم القبض لا يقتضي كون التقييد بالقضاء لغوا على تقدير كون قول القدوري او بعيب بقضاء قاض عاما شاملا الصورتي القبض وعدمه لان ظهور فائدة التقييد بالنظر الى بعض اقرار الكلام العام كاف في كون ذلك الكلام المقيد بذلك القيد مصونا عن اللغو وغير منزل بعمومه فردا اخر ايضا اذا لم يكن ذلك القيد منافيا لعمومه ذكر الفرد الاخر هناك كذلك فان القضاء كما يتصور بعد القبض يتصور قبل القبض ايضا غاية الامر ان تاثير القضاء في ثبوت حق الشفعة انما يظهر فيما بعد القبض تامل

باب ما يبطل به الشفعة

لما كان بطلان الشيء يقتضي سابقة ثبوته ذكر ما يبطل به الشفعة بعد ذكر ما يثبت به الشفعة **قوله** واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لاعراضه عن الطلب فان قيل جعل ترك الاشهاد ههنا مبطلا للشفعة وذكر قبل هذا في باب طلب الشفعة ان الاشهاد ليس بلازم وانما هو لنفي الجحود وكذلك ذكر في الذخيرة وغيرها ان الاشهاد ليس بشرط وانما ذكر اصحابنا الاشهاد عند هذا الطلب في الكتب بطريق الاحتياط حتى لو انكر المشتري هذا الطلب تمكن الشفيع من اثباته لانه شرط لازم ولما لم يكن الاشهاد شرطا لازما لم يكن تركه مبطلا للشفعة فما وجه التوفيق بينهما قلنا يحتمل ان يريد بهذا الاشهاد نفس طلب المواثبة ولكن لما كان بطلب المواثبة لا ينفك عن الاشهاد في حق علم القاضي سمى هذا الطلب اشهادا والدليل على هذا ما ذكر من التعليل في حق ترك طلب المواثبة مثل ما ذكره من التعليل ههنا كذا في النهاية ومعراج الدراية وكفى تاج الشريعة وصاحب الكفاية بتفسير الاشهاد المذكور ههنا بطلب المواثبة حيث قالا واذا طلب الشفيع الاشهاد اي طلب المواثبة واستغنينا بهذا التفسير عن التعرض لتفصيل السوال والجواب بالكلية وفسره صاحب العناية ايضا بما فسراه به ولكن قال بعده وانما فسرنا بذلك لئلا يرد ما ذكر قبل هذا ان الاشهاد ليس

قال وان صالح من شفعته على عوض بطلت شفعته ورد العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط

بشرط فان ترك ماليس بشرط في شئ لا يبطله ويعضده قول المص من قبل والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة بطلب المواثبة وقوله ههنا الاعراضه عن الطلب الى ههنا كلامه اقول فيه خلل لانه جعل قول المصنف ههنا لاعراضه عن الطلب ضدا اى معنيا لكون المراد بالاشهاد المذكور في الكتاب ههنا نفس طلب المواثبة صحيح اذ لو كان الاشهاد ههنا على معناه الظاهري يقال في تعليل بطلان الشفعة بتركه لاعراضه عن الاشهاد دون ان يقول لاعراضه عن الطلب وهو الذي اشار اليه صاحب النهاية ومعراج الدراية بقولهما والدليل عليه ما ذكره من التعليل في حق ترك طلب المواثبة مثل ما ذكره من التعليل ههنا انتهى واما جعل قول المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة عاضدا ايضا لذلك فليس بصحيح اذ لا يذهب على ذوي مسكة ان مراد المصنف هناك بقوله المذكور هو ان المراد بقوله في الكتاب على المطالبة طلب المواثبة لا طلب التقرير وليس مراده ان المراد بقوله في الكتاب اشهد طلب المواثبة اذ لو كان كذلك لكان معنى ما في الكتاب طلب في مجلسه ذلك على المطالبة وفساده من حيث اللفظ والمعنى غير خاف على احد والمفسر ههنا بطلب المواثبة نفس الاشهاد فاين هذا من ذلك وكيف يتصور ان يكون احدهما ضد الاخر قوله وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض اما بطلان الشفعة فلان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل لانه مجرد حق التملك وما ليس بحق متقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه واما رد العوض فلان حق الشفعة اسقاط لا يتعلق بالجائز من الشرط يعني الشرط الملائم وهو ان يعلق اسقاطه بشرط ليس فيه ذكر المال مثل قول الشفيع للمشتري سلمتك شفعة هذه الدار ان اجرتنيها او اعرتنيها فبالفاسد وهو ما ذكر فيه المال اولى انتهى كلامه اقول هذا شرح سقيم غير مطابق للمشروح لانه وزع تعليل المصنف بقوله لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل الى اخره الى قوله بطلت الشفعة والى قوله ورد العوض بطريقة اللف والنشر المرتب ولا يخفى على ذوي فطرة سليمة تمامل في كلام المصنف بادني تامل ان حق التوزيع على عكس ذلك وهذا مع كونه مما يدل عليه قطعا معنى القيام يرشد اليه جدا النظر ببيان المذكور ان في ذيل الدليلين الحاصلين من التوزيع اعني قوله فلا يصح الاعتياض عنه في الاول وقوله فيبطل الشرط ويصح الاسقاط في الثاني تبصر واعترض صاحب غاية البيان على قول المصنف ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى حيث قال ولنا فيه نظر لان اسقاطه حق الشفعة يتعلق بالجائز من الشرى الا يرى الى ما قال محمد في الجامع لو قال الشفيع سلمت شفعتي هذه الدار ان كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره او قال للبائع سلمتها لك ان كنت بعتها لنفسك وقد باعها لغيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق ولهذا لا يرتد بالرد وما كان اسقاطا محضا صح تعليقه بالشرط لا يزيل الا بعد وجود الشرط فلا يزال التسليم انتهى قال الشارح العيني بعد نقل هذا النظر عن صاحب الغاية قلت استخرج هذا النظر الغير الوارد من قول الشيخ ابي المعين النسفي في شرح الجامع الكبير حيث قال فيه فان قيل اذا لم يجب العوض يجب ان لا تبطل شفعته ايضا لانه انما ابطل حقه بشرط سلامة العوض فاذا لم يسلم وجب ان لا تبطل كما في الكفالة اذا صالح الكفيل المكفول له على مال حتى مرئ من الكفالة لما لم يجب العوض لم يثبت البراءة قيل له بان المال لا يصلح عوضا عن الشفعة فصار كالخمر والخنزير في باب الخلع والصلح عن دم العمد ثم يقع الطلاق ويسقط القصاص اذا وجد القبول من المراة والقاتل ولم يجب شئ كذا هنا واما الصلح عن الكفالة بالنفس فكذلك على ما ذكر محمد في كتاب الشفعة من المبسوط وكتاب الكفالة

وكذا الوارث سقطت بمال لما بينا بخلاف الفصاحي لانه حق متقرر وتحولت الطلاق والعتاق كما في الاعتياض وملك المحل وتطرق اذا قال الشفيع اخذت بالف وقال المشتري بالفين او قال اخذت بالف فاختار سقط

الخيار ولا يثبت العوض الكفالة بالنفس هذا بخلاف الشفعة فانه ثمة اخرى لانه لا تصح الكفالة ولا يجب المال وقيل هذه رواية في الشفعة وقيل في الكل الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه **قال** واذا مات الشفيع بطلت

شفعته وقال الشافعي تورث عنه قال رضي الله عنه هذا اذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة اما اذا مات بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقضاء القاضي بالبيع حتم لورثته وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط

وقد مر في البيوع ولان بالموت يزول ملكه عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقبله وقت البيع وتقرر الشفيع الى وقت القضاء شرط ولا يستوجب الشفعة بدونه ولان مات المشتري قبل الاخذ سقط الشفيع

واتجه وسيب حديد وكيا في دين المشتري وبعد بكره لعله اذا اوصى المشتري فيها وصية فللشفيع ان يأخذها ويسلم الثمن للوارث لتقدم حقه ولهذا ينقض تصرفه في حياته **قال** واذا اسلم الشفيع ما يشفع به

قبل ان يقضي له بالشفعة بطلت شفعته لزوال سبب استحقاقه قبل القبول وهو الاتصال بملكه وهذا ولان له ولاية على ما يرجع الى تكميل الثمن وهذا لا يحتمل ما اذا رجع عن الرد بعيب هو كما لو اشترى بالدراهم

المستحق دارا بشرط الخيار لهما لانه ثمة الزوال في الاتصال **قال** ووكيل البائع اذا باع دارا هو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشتري اذا اشترى له لا شفعة له وان اشترى

او ابنه له فله الشفعة لان الاول يأخذ لنفسه تمام حقه والوكيل بالبيع والمشتري لا ينقض شراء لانه مثل الشراء ولكن لو ضمن الدرك عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له وكذلك

باع وشفيعها ابنه الصغير او ابنه الكبير المغلوب على عقله او ابوه او وصيه او مكاتبه او عبده او مدبره او مكاتب ابنه او عبد ابنه او مدبره او مكاتبه او وصيه او ابوه او وصي ابيه او جده او وصي جده او ابوه او وصي ابيه او جده او وصي جده او ابوه او وصي ابيه او جده او وصي جده

قال واذا قيل له ان المشتري قد سلم الشفعة فله عليه ان يقبل فله الشفعة لتفاوت الجوار ولو علم ان المشتري هو

غيره فله ان يأخذ نصيب غيره لان التسليم لم يوجد في حقه ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم شراء الجميع فله الشفعة

لان التسليم يفرد الشركة ولا شركة وفي عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل تسليم في البعض

اقل مما اشترى من الدار اهم كان تسليمه باطلا ايضا لان الطلاق ما ذكره في المبسوط والايضاح دليل عليه حيث قال في المبسوط وكذلك لو اخبر ان الثمن عبد او ثوب ثم ظهر انه كان مكيلا او موزونا فهو على شفعته ولم يعرض ان قيمة المكيل والموزون اقل من قيمة الذي اشترابه او اكثر وهذا تعليله دال عليه وكذلك ما ذكره في الايضاح من الاطلاق والتعليل دال عليه وبهذا ايضا استدل في الذخيرة بما ذكره في المبسوط وقال لو اخبر ان الثمن شيء هو من ذوات القسم فسلم ثم ظهر انه كان مكيلا او موزونا فهو على الشفعة بهذا ذكره شمس الائمة السرخسي ثم قال فعلى هذا القياس لو ان الثمن الف درهم فاذا ظهر انه مكيل او موزون فهو على شفعته على كل حال الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب العناية قال في النهاية تقييده بقوله قيمتها الف او اكثر غير مفيد فانه لو كان قيمتها اقل مما اشتري من الدراهم كان تسليمه باطلا ايضا وتكلف لذلك كثيرا وهو يعلم بالاولية فان التسليم اذا لم يصح فيما ظهر الثمن اكثر من المسمى فلان لا يصح اذا ظهر اقل اولى انتهى اقول ما ذكره صاحب العناية لا يدفع ما قاله صاحب النهاية من كون التقييد الواقع في عبارة الكتاب بقوله قيمتها الف او اكثر غير مفيد فانه لما كان جواب المسألة غير مختلف فيما اذا كان قيمتها الفا او اكثر او اقل كان التقييد بكونها الفا او اكثر غير مفيد قطعا فان لم يكن مخلا بناء على ايهامه في بادي الرأي تقييد الحكم ايضا فلا اقل من كونه مستدركا وان عد السلوك مسلك الدلالة بالاولوية امرا مبهما في هذا المقام كفى ان يقال قيمتها اكثر فان التسليم اذا لم يصح فيما اذا ظهر الثمن اكثر من المسمى فلان لا يصح فيما اذا ظهر اقل منه او مساويا له اولى فلا مخلص من استدراك احد القيدين قوله واذا قيل له ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار يعني لتفاوت الناس في الجوار فالرضى بجوار هذا لا يكون رضى بجوار ذلك كذا في الكافي قال محمد رحمه الله في الجامع لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار ان كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق فصح تعليقه بالشرط ولا ينزل الا بعد وجوده انتهى وقال صاحب العناية ههنا بعد نقل ما قاله محمد في الجامع وهذا كما ترى يناقض قول المص فيما تقدم ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى انتهى ولا يخفى ان كلام صاحب العناية خلاصة النظر الذي اورده الشارح الاتقاني فيما تقدم على قوله المصنف ونقلناه عنه وذكرنا ما يتعلق به من الكلمات هنالك وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك حيث قال وانت خبير بانه فرق ما بين شرط وشرط فما سبق كان من الشرط الذي تدل على الاعراض عن الشفعة والرضا بالجوار مطلقا بخلاف ما ذكر هنا فانه اذا لم يتيسر للشفيع اداء ما اشترى به الدار لم يدل تسليمه على الاعراض اذ لا قدرة له على اخذه وكذا تسليمه لزيد لا يدل على الرضا بجوار عمرو فليتامل انتهى كلامه اقول ليس هذا بسديد لان حاصله حمل الشرط المذكور في كلام المص فيما سبق على الشرط المخصوص وهو الشرط الذي يدل على الاعراض وحمل الشرط المذكور في كلام الامام محمد في الجامع على الشرط المخصوص الآخر وهو الشرط لا يدل على الاعراض ولا يخفى على الفطن ان شيئا من كلاميهما لا يساعد ذلك اصلا اما كلام المصنف فلانه قال ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى ولا شك ان اولوية عدم تعلق اسقاطه بالفاسد من عدم تعلق اسقاطه بالجائز من الشرط انما تظهر اذا كان المراد بالشرط الجائز جنس الشرط الجائز لا الشرط الجائز المخصوص جواز ان يكون لخصوصه حالة مانعة عن التعليق لم يوجد تلك في الفاسد واما كلام الامام محمد فلانه قال لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق فصح تعليقه بالشرط ولا يخفى ان ما يتفرع على كون تسليم الشفعة اسقاطا محضا انما هو صحة تعليقه بالشرط مطلقا لا صحة تعليقه بشرط معين سيما

فصل قال واذا باع دارا الا مقدر ذراع منها في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لانقطاع الجار وهذه حيلة وكذا اذا وهب منه هذا المقدار وسلمه اليه لما بينا قال واذا باع منها سهما بثمن ثم اشترى بقيتها فالشفعة للجار في السهم الاول دون الثاني لان الشفيع جار فيهما الا ان للشفيع في الثاني شريك فيقدم عليه فان اراد الحيلة اشترى السهم بالقرب منه استئجارا والباقي بالماء وان اشتراهما بثمن ثم دفع اليه ثوبا عوضا عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب لانه عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار قال رضي الله عنه وهذه حيلة اخرى مع الجار والشركة فيباع باضعاف قيمته ويعطى ثوبا بقدر قيمته الا انه لو استحقت الشفعة بيع كل الثمن على مشتري الثوب لقيام البيع الثاني فيتضرر به والاوجه ان يباع بالدراهم الثمن دينارا دينارا حتى اذا استحق الشفوع ببطل الصرف فيخرج الدينار لا غير قال وكذا الحيلة في اسقاط الشفعة عند ابي يوسف وتكره عند محمد لان الشفعة انما وجبت لدفع الضرر ولو انهما الحيلة تمادفعا له ولابي يوسف انه منع عن اثبات الملك فلا يعد ضررا وعلى هذا الخلاف الحيلة في اسقاط الزكوة **مسائل متفرقة** قال واذا اشترى حصة مشفوع بها من رجل فللشفيع ان يأخذ نصيب احدهم وان شاء اخذها كلها او تركها والفرق ان في الوجه الثاني باخذ البعض تفرق الصفقة على البائع وهذا يتضرر به زيادة الضرر في الوجه الاول لقوم الشفيع مقام احدهم فلا تتفرق الصفقة ولا في هذا بين ما اذا كان قبل القبض بعد هو الصحيح الا ان قبل القبض لا يملك الاخذ بعض بعد ان اخذ البعض تفرق الصفقة على البائع وان اخذ الكل بعد القبض ملكه ولا تتفرق الصفقة لانه لم يسقط شيء من الثمن بهلاك شيء وان كان قبل القبض لان الهلاك قبل القبض يوجب سقوط شيء من الثمن فتفرق الصفقة لانه في معنى الاقالة في بعض المبيع وهو اذا هلك بعض المبيع قبل القبض سقط من الثمن بحصته كذا هنا اذا هلك بعض الدار قبل القبض سقط من الثمن بحصته فتفرق الصفقة على البائع وان اخذ الكل بعد القبض ملكه ولا تتفرق الصفقة لانه لم يسقط شيء من الثمن بهلاك شيء وان كان قبل القبض لان الهلاك قبل القبض يوجب سقوط شيء

قال ومن اشترى نصف دار وهو مقسوم فقاسمه البائع اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري ويدفع لان القسمة من تمام النقض لما مر تكميلا لانتفاعه ولهذا يتم النقض بالقسمة في الهبة والشفيع لا ينقض النقض وان كان له نقض فيه يعود العيب على البائع فلا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد واقع من الكل قاسم فلم تكن القسمة من تمام النقض الذي هو حكم العقد بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بعد هبته ثم الطلاق بجواب في الكتاب يدل على ان الشفيع يأخذ النصف الذي صار للمشتري في اي جانب كان وهو الذي روى عن ابي يوسف وانه لان الشفيع لا يملك الا نصف حقه بالقسمة ويتعين الى خيفة رأسه اما اذا اخذ رأسه او ذنبه في جانب الدار التي يقسم بحالها لا يتعين جارا في القعر في الجانب الآخر قال ومن باع دارا ولها شفيع حاضر غائب عليه بين غلة الشفعة ولو كان الشفيع غائبا فلما حضر الشفعة لان الاخذ بالشفعة عمل بالقهر فيستند الى سبب الملك وهو الشراء وكذا لانه مندفع به فيتوقف على ما اذا لم يكن عليه دين لانه يبيعه لو لم يسلم له شفعته لئن بيع قال ولا شفعة لمن باع بيعا لان الوصي الشفعة على الصغير جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر رحمهم الله هو على شفعته اذا بلغ قالوا وعلى هذا الخلاف اذا باع القيم شراء دار بجوار دار الصبي فلم يطلبا الشفعة حتى بلغ الصبي فسلم الولي يطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح وجه قولهما ان ثابت للصغير فلا يملك ابطاله كما لو كان بيده وجه قوله ان الشفعة تراد بها الاستحقاق بالتملك وهو معنى الشركة فيملكان ذلك الا ترى ان من له حق التملك صح رده من لا يملك الرد وهو الوصي والقيم ولهما ان الشفعة حق التملك على ملك الغير لا ولاية تصرف فيها كما انه وسلوكها كما يطالبها الكفيل والاجير فعلى هذا اذا سلم الشفيع فلما كان يبيع الكثير منها اما لا شفعة له في الباقي وقد مر الكلام فيه في الشفعة

كتاب القسمة

قال القسمة في الاعيان المشتركة مشروعة لان النبي عليه السلام باشرها في الغانم والمواريث وهي من غير تقدير بما من غير تقدير تم في كل ما تنوى من معنى المبادلة كان لكل واحد منهما بعضه كان له بدله وبعضه كان بعض حقه وبعضها بعض حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وافراز اما الافراز فظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت حتى كان لكل واحد منهما ان يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه واشتراكا فاقتسماه وباع احدهما نصيبه من صاحبه فقبضه البعض

في نفس المسئلة اراد بذلك اجماع المشايخ واختلافهم في الرواية اياما كان لا يخلو التقرير المذكور عن اضطراب اما على الاول فلان القطع يكون الثاني مختلفا فيه لا عليه تاما حينئذ لان اختلاف الاجتهاد في الثاني انما كان على قول بعض المشايخ من الرواة واما على قول بعضهم فلا خلاف بين المجتهدين في عدم كراهة الحيلة في هذا الفصل وانما الخلاف بينهم في فصل الزكوة كما ذكره واما على الثاني كما هو المتبادر من قوله قال بعض المشايخ غيبه يكره الى آخره فلان القطع يكون الاول مكروها لا يصح حينئذ لان شمس الائمة السرخسي روى عدم كراهة الاحتيال في باب الشفعة على كل حال حيث قال في باب الشفعة بالعروض من المبسوط بعد ما ذكر وجوه التحيل والاستعمال بهذه التحيل لابطال حق الشفعة لا باس به اما قبل وجوب الشفعة فلا اشكال فيه وكذلك بعد الوجوب اذا لم يكن قصد المشتري الاضرار به فانما قصده الدفع عن ملك نفسه ثم قال وقيل هذا قول ابي يوسف واما عند محمد فيكره وذلك على قياس اختلافهم في الاحتيال لاسقاط الاستبراء والمنع من وجوب الزكوة انتهى قال الامام قاضيخان في فتاواه وذكر محمد رحمة الله عليه في الاصل الحيلة في اسقاط الشفعة ولم يذكر الكراهة قالوا على قول ابي يوسف لا يكره وعلى قول محمد يكره وهذا بمنزلة الحيلة لمنع وجوب الزكوة ولمنع الاستبراء على قول ابي يوسف لا يكره وقال بعض مشايخنا يكره الحيلة لاسقاط الشفعة بعد الوجوب لانه احتيال لابطال حق واجب وقيل لا يجب ان كان الجار فاسقا يتأذى سنه فلا باس وقال الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي لا باس بالاحتيال لابطال حق الشفعة على كل حال ما قبل وجوب الشفعة فلا شك كما لو ترك اكتساب المال لمنع وجوب الزكوة وبعد وجوب الشفعة لا يكره الاحتيال ايضا لانه احتيال لدفع الضرر عن نفسه لا لالحاق الضرر بالغير فظاهر ما ذكر في الكتاب دليل على هذا الى هنا لفظ فتاوى قاضيخان

كتاب القسمة

مناسبة القسمة بالشفعة من حيث ان كلا منهما من نتائج النصيب الشائع لما ان اقوى اسباب الشفعة الشركة فاحد الشريكين اذا اراد الافتراق مع بقائهما طلب القسمة ومع عدم بقائه باع فوجب عنده الشفعة هذا زبدة ما في عامة الشروح وقال في النهاية ومعراج الدراية بعد ذلك ولان القسمة نافية للشفعة قاطعة لوجوبها الى قوله عليه الصلوة والسلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة والنفي يقتضي سبق الثبوت فكانت بين الشفعة والقسمة مناسبة والمضادة والمتضادان يفترقان ابدا مع تقدم المثبت على المنفي كما في الامر والنهي والنكاح والطلاق انتهى اقول فيه بحث لان كون القسمة منافية للشفعة قاطعة لوجوبها رجوعا الى قوله عليه الصلوة والسلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة انما يتمشى على اصل الشافعي فانه لم يجز الشفعة بالجوار واستدل عليه بالحديث المذكور واما على اصل ائمتنا فلانهم جوزوا الشفعة بالشفعة بالجوار ايضا واستدلوا عليه باحاديث اخرى واجابوا عن استدلاله بالحديث المذكور بان آخر الحديث وهو قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ليس بثابت ولئن ثبت فمعناه نفي الشفعة بسبب القسمة المحاصلة بوقوع الحدود وصرف الطرق فان القسمة لما كان فيها معنى المبادلة كان الموضع موضع ان يشكل انه هل يستحق بها الشفعة كالبيع فبين عليه الصلوة والسلام عدم ثبوت الشفعة بها وقد مر الجواب بهذا التفصيل عن استدلال الشافعي بالحديث المذكور في اوائل كتاب الشفعة في عامة الشروح حتى النهاية ومعراج الدراية فما معنى بناء وجه المناسبة ههنا على ما هو المزيف هناك ثم ان القول بان النفي يقتضي سبق الثبوت ينافي ما يقرر في المعقولات من ان السلب لا يقتضي وجود الموضوع وان القول بان المتضادين يفترقان ابدا مع تقدم المثبت مع المنفي ممنوع الا ترى الى قوله تعالى وجعل الظلمات والنور وقوله تعالى خلق الموت والحياة

ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه من عين الدار والآخر ثوبا واشتريا فاقتسما لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة

ونحو ذلك كيف يقدم المتنى هناك على المبت قال صاحب العناية وقدم الشفعة لان بقاء ما كان على ما كان اصل انتهى اقول فيه نظر وهو انه كما ان في الشفعة بقاء ما كان على ما كان حيث يبقى فيها ملك احد الشريكين على حاله وان زال الشيوع على حاله وان زال ملك احد الشريكين كذلك في القسمة بقاء ما كان على ما كان حيث يبقى فيها ملك احد الشريكين في البعض على حاله وان زال الشيوع بل هذا البقاء هو المناسب لما ذكروا في وجه مناسبة القسمة بالشفعة من ان احد الشريكين اذا اراد الافراز مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدم بقائه باع فوجب عنده الشفعة فيكون بقاء ما كان اصلا لا يرجح تقديم الشفعة كما لا يخفى ثم ان القسمة في اللغة اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء والاسوة للايتساء وفي الشريعة جمع النصيب الشائع في مكان معين وسببها طلب احد الشريكين الانتفاع بنصيبه على الخلوص وركنها الفعل الذي يحصل به الافراز والتمييز بين النصيبين كالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات والذرع في المذروعات والعد في المعدودات وشرطها ان لا يلحق منفعة بالقسمة ولهذا لا يقسم الحائط والحمام وما اشبه ذلك قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشتريا فاقتسماه لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة وتحقيقه ان ما يأخذ كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه بيقين فلم يكن بمنزلة اخذ العين حكما كذا في العناية اقول ههنا اشكال وهو انه قد علم مما ذكر آنفا في الكتاب والشروح ان القسمة لا تعرى عن معنى المبادلة والافراز في جميع الصور سواء كانت في ذوات الامثال او في غير ذوات الامثال لانه ما من جزء معين الا وهو مشتمل على النصيبين فما يأخذه كل واحد منهما بعضه كان ملكه لم يستفده من صاحبه وبعضه الآخر كان لصاحبه فصار له عوضا عما بقي من حقه في يد صاحبه فكانت القسمة في كل صورة بالنظر الى البعض الذي كان ملكه افرازا وبالنظر الى البعض الآخر مبادلة واذا كان الامر كذلك فكون معنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال كالحيوانات والعروض غير واضح اذ غاية الامر ان البعض الذي يأخذه كل واحد منهما عوضا عما بقي من حقه في يد صاحبه ليس بمثل يقين لما ترك على صاحبه من حقه في غير ذوات الامثال فلم يكن اخذ ذلك بمنزلة اخذ عين حقه حكما فلم يتحقق معنى الافراز فيه بالنظر الى ذلك البعض ولا يلزم منه ان لا يتحقق الافراز فيه بالنظر الى البعض الذي هو عين حقه في الحقيقة اذ لا شك ان اخذه هذا البعض افراز لا يتصور فيه مبادلة فقد تحقق في غير ذوات الامثال بالنظر الى ما يأخذه كل واحد منهما من عين حقه افراز بدون المبادلة وبالنظر الى ما يأخذه من نصيب صاحبه مبادلة بدون الافراز فكان معنيا الافراز والمبادلة فيه متساويين فمن اين ثبت ظهور معنى المبادلة فيه كما ادعوه طائعا بخلاف ما قالوا في ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات من ظهور معنى الافراز فيها فانه واضح لان اخذ كل واحد منهما فيها ما هو عين حقه من نصيبه افراز بلا شبهة واخذ كل واحد منهما فيها ما هو نصيب صاحبه بمنزلة اخذ عين حقه لكون نصيب صاحبه فيها مثل حقه بيقين واخذ المثل بيقين يجعل كاخذ العين حكما كما في القرض فيتحقق فيها معنى الافراز بالنظر الى البعض الآخر ايضا فكان هو الظاهر فيها والحاصل انهم لو قالوا معنى الافراز ظاهر في ذوات الامثال وغير ظاهر في غير ذوات الامثال بل معنيا الافراز والمبادلة سيان فيه لكان الامر حينيا ولما قالوا معنى المبادلة ظاهر في غير ذوات الامثال لاشكل ذلك كما ترى وذكر صاحب النهاية وجها ان البسط ما ذكر في العناية لظهور معنى المبادلة في غير ذوات الامثال ناقلا عن المغني حيث قال ومعنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال كلها وبه صرح في المغني وغيره فقال في المغني واما القسمة في غير ذوات الامثال فشبهة المبادلة فيها راجح لانها افراز حكما من وجه ومن حيث الحقيقة هي مبادلة من كل وجه اما الحقيقة فظاهر واما الحكم فلان نصف ما يأخذ كل واحد منهما مثل لما ترك على صاحبه باعتبار القيمة واخذ المثل كاخذ العين حكما وكان افرازا الا ان ما يأخذ كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه بيقين لان المقسوم

الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الضرر كما في قضاء الدين وهذا لان احدهم يطلب القسمة ليسأل القاضي ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته وان كانت اجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها للتعذر والمعادلة باعتبار تحقق التفاوت في المقاصد ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم قال وينبغي للقاضي ان ينصب قاسما يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس نعيرا جر لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث انه يتوصل به قطع المنازعة فاشبه رزق القاضي وكان منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرما بالغنم قال فان لم يفعل نصب قاسما يقسم بالاجر

ليس من ذوات الامثال وفيما ليس من ذوات الامثال لا يتبت المعادلة بيقين فالافراز مع المبادلة استوليا في الحكم ثم ترجحت المبادلة بالحقيقة الى هنا كلامه اقول لا يذهب عليك ان الاشكال الذي ذكرناه يجيء عليه مع زيادة لانه انما يدل على تحقق رجحان معنى المبادلة فيما ياخذه كل واحد منهما من نصيب صاحبه عوضا عما ترك على صاحبه من حق نفسه لا على تحقق رجحان ذلك في المقسوم كله كيف وما ياخذه كل واحد منهما من نصيب نفسه لا يوجد فيه الا افراز محض لان معنى الافراز ان يقبض عين حقه واخذ كل واحد منهما نصيب نفسه قبض لعين حقه لا غير والمدعى رجحان المبادلة في القسمة الشاملة لجميع اجزاء المقسوم في غير ذوات الامثال وهو غير لازم من الوجه المذكور بل فيه دلالة على رجحان معنى الافراز في ذلك اذ لا شك ان اخذ كل واحد منهما عين حقه من نصيب نفسه افراز محض واذا كان اخذ كل واحد منهما نصيب صاحبه اخذ المثل ما ترك على صاحبه من حق نفسه باعتبار القيمة وكان اخذ ذلك المثل كاخذ العين حكما فكان افرازا كما صرح به في الوجه المذكور وكان معنى الافراز في ذلك ظاهرا ورجحانه في جميع اجزاء المقسوم وتحقق المبادلة في بعضها كما تحققته قوله الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد هذا جواب عن سؤال مقدر يرد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوان والعروض بان يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في ذلك لما اجبر الابى على القسمة في ذوات الامثال كذا في عامة الشروح اقول وهنا ايضا اشكال وهو انه ان اريد بقوله لان فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الذي ياخذ احد الشركاء العين حقه فلا يجدي نفعا في دفع السؤال اذ يبقى الكلام حينئذ في الاجبار على اخذ النصيب الآخر الذي تحقق معنى المبادلة بالنظر اليه ويظهر على ما قالوا وان اريد بذلك ان فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الذي كان لصاحبه وياخذه عوضا عما ترك على صاحبه من حق نفسه كما هو الملائم لقوله لتقارب المقاصد فذاك ينافي ما يقدم من القول بان معنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال اذ لا شك في تحقق معنى الافراز بالنظر الى النصيب الذي ياخذه احد الشركاء العين حقه واذا تحقق فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الآخر ايضا كان معنى الافراز فيه ظاهرا جدا فاني تتصور القول بان معنى المبادلة هو الظاهر فيه فتامل ثم اقول لو قال المصنف لان فيه امكان المعادلة بدل قوله لان فيه معنى الافراز لكان سالما عن هذا الاشكال وكان مناسبا لا محالة لقوله لتعذر المعادلة في تعليل عدم الاجبار على القسمة فيما اذا كانت اجناسا مختلفة كما سياتي تنبيه تقف قوله والمبادلة مما يجري فيه الضرر كما في قضاء الدين يعني انه لا اضافة بين الضرر والمبادلة لانها مما يجري فيه الضرر كما في قضاء الدين فان المديون يضر على قضاء الدين والدين يقتضي بامثالها على ما عرف فصار ما يودي المديون بدلا عما في ذمته اقول بقي ان يقال ان كون الضرر في قضاء الدين لكون ما احد البدلين من البدل مثل ما ثبت في ذمة المديون يقين وقد صرحوا بان اخذ مثل الحق بيقين بمنزلة اخذ العين وعن هذا جعلوا اخذ المثل في القرض كاخذ العين فجعلوا القرض لذلك بمنزلة العارية بخلاف ما نحن فيه من غير ذوات الامثال فان ما ياخذه احد الشركاء فيه من نصيب الآخر ليس مثل ما ترك عليه من حق نفسه بيقين فلم يكن بمنزلة اخذ عين الحق وعن هذا قالوا ان معنى المبادلة فيه هو الظاهر فمن ذلك نشا السؤال المقدر احتيج الى الجواب الذي نحن بصدده فكيف يتم قياس جريان الضرر فيما نحن فيه على جريانه في قضاء الدين مع تحقق الفرق الواضح بينهما قوله ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ولو تراضوا على ذلك جاز لان القسمة في مختلف الجنس مبادلة كالتجارة والتراضي في التجارة شرط بالنص انتهى اقول هذا الشرح غير مطابق للمشروح وليس تاما في نفسه لانه ان اراد ان القسمة في مختلف الجنس مبادلة محضة كالتجارة فهو ممنوع كيف وقد يقرر فيما مر ان القسمة مطلقا لا تعرى عن معنى المبادلة والافراز الا ان معنى الافراز هو الظاهر في ذوات الامثال ومعنى المبادلة

معناه باجر على المتقاسمين لان النفع لهم فلا يجوز ان يزيد على مقدار اجر مثله ولا يجوز ان يزيد على ما يتفقون عليه لانه ربما يتفقون على اجر فاسد فيفسد القضاء ولا يجوز ان ينقص عن اجر مثله لانه لا يرضى بالعمل بدونه ولا يجوز ان يكون اجره على قدر القيمة لانه ربما يكون كثيرا فيجحف بهم ولا يجوز ان يكون على قدر الاجزاء لانه ربما يكون قليلا فيجحف به

قال وان ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم قسم بينهم لانه لا يتبين القسمة قضاء على الغير لانهم ما اقروا بالملك لغيرهم قال ثم هذه قسمة يأخذ كل واحد منهم نصيبه شائعا في جميع ما في أيدي الباقين وهذا لفظ الجامع الصغير وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يقسم حتى يقيما البينة على الملك لان القسمة قضاء على الغير لانهم ما اقروا بالملك لغيرهم وفي الجامع الصغير لو ادعى كل واحد منهم ان هذا الشيء بينه وبين فلان نصفين وان هذا الثلث له وثلثاه لفلان وان هذا الربع له وثلاثة ارباعه لفلان وان هذا السدس له وخمسة اسداسه لفلان وان هذا الثمن له وسبعة اثمانه لفلان وان هذا العشر له وتسعة اعشاره لفلان وان هذا الجزء من مائة جزء له وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من ثلثمائة جزء له ومائتان وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من الف جزء له وتسعمائة وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من الفين جزء له والف وتسعمائة وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من ثلاثة آلاف جزء له وثلاثة آلاف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من اربعة آلاف جزء له واربعة آلاف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من خمسة آلاف جزء له وخمسة آلاف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من ستة آلاف جزء له وستة آلاف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من سبعة آلاف جزء له وسبعة آلاف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من ثمانية آلاف جزء له وثمانية آلاف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من تسعة آلاف جزء له وتسعة آلاف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من عشرة آلاف جزء له وعشرة آلاف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من احد عشر الف جزء له واحد عشر الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من اثني عشر الف جزء له واثني عشر الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من ثلاثة عشر الف جزء له وثلاثة عشر الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من اربعة عشر الف جزء له واربعة عشر الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من خمسة عشر الف جزء له وخمسة عشر الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من ستة عشر الف جزء له وستة عشر الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من سبعة عشر الف جزء له وسبعة عشر الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من ثمانية عشر الف جزء له وثمانية عشر الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من تسعة عشر الف جزء له وتسعة عشر الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من عشرين الف جزء له وعشرين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من احد وعشرين الف جزء له واحد وعشرين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من اثنين وعشرين الف جزء له واثنين وعشرين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من ثلاثة وعشرين الف جزء له وثلاثة وعشرين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من اربعة وعشرين الف جزء له واربعة وعشرين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من خمسة وعشرين الف جزء له وخمسة وعشرين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من ستة وعشرين الف جزء له وستة وعشرين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من سبعة وعشرين الف جزء له وسبعة وعشرين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من ثمانية وعشرين الف جزء له وثمانية وعشرين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من تسعة وعشرين الف جزء له وتسعة وعشرين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من ثلاثين الف جزء له وثلاثين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من احد وثلاثين الف جزء له واحد وثلاثين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من اثنين وثلاثين الف جزء له واثنين وثلاثين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من ثلاثة وثلاثين الف جزء له وثلاثة وثلاثين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من اربعة وثلاثين الف جزء له واربعة وثلاثين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من خمسة وثلاثين الف جزء له وخمسة وثلاثين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من ستة وثلاثين الف جزء له وستة وثلاثين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من سبعة وثلاثين الف جزء له وسبعة وثلاثين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من ثمانية وثلاثين الف جزء له وثمانية وثلاثين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من تسعة وثلاثين الف جزء له وتسعة وثلاثين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من اربعين الف جزء له واربعين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من احد واربعين الف جزء له واحد واربعين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من اثنين واربعين الف جزء له واثنين واربعين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من ثلاثة واربعين الف جزء له وثلاثة واربعين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من اربعة واربعين الف جزء له واربعة واربعين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من خمسة واربعين الف جزء له وخمسة واربعين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من ستة واربعين الف جزء له وستة واربعين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من سبعة واربعين الف جزء له وسبعة واربعين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من ثمانية واربعين الف جزء له وثمانية واربعين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من تسعة واربعين الف جزء له وتسعة واربعين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من خمسين الف جزء له وخمسين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من احد وخمسين الف جزء له واحد وخمسين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من اثنين وخمسين الف جزء له واثنين وخمسين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من ثلاثة وخمسين الف جزء له وثلاثة وخمسين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من اربعة وخمسين الف جزء له واربعة وخمسين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من خمسة وخمسين الف جزء له وخمسة وخمسين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من ستة وخمسين الف جزء له وستة وخمسين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من سبعة وخمسين الف جزء له وسبعة وخمسين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من ثمانية وخمسين الف جزء له وثمانية وخمسين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من تسعة وخمسين الف جزء له وتسعة وخمسين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من ستين الف جزء له وستين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من احد وستين الف جزء له واحد وستين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من اثنين وستين الف جزء له واثنين وستين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من ثلاثة وستين الف جزء له وثلاثة وستين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من اربعة وستين الف جزء له واربعة وستين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من خمسة وستين الف جزء له وخمسة وستين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من ستة وستين الف جزء له وستة وستين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من سبعة وستين الف جزء له وسبعة وستين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من ثمانية وستين الف جزء له وثمانية وستين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من تسعة وستين الف جزء له وتسعة وستين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من سبعين الف جزء له وسبعين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من احد وسبعين الف جزء له واحد وسبعين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من اثنين وسبعين الف جزء له واثنين وسبعين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من ثلاثة وسبعين الف جزء له وثلاثة وسبعين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من اربعة وسبعين الف جزء له واربعة وسبعين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من خمسة وسبعين الف جزء له وخمسة وسبعين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من ستة وسبعين الف جزء له وستة وسبعين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من سبعة وسبعين الف جزء له وسبعة وسبعين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من ثمانية وسبعين الف جزء له وثمانية وسبعين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من تسعة وسبعين الف جزء له وتسعة وسبعين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من ثمانين الف جزء له وثمانين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من احد وثمانين الف جزء له واحد وثمانين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من اثنين وثمانين الف جزء له واثنين وثمانين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من ثلاثة وثمانين الف جزء له وثلاثة وثمانين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من اربعة وثمانين الف جزء له واربعة وثمانين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من خمسة وثمانين الف جزء له وخمسة وثمانين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من ستة وثمانين الف جزء له وستة وثمانين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من سبعة وثمانين الف جزء له وسبعة وثمانين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من ثمانية وثمانين الف جزء له وثمانية وثمانين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من تسعة وثمانين الف جزء له وتسعة وثمانين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من تسعين الف جزء له وتسعين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من احد وتسعين الف جزء له واحد وتسعين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من اثنين وتسعين الف جزء له واثنين وتسعين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من ثلاثة وتسعين الف جزء له وثلاثة وتسعين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من اربعة وتسعين الف جزء له واربعة وتسعين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من خمسة وتسعين الف جزء له وخمسة وتسعين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من ستة وتسعين الف جزء له وستة وتسعين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من سبعة وتسعين الف جزء له وسبعة وتسعين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من ثمانية وتسعين الف جزء له وثمانية وتسعين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من تسعة وتسعين الف جزء له وتسعة وتسعين الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وواحد جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف واثنين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وثلاثة جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف واربعة جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وخمسة جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وستة جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وسبعة جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وثمانية جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وتسعة جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وعشرة جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف واحد عشر جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف واثني عشر جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وثلاثة عشر جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف واربعة عشر جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وخمسة عشر جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وستة عشر جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وسبعة عشر جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وثمانية عشر جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وتسعة عشر جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وعشرين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف واحد وعشرين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف واثنين وعشرين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وثلاثة وعشرين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف واربعة وعشرين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وخمسة وعشرين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وستة وعشرين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وسبعة وعشرين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وثمانية وعشرين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وتسعة وعشرين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وثلاثين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف واحد وثلاثين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف واثنين وثلاثين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وثلاثة وثلاثين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف واربعة وثلاثين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وخمسة وثلاثين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وستة وثلاثين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وسبعة وثلاثين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وثمانية وثلاثين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وتسعة وثلاثين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف واربعين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف واحد واربعين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف واثنين واربعين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وثلاثة واربعين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف واربعة واربعين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وخمسة واربعين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وستة واربعين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وسبعة واربعين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وثمانية واربعين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وتسعة واربعين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وخمسين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف واحد وخمسين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف واثنين وخمسين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وثلاثة وخمسين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف واربعة وخمسين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وخمسة وخمسين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وستة وخمسين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وسبعة وخمسين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وثمانية وخمسين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وتسعة وخمسين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وستين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف واحد وستين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف واثنين وستين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وثلاثة وستين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف واربعة وستين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وخمسة وستين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وستة وستين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وسبعة وستين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وثمانية وستين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وتسعة وستين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وسبعين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف واحد وسبعين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف واثنين وسبعين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وثلاثة وسبعين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف واربعة وسبعين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وخمسة وسبعين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وستة وسبعين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وسبعة وسبعين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وثمانية وسبعين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وتسعة وسبعين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وثمانين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف واحد وثمانين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف واثنين وثمانين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وثلاثة وثمانين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف واربعة وثمانين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وخمسة وثمانين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وستة وثمانين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وسبعة وثمانين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وثمانية وثمانين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وتسعة وثمانين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وتسعين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف واحد وتسعين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف واثنين وتسعين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وثلاثة وتسعين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف واربعة وتسعين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وخمسة وتسعين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وستة وتسعين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وسبعة وتسعين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وثمانية وتسعين جزء له ومائة الف وتسعة وتسعون جزءا لفلان وان هذا الجزء من مائة الف وتسعة

قال ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد لان عند اتحاد الجنس يتحقق المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة لا يقسم الحيوان بعضها في بعض لانه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة بتمييز الحقوق ويقسم الرقيق والدواب وسيأتيها التراضي دون جبر القاضي ويقسم كل موزون ومكيل كثير وقليل المعدود والمتقارب وغير الدقيق والعقار ولا يقسم الحمام والبئر والرحى الصغار اذا كان بين اثنين لان في القسمة اتلافا او ضررا بينا لان الحمام لا ينتفع به بعد القسمة الا بالهدم والبئر لا ينتفع بها بعد القسمة الا بالطم والرحى لا ينتفع بها بعد القسمة الا بالنقل والتحويل وكذا الدار الصغيرة لان في القسمة تضييقا عليهما ولا يقسم الثياب الجروية والمروية لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوب واحد بين اثنين لان في القسمة تفويت المنفعة المقصودة وهي الستر والتجمل ولا يقسم الثوب الواحد ولا الدابة ولا الجوهرة ولا السيف ولا المصحف ولا الحمام ولا البيدر ولا الرحى الا ان يراضيا لان الضرر منتف بالتراضي والحق لهما فيه وكذا الحائط بين الدارين لانه يشتمل على الضررين اذ لا يتم كل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا وكذا الرحى الصغار لان الضرر فيها فاحش لان الحجر العلوي يحتاج الى الاقامة والسفلي الى الامساك وكذا الرحى الكبار لان الضرر فيها يسير لان الحجر العلوي يحتاج الى الاقامة والسفلي لا يحتاج اليها وكذا البئر والحمام لان الضرر فيهما يسير لان الحمام لا يخرب بالقسمة والبئر لا يطم بالقسمة لان الماء يظهر بالحفر في موضع آخر وكذا الرحى الكبار لان الضرر فيها يسير لان الحجر العلوي لا يحتاج الى الاقامة والسفلي لا يحتاج الى الامساك وكذا الدار الصغيرة لان الضرر فيها يسير لان الحاجز يقام بلبنة او لبنتين وكذا الحائط بين الدارين لان الضرر فيه يسير لان الحاجز يقام بلبنة او لبنتين وكذا الرحى الكبار لان الضرر فيها يسير لان الحجر العلوي لا يحتاج الى الاقامة والسفلي لا يحتاج الى الامساك وكذا الدار الصغيرة لان الضرر فيها يسير لان الحاجز يقام بلبنة او لبنتين وكذا الحائط بين الدارين لان الضرر فيه يسير لان الحاجز يقام بلبنة او لبنتين

قوله لان القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما يعني ان في هذه القسمة قضاء على الغائب او الصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده من غير خصم حاضر عنهما كذا التقرير في الكافي والمبسوط اقول في هذا التعليل شيء وهو انه انما يتم اذا كان العقار كله في يد الغائب او الصغير او كان شيء منه زائدا قدره على حصة الغائب او الصغير من الميراث في يد احدهما واما فيما اذا كان في يد احدهما من العقار شيء يساوي قدر حصته ذلك من الميراث او بقدر اقل منها فلا يتم شيء ذلك التعليل اذ لا يلزم فيه القضاء على الغائب او الصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده بل يلزم ابقاء ما كان في يده على يده في صورة التساوي وزيادة شيء عليه فما في يد الحاضرين في صورة التفاضل ويحتمل ان يكون هذا هو السر في عدم وقوع ذكر اوشي منه في وضع المسئلة في مختصر القدوري فان هذا التعديل وضعها من زيادة صاحب الهداية كما نص عليه في غاية البيان تأمل

فصل فيما يقسم وما لا يقسم لما تنوعت مسائل القسمة الى ما يقسم وما لا يقسم شرع في بيانهما في فصل على حدة قوله والاصح المذكور في الكتاب وهو الاول لان رضى صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيئا وانما الملزم طلب الانصاف من القاضي وايضا الى شفقة ملكه وذلك لا يوجد عند طلب القليل كذا في العناية ومعراج الدراية وهو المذكور في الذخيرة وزاد عليه في النهاية والكفاية ان يقال الا يرى ان كل واحد منهما اذا كان لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة وطلبا جميعا القسمة لم يقسمها القاضي بينهما فكذلك اذا كان الطالب من لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة انتهى اقول هذه الزيادة تخالف ما سيأتي في الكتاب بقوله وان كان كل واحد منهما يستضر بالقسمة لم يقسمها الا برضاهما فانه يدل على ان القاضي يقسمها عند تراضي الشريكين وطلبهما القسمة وقد صرح به الخصاف هناك حيث قال ويجوز تراضيهما لان الحق لهما وهما اعرف بشأنهما واما القاضي يعتمد الظاهر انتهى ثم انك لو تأملت حق التأمل وجدت نوعا من التدافع بين اصل ما ذكره في وجه اصحية المذكور في الكتاب اولا وبين ذاك التعليل الذي ذكره المصنف بقوله لان الحق لهما الا ترى ان القاضي يعتمد الظاهر فتأمل قوله ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى الا برضى الشركاء قال صاحب العناية والاصل في هذا ان الجبر في القسمة انما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بان يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة منتفعا به انتفاع ذلك الجنس وفي قسمة الحمام والبئر والرحى ضرر لهما او لاحدهما فلا يقسم الا بالتراضي انتهى اقول تقرير الاصل بهذا الوجه ليس بسديد اذ قد تقرر فيما مر انه اذا كان لاحد الشركاء ينتفع بنصيبه والآخر يستضر بنصيبه بقلته فان القاضي يقسم بطلب صاحب الكثير فقط على القول الاصح المذكور في الكتاب ويطلب صاحب القليل فقط على ما ذكره الخصاف ويطلب كل واحد منهما على ما ذكره الحاكم الشهيد وعلى كل واحد من الاقوال الثلثة المذكورة ينتقض ذلك التقرير بذلك المسئلة كما لا يخفى على فطن مسكة فالصواب الموافق لقول المصنف في التعليل لانه يشتمل على الضرر في الطرفين الى آخره ان يقتصر في بيان اصل هذه المسائل على لزوم الضرر لكل واحد من الشركاء ويجعل ذلك هو العلم الجامع في القسمة قوله وان كانت رحى بيت او دار او حانوت قسم كل واحد منها على حدة لاختلاف الجنس قال المصنف جعل الدار والحانوت جنسين هكذا ذكره الخصاف وقال في اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحانوت لا يجوز وهذا يدل على انهما جنس واحد فيجعل في المسئلة روايتان وبقي خزنة الربوا هنا لك على شبهة الجانسة وستشكل التوجيه الثاني صاحب الكافي عليه قال وقيل هما مختلفان على رواية واحدة والفتوى ثمة شبهة المجانسة باعتبار اتحاد منفعتهما وهو لسكنى كذا ذكره في الهداية وهو مشكل لانه يؤدي الى اعتبار شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون الثانية وعنها وقد قال شمس الائمة الحلواني اما ان يكون في المسئلة روايتان او يكون من مشكلات هذا الكتاب انتهى اقول هذا كلام صاحب الكافي وقد اوضح اشكاله صاحب العناية ثم اجاب عنه حيث قال واستشكل كلامه

قال وان كانت دارا وضيعة او دارا وحانوتا قسم كل واحد منهما على حدة لاختلاف الجنس قال رضي الله عنه جعل الدار والحانوت جنسين وكذا ذكر المختار وقال في اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحانوت لا تجوز وهذا يدل على انهما جنس واحد فيجعل في المسألة روايتان وسيأتي حرمة الربوا لذلك على شبهة المجانسة **فصل في كيفية القسمة** قال ينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه ليتمكن خطؤه ويعدل بين شركائه في سهام القسمة ويروي بترداد اي يقطعه بالقسمة من غير رؤية عند الكرخي رحمه الله وقوم الماء الجاري والارض بقدر حقه وقيمة حقه لا كون نصيب جنسه نصيب الجنس الذي تعلق استحقاق منافعه به وتحقيق معنى القسمة على التمام ثم يقسم نصيبا بالاول والثاني والثالث على هذا ثم يخرج القرعة فمن خرج سهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني ولا اصل ان نبتلي في ذلك الى اقل الانبياء حتى اذا كان لا قل نثنا جعلها اثنتا عشرة سهما اسداسا ليكون القسمة وقد شرحناه مشبعا في كفاية المنتهي وفق الله تعالى وقوله في الكتاب يفرز كل نصيب ويشير به بيان الافضل ان لم يفعل اوكان جاز على ما ذكره بتفصيله انشاء الله تعالى والقرعة لتطييب القلوب وازاحة تهمة الميل حتى لو تيقن كل منهم نصيبا من غير قرعة جاز لانه في معنى القضاء فملك الزام قال ولا يدخل في القسمة الدور الا باتراضيهم لانه لا شركة في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك ولانه يفوت به التعديل في القسمة لان احدهما يصل الى عين المقاروه دراهم الآخر وفي دمته ولعلها لا تسلم له واذا كان ارض وبناء فعن ابي يوسف انه يقسم كل ذلك على اعتبار القيم لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يقسم الارض بالمساحة لانه هو الاصل والمساحة اسهل وثمن ودقيم البناء في نصيبه او ثمن كان نصيبه اجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في قسمة القرعة لا خير لا ولاية له في المال ثم ملك تسوية الصدقاتي ضرورة التزويج وعن محمد رحمه الله انه يرجع على شريكه بقيمة البناء ما يساوي بقي من الجودة وان بقي فضل ولا يمكن تحقيق التسوية بان لا يبقى للعرصة بقيمة البناء وحينئذ يرد الفضل دراهم لان الشركة في هذا القدر فلا يترك الاصل الا باعتبار يوجب زيادة الاصل

بذا لانه يؤدي الى اعتبار شبهة الشبهة فان الجنس اذا اتحدا كان بمنزلة مبادلة الشيء بجنسه نسيئة وبالجنس يحرم النساء هنديا كما يقدم وفي ذلك شبهة الربوا فاذا اعتبرت شبهة الجنسية كان ذلك اعتبار الشبهة الشبهة والمعتبر الشبهة دون النازل عنها وقد قال شمس الائمة الحلواني اما ان يكون في المسألة روايتان او يكون من مشكلات هذا الكتاب ويمكن ان يقال لا اشكال فيه لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها لانه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة انتهى كلامه اقول في الجواب خلل اذ لو كان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة نفس المجانسة لما تم التوجيه بين مسألتنا ومسألة اجارات الاصل بقوله او يبنى حرمة الربوا هنالك على شبهة المجانسة اذ يصير مدار مسألة اجارات الاصل بقوله او يبنى حرمة الربوا هنالك على شبهة المجانسة اذ يصير مدار مسألتنا على اتحاد الدار والحانوت في الجنس ومدار مسألتنا على اختلافهما في الجنس قطعا فتناقضا والمصنف قصد التوفيق بذلك فتشاهد من الاستشكال المذكور ثم ان قوله لانه قال جنس واحد فكيف يكون بشبهة المجانسة ليس بسديد اذ لم يقع التصريح في اجارات الاصل بان قال جنس واحد ولو وقع كان المراد بجنس واحد على طريق التشبيه للبليغ عرف ادوات التشبيه على ما عرف فلا يأتي في القول بشبهة المجانسة كما لا يخفى قال بعض الفضلاء في تفسير معنى قول صاحب العناية لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها يعني انهما متحد الجنس نظرا الى اصل السكنى فيبنى حرمة الربوا عليه ومختلفة نظرا الى اختلاف المقاصد فاعتبر ذلك في القسمة فليتامل انتهى اقول ليس ذلك مستقيما لان المعنى الذي ذكره مع كونه غير مستفاد من عبارة صاحب العناية اصلا لا يصح ان يراد ههنا اما اولا فلانه لا يدفع الاشكال المذكور اذ حاصله ان اتحادهما في الجنس غير مقرر بل هناك شبهما الاتحاد والاختلاف في الجنس من جهتين فكان في الجنسية شبهة فيقول بناء حرمة الربوا على ذلك الى اعتبار شبهة الشبهة كما عرفت فيما مر واما ثانيا فلان ما ذكره من اتحاد الجنس نظرا الى اصل السكنى واختلافه نظرا الى اختلاف المقاصد متحقق في الدور المتلاصقة في مصر واحد ايضا فبناء على ذلك خالف ابا حنيفة رحمه الله صاحباه ههنا فقالا ان كان الاصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها القاضي كما مر في الكتاب فلو كان المدار في مسألتنا ما ذكره لما وافق الامامان ابا حنيفة ههنا في وجوب قسمة كل واحد على حدة والتفاتهم في هذه المسألة مع كونه منتهيا من عدم بيان الخلاف فيها في الكتاب منصوص عليه في البدائع حيث قال اما دار وضيعة او دار وحانوت فلا يجمع بالاجماع بل يقسم كل واحد على حدة لاختلاف الجنس انتهى

فصل في كيفية القسمة لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم شرع في بيان كيفية القسمة فيما يقسم لان الكيفية صفة فيتبع جواز اصل القسمة الذي هو الموصوف **قوله** والقرعة لتطييب القلوب وازاحة تهمة الميل قال الشارح هذا جواب الاستحسان والقياس يأبى لان استعمال القرعة تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وهو في معنى القمار والقمار حرام ولهذا لم يجوز علماؤنا استعمالها في دعوى النسب ودعوى الملك وتعيين العتق او المطلقة ولكنا تركنا القياس ههنا بالسنة والتعامل الظاهر من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير وليس هذا في معنى القمار لان اصل الاستحقاق في القمار تعلق بما يستعمل فيه وفيما نحن فيه لا يتعلق اصل الاستحقاق بخروج القرعة لان القاسم لو قال انا عدلت في القسمة فحذانت هذا الجانب وانت ذاك الجانب كان مستقيما الا انه رغائهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء ونفي تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز الا يرى ان يونس عليه السلام في مثل هذا استعمل القرعة مع اصحاب السفينة كما قال الله تعالى فساهم فكان من المدحضين وذلك لانه علم انه هو المقصود ولكن لو القى نفسه في الماء بما نسب الى ما لا يليق بالانبياء ولكنه لما استعمل القرعة مع الاخيار في ضم مريم الى نفسه مع علمه بكونه

تمام بحر الافكار لكل منح الغفار مع حاشية ابن عابدين رح

قال فان قسم بينهم ولاحدهم مسيل في نصيب الآخر او طريق لم يشترط في القسمة فان امكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس لهذا ان يستطرق او يسيل في نصيب الآخر لانه امكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر دون ان يعلق صحت القسمة لان القسمة محتملة لبقاء الاختلاط فتستتبع توابع تخلاف البيع حيث لا يفسد بهذه الصورة لان المقصود منه تملك العين والانتفاع به جامع تعذر الانتفاع في الحال لما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتوفر ذلك الا بالطريق وكذا في الحقوق لان ذلك احق ان معنى القسمة الافراز والتمييز وتمام ذلك بان لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر وقد امكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل الى غيره من غير ضرر فيصار اليه بخلاف البيع اذا ذكر في الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل لانه امكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره وفي الوجه الثاني يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل ضم جنس الى جنس لا تفاوت بينهما عند التنصيف باعتباره وفيما تفاوت لا فراز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا فما يعتاد لا يدخل من غير تنصيص بخلاف البيع فانه يدخل فيه من غير تنصيص بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل الا بدخول الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر ولو اختلفوا في دفع الطريق يلهم القسمة ان كان يستقيم لكل واحد طريق يفتح في نصيبه فسم الحاكم من غير طريق ولم يجعل لاحدهم طريقا في نصيب الآخر لانه لا حاجة له فيه ولو اختلفوا في مقدار ما يجعل طريقا جعل على قدر ما يحتاج اليه لان الحاجة تندفع به والطريق على قدرها كما قبل القسمة كما ذكرنا ولو اختلفوا في موضع الطريق يقرع بينهم لان القرعة لتطييب القلوب وهو المختار لانه لا ترجيح لاحدهم فيقرع كما في الاجارة والعارية ولو اختلفوا في مقدار الطريق فعلى قدر ما يرى القاضي لانه لا توقيت فيه والله اعلم

قال واذا كان سفل لاحد وعلو لآخر فسأل صاحب العلو صاحب السفل ان يجعل بينهما نصفين ليكون له ثلثا العلو وثلث السفل وقال صاحب السفل لا ارضى الا بالثلثين لي والثلث له فالقول قول صاحب السفل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله القول قول صاحب العلو وهو قول زفر رحمه الله وقال الشافعي رحمه الله يقسم بالذرع

احق بها منهم لكون خالتها عندهم تطييبا لقلوبهم كما قال الله تعالى اذ يلقون اقلامهم ايهم يكفل مريم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرع بين نسائه اذا اراد السفر تطييبا لقلوبهن انتهى كلامهم وعزى في النهاية ومعراج الدراية هذا التفصيل الى المبسوط اقول بين اول كلامهم هذا واخره تدافع لانهم صرحوا اولا بان مشروعية استعمال القرعة ههنا جواب الاستحسان والقياس يابا ذلك لكونه في معنى القمار وقالوا اخرا ان هذا ليس في معنى القمار وبينوا الفرق بينه وبين القمار وذكروا وردود نظائره في الكتاب والسنة فقد دل ذلك على انه ليس مما يابا ه القياس اصلا بل هو مما يقتضيه القياس ايضا فتدافعا قوله واذا كان سفل الاعلو عليه وعلو لا سفل له وسفل عليه الخ قال صاحب العناية صورة المسئلة ان يكون علو مشتركا بين رجلين وسفله لآخر وسفل مشتركا بينهما وعلوه لآخر وبيت كامل مشتركا بينهما والكل في دار واحدة او في دارين لكن تراضيا على القسمة وطلبا من القاضي القسمة وانما قيدنا بذلك لئلا يقال تقسيم العلو مع السفل قسمة واحدة اذا كانت البيوت متفرقة لا يصح عند ابي حنيفة رحمه الله انتهى وقد اخذ الشارح المزبور ذلك التقييد مما ذكر في النهاية ومعراج الدراية من السؤال والجواب بان يقال فان قيل كيف يقسم العلو مع السفل قسمة واحدة عند ابي حنيفة ومن مذهبه ان البيوت المتفرقة لا يقسم قسمة واحدة اذا لم يكن في دار واحدة قلنا موضوع المسئلة انهما كانا في دار واحدة او البيتان في دار واحدة عند ابي حنيفة يقسم قسمة جمع ولئن كانا في دارين فهو محمول على ما اذا تراضيا على القسمة ولكن طلبوا من القاضي المعادلة فيما بينهم وعند ابي حنيفة يجوز القسمة على هذا الوجه حالة الرضى انتهى وقد ذكر هذا السؤال والجواب في الذخيرة ايضا فهي اما ان اخذا الاخذ الاصلي اقول فيه اشكال من حيث الرواية والدراية اما الاول فلان ذلك التقييد مخالف لروايات عامة الكتب منها ما ذكره المصنف في الفصل السابق حيث قال والبيوت في محلة او محال يقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيها يسير انتهى وكذا ان العلة فوق الدار واذا قسمت البيوت في محال متعددة قسمة فاسدة بالاجماع فلان قسمت في دور متعددة قسمة واحدة بالاجماع اولى كما لا يخفى ومنها ما ذكره صاحب الكافي في الفصل السابق حيث قال ثم هي على ثلثة فصول عند ابي حنيفة الدور والبيوت والمنازل فالدور لا يقسم عنده قسمة واحدة لا يرضى الشركاء سواء كانت متباينة او متلازقة والبيوت يقسم قسمة واحدة سواء كانت متباينة او متلازقة لانها لا تتفاوت في معنى السكنى ولهذا تؤجر باجرة واحدة في كل محلة والمنازل المتلازقة كالبيوت يقسم قسمة واحدة والمتباينة كالدور لا يقسم قسمة واحدة لان المنزل فوق البيت ودون الدار فالحقت المنازل بالبيوت اذا كانت متلازقة وبالدور اذا كانت متباينة وقالا في الفصول كلها ينظر الى اعدل الوجوه فيقضى القسمة على ذلك انتهى وبكذا ذكر في الفصل السابق في عامة الشروح حتى قال في العناية هناك والبيوت يقسم مطلقا للقمار بها في معنى السكنى ومنها ما ذكره الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال وان كان بين الرجلين بيتان له ان يجمع نصيب احدهما في بيت واحد متصلين كانا او منفصلين ولو كان بينهما منزلان وان كان متصلين فيهما كالدارين لا يجمع نصيب احدهما في منزل واحد ولكنه يقسم كل منزلة قسمة على حدة ولو كانا متصلين فيهما كالبيتين له ان يجمع نصيب احدهما في منزل واحد وهذا كله قول ابي حنيفة رحمة الله عليه وقال صاحباه الدار والبيت سواء والرأي فيه للقاضي انتهى ومنها ما ذكره صاحب البدائع حيث قال واما البيتان فيقسمان قسمة جمع بالاجماع متصلين كانا او منفصلين الى غير ذلك من المعتبرات ولا يخفى على ذي فطنة ان مدلول كل واحد منها ان يقسم البيتان او البيوت عنده قسمة واحدة على الاطلاق واما الثاني فلانه ان اراد بالتراضي في قوله او في دارين لكن تراضيا على القسمة تراضيهما فيما بينهما على قسمة معينة لزم ان لا يستقيم بيان الخلاف في هذه المسئلة بين ائمتنا الثلثة

لهما ان السفل يصلح مالا يصلح له العلو من اتخاذه بيدرا ومراحا او اصطبلا او غيره ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة وهما يقولان ان القسمة بالذرع هي الاصل لان الشركة في المذروع لا في القيمة فيصار اليه ما امكن والمرعي التسوية في السكنى لا في الرافق ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع فقال ابو حنيفة رح ذراع من سفل بذراعين من علو وقال ابو يوسف رح ذراع بذراع قيل اجاب كل منهم على عادة اهل عصره او اهل بلده في تفضيل السفل على العلو او استوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى وقيل هو اختلاف معنى ووجه قول ابي حنيفة رح ان منفعة السفل تبقى على منفعة العلو بضعفه لانها تبقى بعد فوات العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا بإضاء صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل

على الوجه المفصل في الكتاب حينئذ بالكلية فانه يجوز القسمة على وفق تراضيهما على شيء معين كيف ما كان بلا خلاف من احد الا يرى ان الدور مطلقا لا تقسم قسمة واحدة عند ابي حنيفة وعند تراضي الشركاء فيما بينهم على تلك القسمة يقسم لهما عنده ايضا كما صرحوا به قاطبة وان اريد بالتراضي المذكور تراضيهما على مجرد القسمة بدون تعيين شيء كما هو الظاهر من عبارة النهاية ومعراج الدراية والذخيرة وهي قولهم ولئن كانا في دارين فهو محمول على ما اذا تراضيا على القسمة ولكن طلبوا من القاضي القسمة ولكن طلبوا من القاضي المعادلة فيما بينهم لم يفد التقييد بذلك شيئا لانهما انما تراضيا حينئذ على القسمة المعادلة فان كان مذهب ابي حنيفة ان البيوت المتفرقة لا تقسم قسمة واحدة فالظاهر ان وجه عدم امكان التعديل في قسمتها قسمة واحدة كما قال في الدور فاذا لم يكن التعديل فيها فكيف يجوز تجويز تراضيهما على القسمة مع طلب المعادلة فيها وبالجملة لا يرى معنى فقهي فارق بين صدور التصريح بالتراضي على ذلك المعنى منهما وعدم صدوره فما معنى اختلاف جواب المسئلة في الصورتين فتامل **قوله** لمحمد ان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بيدرا او مسرحا او اصطبلا او غير ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة اقول كان الظاهر في التعليل عن قبل محمد ان يزاد على قوله ان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو وان العلو يصلح تارة لما لا يصلح له السفل كدفع ضرر الندى في موضع يكثر استنشاق الهواء الملائم وغير ذلك فان مجرد صلاحية السفل لما لا يصلح له العلو مطلقا كما هو مذهب ابي حنيفة فلا ينافي تقسيم ذراع من سفل بذراعين من علو بخلاف تفضيل السفل مرة وتفضيل العلو اخرى فانه ينافي القسمة بالذرع اصلا ويقتضي المصير الى القسمة بالقيمة ليتحقق التعديل وعن هذا قال فيما سياتي ولمحمد ان المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة وقال والفتوى اليوم على قول محمد **قوله** قيل اجاب كل واحد منهم على عادة اهل عصره او بلده في تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى وقيل هو اختلاف معنى قال صاحب العناية في شرح هذا المقام واختلف المشائخ بان معنى هذا الاختلاف اختلاف عادة اهل العصر والبلدان في تفضيل السفل على العلو او العكس من ذلك او استوائهما او وجه معنى فقهي فقال بعضهم اجاب كل منهم على عادة اهل عصره اجاب ابو حنيفة بناء على ما شاهد من اهل الكوفة في اختيار السفل على العلو وابو يوسف بناء على ما شاهد من اهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى ومحمد بناء على ما شاهد من اختلاف العادات في البلدان من تفضيل السفل مرة والعلو اخرى انتهى اقول في اوائل تحريره خلل حيث قال او العكس من ذلك ولا يخفى ان عكس تفضيل السفل على العلو مطلقا انما هو تفضيل العلو على السفل مطلقا وهو ليس بمذهب احد في الاختلاف المذكور وانما المذهب فيه تفضيل السفل على العلو مطلقا كما قال ابو حنيفة واستوائهما كما قال به ابو يوسف وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى كما قال به محمد وليس الثالث بعكس الاول كما لا يخفى وتبعه في صاحب الهداية في حسن تحريره واصابته حيث قال في تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى فاصاب المخرج في افادة عين المذاهب الثلثة الواقعة في الاختلاف المذكور كما ترى **قوله** وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير قال بعض الفضلاء هذا مخالف لقوله والمدعى التسوية في السكنى لا في المرافق الا ان يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره ابو حنيفة وهو غير ظاهر انتهى اقول ليس ذلك بسديد اما اولا فلان معنى قوله فيما مر والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق ان المراعى في نفس القسمة بالذرع التي هي الاصل التسوية في السكنى لا في المرافق اذ الاتحاد في الجنس يحصل بالاتحاد في منفعة السكنى بدون الاحتياج الى الاتحاد في المرافق فيصار الى ما هو الاصل عند الاتحاد في الجنس من قسمة العين دون القيمة ومراده ههنا بقوله وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى في العلو السكنى لا غير بيان مراعاة منفعة غير السكنى ايضا

في كيفية القسمة عند ابي حنيفة وهي ذراع من سفل بذراعين من علو ولا بعد في ان يراعى في كيفية القسمة بالذراع ما لا يراعى في نفس القسمة بالذراع فان نفس القسمة بالذراع قد تتحقق منفكة عن تلك الكيفية كما في قسمة البيت السفلي فقط او العلوي فقط فلا مخالفة بين الكلامين في المقامين كما لا يخفى واما ثانيا فلانه لا معنى لقوله الا ان يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره ابو حنيفة فان المذكور فيما مر بقوله والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق انما هو قول ابي حنيفة وابي يوسف والمذكور ههنا بقوله وكذا السفل فيه منفعة السكنى الى آخره انما هو وجه قول ابي حنيفة وحده وما ذكره محمد بمعزل عن ذينك القولين معا فلا تاثير للفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره ابو حنيفة في دفع المخالفة بينهما كما ادعاها على ان قوله وهو غير ظاهر ليس بصحيح اذ لا شك في ظهور الفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره ابو حنيفة كما ترى **قوله** ولابي يوسف ان المقصود اصل السكنى اقول حق التحرير ان يقال ان اصل المقصود وهو السكنى وبذا الظاهر لا يتفاوت المتدبر للمقام **قوله** والسفل المجرد ستة وثمانون وثلثان لانه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله قال بعض الفضلاء قوله والسفل المجرد الى آخره متدارك لا حاجة اليه كما لا يخفى انتهى اقول دعوى استدراكه بالكلية خروج عن دائرة الانصاف فان قوله فيما قبل لان علو مثل نصف سفله ليس ببيان كامل لقوله ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع وانما يكمل البيان بقوله والسفل المجرد اعني سفل البيت الكامل ستة وستون وثلثان لانه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله اعني بمقابلة مثله من السفل المجرد الذي لا عاء عليه اصلا نعم حق البيان ان يؤخر قوله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا على قوله فيجعل بمقابلة مثله تبصر لتفهم

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من العوارض التي عسى ان تقع وان لا تقع آخر ذكرهما قال صاحب العناية آخذا من غاية البيان والاصل في هذا الباب ان الاختلاف اما ان يكون في مقدار ما حصل بالقسمة او في امر بعد القسمة فان كان الاول تحالفا وانفسخ القسمة ان لم يكن دعواه متناقضا والا كان الثاني فحكمه البينة على المدعي واليمين على من انكر واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فانهم اذا اختلفوا في التقويم والقسمة بالتراضي او بقضاء القاضي والغبن يسير لا تحالف فيه ولا بينة ولا يمين كما يجيء انتهى اقول ذلك ممنوع فان الظاهر القسمة في الاصل المزبور هو الاختلاف الملتفت اليه المعتبر في الشرع وما ذكره ذلك المعترض من الصورتين وهما الاختلاف في التقويم فيما اذا كانت القسمة بالتراضي والاختلاف فيه فيما اذا كانت بقضاء القاضي ولكن الغبن يسير خارج عن المقسم المذكور لعدم الالتفات اليه في الشرع كما يجيء فلا يرد به النقض على شيء من القسمين المذكورين في الاصل المزبور **قوله** فان لم تقم له بينة استحلف الشركاء لانهم لو اقروا لزمهم فاذا انكروا استحلفوا الرجاء النكول كذا في الكافي وعامة الشروح واورد عليه بعض الفضلاء حيث قال لو صح بذا لدل على وجوب تحليف المقر له اذا ادعى المقر انه كذب في اقراره مع انه لا تحليف عليه عند ابي حنيفة ومحمد انتهى اقول ليس ذاك بوارد اذ قد يقرر في كتاب الاقرار ان حكم الاقرار ظهور المقر به بالتصديق من المقر له الا في نسبت الولادة ونحوه ولكن يرد الاقرار برد المقر له الا بعد تصديقه فانه لا يرد حينئذ اصلا فاذا يقرر ذلك فاذا ادعى المقر انه كذب في اقراره ان كان بعد تصديق المقر له اياه في اقراره لا يدل ما ذكروا ههنا على وجوب تحليف المقر له هناك اذ لا يتمشى فيه ان يقال لو اقر المقر بكذب المقر في اقراره بعد تصديقه اياه في اقراره لزمه ذلك فان الاقرار لما لم يرد بعد تصديق المقر له لم يلزم المقر له ذلك بعد تصديقه اياه وان كان ذلك الاقرار قبل تصديق المقر له المقر في اقراره فلا يدل ما ذكروا ههنا ايضا على ذلك فانه لا يتمشى فيه ان يقال لو اقر المقر له بكذب المقر له في اقراره لزمه ذلك ولكن لا يتمشى فيه ان يقال فاذا انكر استحلف كما قالوا فيما نحن فيه لانه اذا انكر ذلك كان مصدقا له في اقراره لان الانكار كذب في اقراره يقتضي

قال رضي الله عنه ينبغي ان لا يقبل دعوى احدهما لنسا قضه واليه اشار من بعد وان قال قد استوفيت حقي واخذت

بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر وان قال اصابني الى موضع كذا فلم يسلم الي ولم يشهد

على نفسه بالاستيفاء وكذب شريكه تحالفا وفسخت القسمة لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار

نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من احكام التحالف فيما تقدم ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت اليه لانه دعوى الغبن

ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود الترادف الا اذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش لان تصرفه مقيد بالعدل

تقييد بقي في اقراره فبعد ذلك لا يقبل الاقرار بالرد فلا فائدة في استحلافه ولذلك لم يجب تحليف المقر له هناك عند ابي حنيفة ومحمد بخلاف ما نحن فيه تامل فيما قلنا فلعل فيه دقة ثم اقول لكن بقي فيما ذكروا شيء وهو ان قولهم لرجاء النكول في قولهم فاذا انكروا استحلفوا لرجاء النكول انما يرتبط بما قبله على قول من قال ان النكول اقرار واما على قول من قال انه بذل لا اقرار كما ذهب اليه ابو حنيفة على ما مر في كتاب الدعوى مفصلا فلا فانه اذا لم يكن اقرارا لا يلزمهم من لزوم اقرارهم لو اقروا وجوب استحلافهم اذا انكروا لرجاء النكول فلا يرتبط آخر كلامهم باوله كما لا يخفى على الفطن قوله قال رضي الله عنه ينبغي ان لا يقبل وعواه اصلا لتناقضه قال صدر الشريعة في شرح الوقاية بعد نقل هذا عن الهداية وفي المبسوط وفي فتاوى قاضيخان ما يويد هذا وقال وجه رواية المتن انه اعتمد على فعل القاسم في اقراره باستيفاء حقه ثم لما تامل حق التامل ظهر الغلط في فعله فلا يوخذ بذلك الاقرار عند ظهور الحق انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل ما ذكره صدر الشريعة وفيه بحث فان مبنى هذا الاقرار ان كان مانعا عن صحة الدعوى لا يسمع البينة لابتنائه على صحة الدعوى وان لم يكن مانعا ينبغي ان يتحالفا اقول يمكن ان يقال انه لين بمانع صحة الدعوى ولا ينبغي ان يتحالفا بناء على ما حققه صاحب الذخيرة حيث قال واما دعوى الغلط في مقدار الواجب بالقسمة فنوعان نوع يوجب التحالف ونوع لا يوجب التحالف والذي يوجب التحالف ان يدعي احد المتقاسمين غلطا في مقدار الواجب بالقسمة على وجه لا يكون مدعيا الغصب بدعوى الغلط والذي لا يوجب التحالف ان يدعي الغلط في مقدار الواجب بالقسمة على وجه يكون مدعيا الغصب بدعوى الغلط وقال في النوع الاول وانما وجب التحالف لان القسمة في معنى البيع وفي البيع اذا وقع الاختلاف في مقدار المعقود عليه يتحالفان اذا كان قائما فكذا في القسمة وقال هذا اذا لم يسبق منهما اقرار باستيفاء الحق واما اذا سبق لا يسمع دعوى الغلط الا من حيث الغصب وقال في النوع الثاني اذا كان يجب التحالف باعتبار اختلافهما في مقدار الواجب بالقسمة كما في النوع الاول فباعتبار دعوى الغصب لا يجب التحالف كما في سائر المواضع والتحالف امر عرف بخلاف القياس فاذا وجب من وجه دون وجه لا يجب انتهى فتلخص منه وجه عدم وجوب التحالف فيما اذا اشهد على نفسه بالاستيفاء مع استماع دعواه كما وقع في متن الكتاب فحصل به الجواب عن بحث ذلك القائل فتعاين حصل به الجواب عما قاله صاحب الهداية ايضا من غير حاجة الى التكلف الذي ذكره صدر الشريعة لان دعوى الغلط على وجه يتضمن دعوى الغصب بعد الاستيفاء كما هو النوع الثاني من النوعين المذكورين في الذخيرة لا ينافض الاقرار باستيفاء

حق من قبل كما لا يخفى على المتامل قوله لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من احكام التحالف فيما تقدم اقول فيه بحث وهو ان ما يقدم في باب التحالف من كتاب الدعوى هو ان التحالف فيما اذا اختلف المتبائعان في المبيع قبل القبض على وفاق القياس لان احد المتبائعين يدعي الزيادة والآخر ينكرها وان الآخر يدعي وجوب تسليم البدل بما قاله واحدهما ينكر فصار كل واحد منهما منكرا فيحلف واما بعد القبض فمخالف للقياس لان القابض منهما لا يدعي شيئا حتى ينكره الآخر فيحلف عليه لكنا عرفنا التحالف فيه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبائعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا فاذا يقرر ذلك فيما نحن فيه احد الشريكين قابض لعينه فانه فوالبدل ولا يدعي على الآخر شيئا واما يدعي الآخر عليه بعض ما في يده وكان التحالف فيه مخالفا للقياس ولا مجال لاجراء النص المزبور ههنا بالطريق

ولو اقتسما دارا واصاب كل واحد طائفة فادعى احدهما بيتا في يد الآخر انه مما اصابه بالقسمة وانكر الآخر فعليه اقامة البينة لما قلنا وان اقاما البينة يؤخذ ببينة المدعي لانه خارج وبينة الخارج تترجح على بينة ذي اليد وان كان قبل الاشهاد على القبض تحالفا وترادا وكذا اذا اختلفا في الحد وعدوا اقاما البينة يقضى لكل واحد بما في يد صاحبه لما بينا وان قامت لاحدهما بينة قضي له وان لم تقم لواحد منهما تحالفا كما في البيع **فصل** قال واذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند ابي حنيفة رح ورجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وقال ابو يوسف رح تفسخ القسمة قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار والصحيح ان الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب احدهما فاما في استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالاجماع ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالاتفاق فهذه ثلثة اوجه وكذا زفر رح كوقول محمد رح وذكر ابو سليمان مع ابي يوسف وابو حفص مع ابي حنيفة وهو الاصح لابي يوسف رح ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما القياس لان ذلك النص كان واردا في البيع على خلاف القياس وقد تقرر عندهم ان ما يرد على خلاف القياس يختص بمورده ولا يطرد في النص لان القسمة ليست في معنى البيع من كل وجه اذ فيها معنى الافراز والمبادلة معا كما مر في صدر كتاب القسمة والبيع مبادلة محضة ليس فيه معنى الافراز ولا بد في الالحاق بطريق الدلالة من الاولوية او التساوي على ما عرف في موضعه ولم يوجد شئ منهما هنا فليتامل في الدفع **قوله** ولو اقتسما دارا واصاب كل واحد طائفة فادعى احدهما بيتا في يد الآخر انه مما اصابه بالقسمة وانكر الآخر فعليه اقامة البينة لما قلنا قال في العناية قوله لما قلنا اشارة الى قوله لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها انتهى واستشكله بعض الفضلاء حيث قال فسخ القسمة ليس بظاهر فان المدعى شيئا معينا وهو البيت فاذا اورد دعواه بالبينة يحكم بالبيت للمدعي انتهى اقول الظاهر ان المراد بفسخ القسمة في قوله لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فسخ القسمة المعائنة حال الخصومة الدالة في الظاهر على كون ذلك البيت في نصيب ذي اليد لا فسخ القسمة عن اصلها والاستيناف بقسمة اخرى حتى ينافي ما يجيء في الفصل الاولى من انه اذا استحق بعض معين من نصيب احدهما لا يفسخ القسمة بالاجماع في الصحيح وتحقق فسخ القسمة بالمعنى الاول فيما نحن فيه اذ لو اراد دعواه بالبينة ظاهر لا يخفى

فصل لما فرغ من بيان الغلط شرع في بيان الاستحقاق **قوله** قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار امي قال المصنف ذكر القدوري الاختلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف في استحقاق بعض معين من نصيب احدهما وهكذا ذكر الاختلاف في الاسرار قال صاحب النهاية وصفة الحوالة هذه الى الاسرار وقعت سهوا لان هذه المسئلة مذكورة في الاسرار في الشائع وضعا وتعليلا من غير تجاسر وتكرارا بلفظ الشائع غير مرة انتهى اقول وتعدية الحوالة بكلمة الى في قول صاحب النهاية وصفة الحوالة هذه الى الاسرار وقعت سهوا ايضا والمطابق للغة تعديتها بكلمة على وقال صاحب العناية بعد نقل كلام صاحب النهاية بعين عبارته واقول وفي قوله ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه ايضا نظر فان قول القدوري فاذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه وليس بنص في ذلك لجواز ان يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب احدهما لا ببعض فيكون تقرير كلامه واذا استحق بعض شائع في نصيب احدهما بعينه وحينئذ يكون الاختلاف في الشائع لا في المعين انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان كلام القدوري ان لم يكن نصا فيما حمل عليه المص فهو ظاهر فيه بحيث لا يشتبه على احد من فحول العلماء الا ان قوله بعينه لو لم يكن متعلقا ببعض كان البعض المذكور في بابه تكملة مبهما فلا يعلم ان المراد به البعض المعين او الشائع فيختل وضع المسئلة وايضا لو كان قوله بعينه متعلقا بقوله نصيب احدهما كان للجر والتاكيد بل صار بمنزلة اللغو في مثل هذا المقام واما اذا كان متعلقا ببعض يكون تتميما مفيدا للمراد مزيلا للابهام فاني غدا من ذلك على ان الاصل في امثال هذا التركيب تعلق المقيد بالمضاف دون المضاف اليه كما بين في محله فتبين ان كلام القدوري ظاهر فيما حمل عليه المصنف وقد تقرر في علم الاصول ان الظاهر يوجب الحكم قطعا كالنص على احد معنى القطعي وهو ما يقطع الاحتمال الناشئ عن دليل لا ان التفاوت بينهما انتفى الظاهر والنص انما يظهر عند التعارض فيقدم النص على الظاهر عنده ولم يعارض الظاهر هنا نص فوجب الحكم بموجبه **قوله** لابي يوسف ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة قال صاحب العناية في تعليل هذه المقدمة اعني قوله والقسمة بدون رضاه باطلة لان

ذا القسمة بدون رضاه باطلة كما اذا استحق بعض شائع في النصيبين وهذا لان باستحقاق جزء شائع بعدم معنى القسمة وهو لزوم الضرر وجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعا لاجراء في العين فما ان معنى الافراز بالعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب احدهما وهذا جارت القسمة على هذا الوجه لابتداء بان كان النصف المقدم مشتركا بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما اثلاثا فاقتسما على ان لاحدهما ما قدم من المقدم ولصاحبه ما قدم من المؤخر فلذا في الابتداء وصار كاستحقاق شيء معين بعد القسمة شائع في النصيبين لانه لو بقيت القسمة لتمت والثالث تبقى نصيبه في النصيبين اما هنا لاضرر باستحقاق فافترقا وصورة المسئلة اذا اخذ احدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر فقسمها سواء ثم استحق نصف المقدم فعند هما انشاء تنقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وانشاء رجع على صاحبه بربع ما في يده من المؤخر لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع اعتبارا للجزء بالكل ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقي رجع بربع ما في يد الآخر عندهما لما ذكرنا وسقط خياره ببيع البعض وعند ابي يوسف ما في يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن بقية نصف ما باع لشاحبه لان القسمة تنقلب فاسدة عنده والقبوض بالعقد الفاسد مملوك بعقد البيع فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن النصف نصيب صاحبه **قال** ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط رجعت القسمة لانه يتم وقوع الملك للوارث وكذا اذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة ما يفي بالدين وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايفاء حقهم ولو ابرأ الغرماء بعد القسمة او اداه الورثة من مالهم والدين محيط او غير محيط جارت القسمة لان المانع قد زال

موضع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة لانه اعتبر القيمة فيها فلا بين التراضي انتهى ويأخذ تعليله بذا مما نقله صاحب غاية البيان عن الامام علاء الدين الاسبيجابي حيث قال وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وضع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة لانه اعتبر القيمة والقسمة بالقيمة عند ابي حنيفة لا تصح الا عن تراض انتهى واورد بعض الفضلا على قول صاحب العناية لان موضوع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة حيث قال لا حاجة الى القول بوضع المسئلة في صورة التراضي فانها اذا كانت بقضاء القاضي تبطل اذا لم يرض الغائب على ما يجئ في شرح قوله ولو ابرأه الغرماء انتهى اقول ليس في ذلك صحيح اذ لا شك ان القسمة بين الورثة اذا كانت بقضاء القاضي لا تبطل بعدم رضى الغائب الا يرى الى ما مر في الكتاب في اوائل كتاب القسمة من قوله واذا حضر وارثان واقاما البينة على الوفاء بعدد الورثة والدار في ايديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين ونصب للغائب وكيلا يطلب نصيبه انتهى ولو بطلت القسمة بعدم رضى الغائب لما سلم للقاضي القسمة في تلك الصورة بحجر وطلب الحاضرين ثم ان قوله على ما يجئ في شرح قوله ولو ابرأه الغرماء ليس بحواله راجحة اذ لا شك في شرح ذلك ما يوهم بطلانها سوى قول صاحب العناية بخلاف ما اذا ظهر وارث او الموصى له بالثلث او الربع بعد القسمة وقالت الورثة نحن نقضي حقهما فان القسمة تنقض ان لم يرض الوارث والموصى له لان حقهما في عين التركة فلا ينتقل الى مال آخر الا برضاهما انتهى لكن المراد بانتقاض القسمة في صورة ظهور الوارث او الموصى له انتقاضها في قدر حقهما من عين التركة بالكلية بحيث يحتاج الى الاستيناف كما هو قول ابي يوسف فيما نحن فيه او المراد انتقاضها بالكلية ايضا لكن في صورة القسمة بالتراضي دون القسمة بقضاء القاضي اذ لا ينقض القسمة بالكلية فيما اذا ظهر وارث او الموصى له اذا كانت القسمة بقضاء القاضي نص عليه في البدائع حيث قال يوجب نقض القسمة بعد وجود بالانواع منها ظهور دين على الميت اذا طلب الغرماء دينهم ولا مال للميت سواه ولا قضاء الورثة من مال انفسهم ثم قال ومنها ظهور الوصية لان الموصى له شريك الورثة الا يرى انه لو هلك من التركة شيء قبل القسمة هلك من الورثة والموصى له جميعا والباقي على الشركة بينهم ولو اقتسموا وشهد وارث غائب فنقض فكذا اذا وقال وبذا اذا كانت القسمة بالتراضي فان كانت بقضاء القاضي لا تنقض لان الموصى له وان كان كواحد من الورثة لكن القاضي اذا قسم عند غيبة احد الورثة لا تنقض قسمته لان القسمة في هذا الموضع محل الاجتهاد وقضاء القاضي اذا صادف محل الاجتهاد نفذ ولا ينقض ثم قال ومنها ظهور الوارث فنقض القسمة ثم ظهر ان ثمة وارثا آخر نقضت قسمتهم ولو كانت القسمة بقضاء القاضي لا تنقض لما ذكرنا الى هنا لفظه ثم ان ذلك البعض اورد ايضا على قول صاحب العناية لانه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي حيث قال فيه بحث فان القيمة معتبرة فيما اذا كانت القسمة بقضاء القاضي ايضا بل اعتبارا فيها الاولى لانه لو كان بالغين الفاحش في احد الطرفين لم يقض على ما مر في الدرس السابق انتهى اقول هذا ايضا ليس بصحيح لان القسمة بالقيمة لا تصح عند ابي حنيفة اصلا الا عن تراض هذا مع كونه مما نص عليه شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد بصدد بيان وضع هذه المسئلة كما ذكرنا من قبل ظاهر من اصل ابي حنيفة في كثير من المسائل المتقدمة في الكتاب فاعتبار القيمة في هذه المسئلة على قول ابي حنيفة وغيره كما يقتضيه تصوير ما المذكور في عامة الكتب حتى في كتب محمد رحمة الله عليه يدل على ان وضعها فيما اذا تراضيا على القسمة لا فيما اذا كانت بقضاء القاضي فقوله فان القيمة معتبرة فيما اذا كانت القسمة بقضاء القاضي ايضا ان اراد به انها معتبرة عند ابي حنيفة في صورة القضاء ايضا فليس كذلك وان اراد به

ولو ادعى احد المتقاسمين دينا في التركة صح دون تلك لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالذمة والقسمة تصادف

العين ولو ادعى عينا باي سبب كان لم يسمع للتناقض اذ الاقدام على القسمة اعتراف بكون

المدعى مشتركا فصل في المهاياة المهاياة جائزة استحسانا للحاجة اليه اذ يتعذر الاجتماع على

الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي كما يجري في القسمة

انها معتبرة في صورة القضاء اينما عند غير ابي حنيفة فلا يجدي شيئا فان عدم اعتبارها عند ابي حنيفة كاف في تمام ما قاله صاحب العناية وقوله بل اعتبارها فيها اكد ولهذا لو كان بالغبن الفاحش في احد الطرفين تفسخ على ما مر الكفي عامة الاصحابة لان تحقق الغبن الفاحش لا ينحصر في ان يكون قيمة احد الطرفين اكثر من قيمة الآخر بل قد يتحقق الغبن بكون غبن احد الطرفين اكثر من غبن الآخر من جهة الوزن او الكيل او الزرع او العدد مما يليق بجنس المقسوم فابو حنيفة يعتبر في غبن القسمة بالتفاوت في العين باحدى الجهات المذكورة دون التفاوت في القيمة وما مر في الفصل السابق من مسئلة فسخ القسمة بالغبن الفاحش لا يدل على كون الغبن من جهة القيمة البتة بل قد ذكر هناك في بعض الشروح ان الغبن مثال هو صريح في التفاوت في العين بان يقال ان لقيم احدهما مائة شاة فاصاب احدهما خمس وخمسون شاة واصاب الآخر خمس واربعون شاة فادعى صاحب الاول الغبن الى آخر المسئلة قوله ولو ادعى احد المتقاسمين دينا في التركة صح دعواه لانه لا يناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة قال صاحب العناية ولقائل ان يقول ان لم تكن دعواه باطلة لعدم التناقض فلتكن باطلة باعتبار انها اذا صحت كان له ان ينقض القسمة وذلك سعي في نقض ما تم من جهته والجواب انه اذا ثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك انتهى اقول في الجواب بحث لانه اذا ثبت الدين بالبينة فان لم تكن القسمة تامة من حيث اصل الاستحقاق فقد كانت تامة من جهته حيث رضي بها اولا فلزم السعي في نقض ما تم من جهته ومدار السوال عليه فان السعي في نقض ما تم من جهته غير مقبول على قاعدة الشرع كما عرف في نظائره واعترض عليه بعض الفضلا بوجه آخر حيث قال انت خبير بان استماع البينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس وهذه الدعوى غير صحيحة لاستلزامها السعي في نقض ما تم من جهته فكيف تسمع البينة والاولى ان يجاب بمنع استلزامها ذلك لجواز ان يظهر له مال آخر او يوديه سائر الورثة من مالهم فليتامل انتهى كلامه اقول وانت خبير بان كون استماع البينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس غير مفيد ههنا فان المجيب لا يقول ان هذه الدعوى غير صحيحة في ابتداء الامر ثم تبين صحتها بعد اقامة البينة بل يقول انها صحيحة في الابتداء بناء على عدم تمام القسمة بل احتمال ثبوت الدين بالبينة فمال جوابه منع استلزامها ذلك كما اشار اليه بقوله فلا يلزم ذلك فالقاطع لعرق ذلك الجواب ما ذكرناه من ان لزوم السعي في نقض ما تم من جهته امر مقرر لامر له بثبوت الدين بالبينة وانما الذي يلزم تمام القسمة من حيث اصل الاستحقاق وذلك لا يدفع للسوال المزبور ثم ان قول ذلك البعض والاولى ان يجاب بمنع استلزامها الجواز ان يظهر له مال آخر او يوديه سائر الورثة من مالهم فما لا ينبغي ان يتفوه به العاقل فضلا عن مثل ذلك لان الكلام فيما اذا لم يظهر له مال اخر ولم يوده سائر الورثة اذ الحكم فيما اذا بقي من التركة بعد القسمة ما بقي بايدي الورثة من مالهم قد مر في المسئلة المتقدمة مفصلا

فصل في المهاياة

لما فرغ من بيان احكام قسمة الاعيان شرع في بيان احكام قسمة الاعراض التي هي المنافع وآخرها عن قسمة الاعيان لكون الاعيان اصلا والمنافع فرعا عليها ثم ان المهاياة في اللغة مفاعلة مشتقة من المهنة وهي الحالة الظاهرة للمتهنى للشيء وابدال الهمزة الفا فيها والتهائو والتفاعل منها وهو ان يتواضعوا على امر فيترادضوا به وحقيقته ان كلا منهم يرضى بحالة واحدة ويختارها يقال هايا فلان فلانا وتهايا القوم وفي عرف الفقهاء هي عبارة عن قسمة المنافع كذا في الشروح قوله المهاياة جائزة استحسانا للحاجة اليه قال الشراح والقياس يابى جوازها لانها بيانة

لان القسمة اقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا لو طلب احد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل المهايأة لانه ابلغ ولا يبطل التهايؤ بموت احدهما ولا بموت بهيمة لانه لو انتقض لاستأنفه الحاكم ولا فائدة في النقض ثم الاستيناف ولو تهايئا في دار واحدة على ان يسكن هذا طائفة وهذا طائفة او هذا علوها وهذا سفلها جاز لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهايأة والتهايؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التاقيت

المنفعة بجنسها او كل واحد من الشريكين ينتفع في نوبته بملك شريكه عوضا عن انتفاع شريكه بملكه في نوبته اقول فيه شيء وهو ان ما ذكره انما يتم وجها لقياس جواز ذلك انما يتم في صورة التهايؤ من حيث الزمان بان ينتفع احدهما يوما بعينه واحد مدة وينتفع الآخر به مدة اخرى لانه في صورة التهايؤ من حيث المكان كما اذا تهايئا في دار على ان يسكن احدهما ناحية منها والآخر ناحية اخرى منها فان التهايؤ في هذه الصورة افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التاقيت صحيح في الكتاب عن قريب والظاهر من تقريرهم كون جواز التهايؤ على الاطلاق امرا استحسانيا مخالفا للقياس وما ذكره من بيانه لا يفيد ذلك كما لا يخفى قوله الا ان القسمة اقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب اقول في كلتي هذه التعليلين نظر اذ قد صرحوا بان التهايؤ قد يكون من حيث الزمان وقد يكون من حيث المكان وسياتي ذلك في الكتاب ايضا والجمع على التعاقب انما هو في التهايؤ من حيث الزمان واما في التهايؤ من حيث المكان فيتحقق جمع المنافع في زمان واحد كما سيحققه نعم ان القسمة في الاعيان اقوى بالاريب من مطلق التهايؤ التي هو قسمة المنافع لحصول التملك في الاولى من حيث الذات والمنفعة وفي الثاني من حيث المنفعة فحسب قوله والتهايؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التاقيت هذا ايضاح انه افراز لانه لو كان مبادلة كان تمليك المنافع بالعوض فيلحق بالاجارة حينئذ فيشترط التاقيت كذا في الشروح اقول لقائل ان يقول ان اريد انه لو كان مبادلة من كل وجه كان ملحقا بالاجارة فيشترط فيه التاقيت كما يشترط في الاجارة فهو مسلم لكن لا يلزم من عدم كونه مبادلة من كل وجه كونه افرازا من كل وجه حتى يثبت كونه افرازا لجميع الانصباء لجواز ان يكون افرازا من وجه ومبادلة من وجه بان يكون افرازا لنصيب كل واحد منهما من النفقة في الناحية التي يسكن هو فيها ومبادلة لنصيبه منها في الناحية الاخرى بنصيب الآخر في الناحية التي يسكن هو فيها كما قالوا في قسمة الاعيان على ما مر في صدر كتاب القسمة انها لا تعرى عن المبادلة والافراز لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة ولو بوجه كان ملحقا بالاجارة فيشترط فيه التاقيت كما يشترط في الاجارة فهو ممنوع لان الاجارة مبادلة المنفعة بالعوض من كل وجه فلا يلزم من اشتراط التاقيت فيها اشتراطه فيما هو افراز من وجه ومبادلة من وجه قال صاحب العناية في تعليل قول المص والتهايؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء فان القاضي يجمع جميع منافع احدهما في بيت واحد بعد ان كانت شائعة في البيتين وكذلك في حق الآخر انتهى وقد سبقه الى هذا التوجيه تاج الشريعة في شرح هذا المقام اقول فيه نظر لان جمع المنافع الشائعة في البيتين في بيت واحد محال لعدم جواز انتقال العرض من محل الى محل آخر كما يقرر في محله فكيف يتمكن القاضي من جمعها فان قلت ليس المراد ان القاضي يجمعها حقيقة حتى يتوجه ما ذكر بل المراد ان القاضي يعتبر جمعها بالملا يكون ذلك التهايؤ مبادلة فيشترط فيه التاقيت كما اشار اليه المصنف بقوله ولهذا لا يشترط فيه التاقيت قلت اشتراط التاقيت فيه ليس بامر صعب من اعتبار المحال متحققا حتى يرتكب لاجل رفع الاول وفي اعتبار المحال متحققا ليس بادنى واسهل من عدم اعتبار شرط الاجارة ههنا للضرورة حتى يرتكب الاول دون الثاني وترك كثير مما يستبيحه الشرع لاجل الضرورة شائع في قواعد الشرع الا يرى الى ما ذكروا فيما مر انفا من ان القياس يابى جواز التهايؤ لانه مبادلة المنفعة بجنسها وهي لا تجوز عندنا على ما يقرر في كتاب الاجارات لكنا تركنا القياس فيه لضرورة حاجة الناس اليه على ان لزوم اشتراط التاقيت فيه على تقدير

نتائج الافتكار تكملة فتح القدير مع هداية ج ٣

ولكل واحد ان يستغل ما اصابه بالمهايأة شرط ذلك في العقد او لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه وقتا ما في عبد ليخدم على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز فكذا هذا في البيت الصغير لان المهايأة تعتمد الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا ولو اختلفا في التهايؤ حبث الزمان والمكان محل تحريهما يأمرهما القاضي بما يتفقان ان اتفقا والا قرع القاضي فايهما خرجت قرعته بدأ به في الزمان اولى فلما اختلفت الجهة لابد من الاتفاق فان اختارا من حيث الزمان يقرع في البداية لفقا النحرر ولو تهايأ في العبد بحكم فذا للعبد وذا لاخر فخرج احدهما ان القسمة على هذا الوجه جائزة عندهما جبرا من القاضي وبالتراضي فكذا المهايأة وقيل عندابي حنيفة رح لا يقسم القاضي وكذا ارى عنده لانه لا يجري فيه الجبر عنده والاصح انه يقسم القاضي عنده ايضا لان المنافع من حيث الجملة قلما تتفاوت تتحاذف اعيان لو فرق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما تقدم ولو تهايأ بنفسهما على ان نفقة كل عبد على من يأخذه جاز استحسانا للسكنى في اطعام المماليك تتحاذف شرط الكسوة لانه لا يسامح فيها ولو تهايأ في دارين على ان يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضي عليه اما عندهما فظاهر لان الدارين عندهما كالدار الواحدة وقيل لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز التهايؤ فيهما اصلا ويجبر لما قلنا وبالتراضي لانه بيع السكنى بالسكنى يتحاذف فقسمة فيهما كان بيع بعض احدهما ببعض الاخر جائز وجد التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر افرازا اما لكثرة التفاوت في اعيانهما فاعتبر مبادلة وفي الدابتين لا يجوز التهايؤ على الركوب عند ابي حنيفة رح وعندهما يجوز اعتبارا بقسمة الاعيان ولان الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق ولفرق والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد لانه يخدم باختياره فلا يتمثل زيادة على طاقته والدابة تحمل ذلك اما التهايؤ في الاستغلال يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز

عدم اعتبار جميع الانصباء في بيت واحد ممنوع لانه انما يلزم ذلك ان لو كان التهايؤ في الوجه المذكور مبادلة من كل وجه وانا اذا كان افرازا من وجه ومبادلة من وجه فلا يلزم ذلك لان اشتراط التناقليت فيما هو مبادلة من كل وجه كما قرناه من قبل **قوله** ولكل واحد ان يستغل ما اصابه بالمهايأة شرط ذلك في العقد او لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه قال تاج الشريعة فان قلت المانع في العارية يحدث على ملك المستعير ومع هذا لا يملك الاجارة قلت الجواز ان يسترد المعير قبل مضي المدة فلا فائدة انتهى اقول جواز الاسترداد قبل مضي المدة ههنا ايضا متحقق اذ قد مر في الكتاب انه لو وقعت المهايأة فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل المهايأة لكون القسمة ابلغ فمع احتمال ان يطلب الآخر القسمة وتبطل المهايأة قبل مضي المدة كيف يملك كل واحد منهما ان يستغل ما اصابه بالمهايأة بناء على حدوث المنافع على ملكه ولا فائدة في الاستغلال على تقدير طلب الآخر القسمة قبل مضي المدة كما في صورة الاستعارة **قوله** ولو تهايأ في عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهايأة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا قال صاحب العناية ولم يذكر ان هذا افراز او مبادلة لانه عطفه على صورة الافراز فكان معلوما انتهى اقول ليس هذا بسديد لانه ان اراد انه علم من عطفه على صورة الافراز انه ايضا افراز بناء على ان المعطوف في حكم المعطوف عليه فليس بصحيح لان مجرد العطف لا يقتضي اشتراك المعطوفين في جميع الاحكام الا يرى ان كثيرا من مسائل الفقه المتباينة الاحكام يعطف بعضها على بعض على ان التهايؤ في العبد الواحد وفي البيت الصغير تهايؤ من حيث الزمان ولا اجمال في مثل ذلك لان يكون افرازا كما يفهم من دلالة المسائل الآتية بيانا من الفرق بين التهايؤ على الاستغلال في دار واحدة والتهايؤ على الاستغلال في الدارين وان اراد انه قد علم من عطفه على صورة الافراز انه ليس بافراز بنفسه بل لزوم التناقل بين المعطوف والمعطوف عليه فليس بصحيح ايضا اذ يكفي في العطف المغايرة بينهما بحسب الذات ولا يلزم فيه المغايرة بينهما في جميع الاوصاف والاحكام حتى يتم ما ذكره وبالجملة لا دلالة للعطف ههنا على كون المذكور بطريق العطف من قبيل الافراز او المبادلة فالتشبث بحديث العطف ههنا مما لا معنى له اصلا كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية فان كان المهايأة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتا يسيرا كما في الثياب والاراضي تعتبر افرازا من وجه مبادلة من وجه حتى لا ينفرد احدهما بهذه المهايأة واذا طلبها احدهما ولم يطلب الآخر قسمة الاصل جبر عليها وقيل يعتبر افرازا من وجه عارية من وجه لانها لو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لانه يكون مبادلة المنفعة بجنسها واما يحرم ربوا النساء والاول اصح لان العارية ليس فيها عوض وهذا العوض مربوا النساء ثابت عند احد وصفي العلة بالنص على خلاف القياس فيما هو مبادلة في الاعيان من كل وجه فلا يتعدى الى غيره انتهى اقول هذا الذي ذكره ماخوذ من الذخيرة والمبسوط وقد ذكر في النهاية ومعراج الدراية ايضا نوع تفصيل ولكن فيه بحث وسوف نقدم في كتاب الاجارات ان اجارة المنافع بجنسها كاجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب غير صحيحة عندنا وقالوا في تعليل ذلك ان الجنس بالفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع النقد بالنقد بنسيئة قال المصنف هناك واليه اشار محمد رحمة الله عليه فلو كان ربوا النساء عند وجود احد وصفي العلة وهي القدر مع الجنس مختصا بمورد النص وهو البيع غير معتدل الى غيره لما تم استدلال اصحابنا في الاجارات على عدم صحة اجارة المنافع بجنسها بربوا النساء فلم نقف على دليل اخر على عدم صحة ذلك لمامر ايضا في الكتاب هناك لكن الكلام في الدليل الاول الذي ارتضاه محول الفقهاء فاطلبه حتى اشار اليه محمد رحمة الله عليه

وجه الفرق ان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوانات لتوالي اسباب التغير عليها فتفوت المعادلة ويزداد الغلة في نوبة احدهما عليها في نوبة الآخر فيشتركان في الزيادة يتحقق التعديل بخلاف ما اذا كان التهايؤ على المنافع فاستغل احدهما في نوبته زيادة لان التعديل عما وقع عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد والتهايؤ على الاستغلال في الدارين جائز ايضا في ظاهر الرواية لما بينا ولو فضل غلة احدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة والفرق في الدارين يعني التمييز والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر فوضا وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه حصة من الفضل وكذا يجوز في العبدين عندهما اعتبارا بالتهايؤ في المنافع ولا يجوز عندهما لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فاولى ان يمتنع الجواز

وقال صاحب العناية بعد كلامه السابق وان كانت في الجنس المختلف في الدور والعبيد تعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا تجوز بدون رضاهما لان المهايأة قسمة المنافع وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الاعيان وقسمة الاعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف فكذا قسمة المنافع انتهى اقول وهذا ايضا ماخوذ من الكتب المذكورة ولكنه محل بحث ايضا اما اولا فلانه قد ذكر في الكتاب من قبل ان التهايؤ من حيث المكان افراز بجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التناقيت ولا يخفى ان التهايؤ في الجنس المختلف انما يتصور بان ينتفع احد الورثة باحد الاجناس والآخر بالآخر كما في الدور والعبيد فيصير من قبيل التهايؤ من حيث المكان فكيف يتم القول بان المهايأة ان كانت في الجنس المختلف تعتبر مبادلة واما ثانيا فلانه لو اعتبرت المهايأة في الجنس المختلف مبادلة من كل وجه لكانت المهايأة في الدور كاجارة الساكني بالسكنى في العبيد كاجارة الخدمة بالخدمة ومثل ذلك لا يجوز عندنا كما تقرر في الاجارات اللهم الا ان يكون مجموع قوله كالدور والعبيد مثالا واحدا فالمراد مثل ان يتهايئا على ان يسكن احدهما الدور ويخدم الآخر العبيد لكنه بعيد جدا سياق مقابلة قوله من قبل كما في الثياب والاراضي واما ثالثا فلان قوله وقسمة الاعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه ممنوع اذ قد تقرر في صدر كتاب القسمة ان قسمة الاعيان مطلقا لا تعرى عن معنى الافراز ومعنى المبادلة الا ان معنى الافراز هو الظاهر في ذوات الامثال ومعنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال الا ان ذلك الغير ان كان من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء وان كان اجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد اللهم الا ان يقال المراد بما ذكر ههنا ان قسمة الاعيان في الجنس المختلف اعتبرت مبادلة من كل وجه لا انه مبادلة من كل وجه في الحقيقة فلا ينافي ما تقرر في صدر الكتاب لكن فيه ما فيه فتامل **قوله** وجه الفرق ان النصيبين

ينتفعان في الاستيفاء فالاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان لتوالي اسباب التغير عليه فتفوت المعادلة قال في العناية لان الاستغلال انما يكون بالاستعمال والظاهر ان عمله في الزمان الثاني لا يكون كما كان في الاول لان القوى الجسمانية متناهية انتهى اقول لقائل ان يقول مقتضى هذا الوجه ان لا يجوز التهايؤ في العبد الواحد على نفس المنافع كما لا يجوز على الاستغلال اذ الظاهر ان منافعه التي هي اعماله لا يكون في الزمان الثاني كما كانت في الاول لتناهي القوى الجسمانية فتفوت المعادلة مع ان التهايؤ في العبد الواحد على منافعه جائز بالاتفاق كالتهايؤ على منفعة البيت الصغير كما مر من قبل في الكتاب ثم اقول يمكن ان يجاب عنه بان التهايؤ في العبد على الخدمة انما جوز ضرورة انها لا تبقى فيتعذر قسمتها ولا ضرورة في الغلة لانها اعيان باقية ترد القسمة عليها فافترقا ويجيء في الكتاب غير هذا الفرق بين المنفعة والغلة فتبصر **قوله** ولا يجوز عنده لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه ومن حيث الزمان في العبد الواحد فاولى ان يمتنع الجواز وعورض بان معنى الافراز والتمييز راجح في غلة العبدين لان كل واحد منهما يصل الى الغلة في الوقت الذي يصل اليها غيره صاحبه فكان كالمهايأة في الخدمة واجيب بان التفاوت يمنع عن رجحان معنى الافراز بخلاف الخدمة لما بينا من وجه الاصح ان التفاوت من حيث الخدمة قلما ينفاوت كذا في العناية اقول في الجواب نظر اذ قد مر في بيان فوت المعادلة في التهايؤ في العبد الواحد على الاستغلال ان الاستغلال انما يكون على حسب الاستعمال فلما قل التفاوت في المنافع من حيث الخدمة لزم ان يقل التفاوت في الغلة ايضا بالضرورة فلم يظهر وجه المخالفة بين المسلتين ولعل هذا هو السر في ان جماعة من الشراح

والتهائو في الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة في الغزلة لامكان قسمتها كيلا وكان الظاهر جوازها في الخدمة والاستقصاء في الاستدلال فلا يتقاسان ولا يجوز في الدابتين عنده خلافا لهما وجه مايأتي في الركوب وكان نخل وشجر وغنم بين اثنين فتهايئا على ان يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها ويرعاها ويشرب البانها لا يجوز لان التهايؤ في المنافع ضرورة انما لا تبقى فيتعذر قسمتها وهذا عيان باقية يرد عليها القسمة عند حصولها والحيلة ان يبيع حقه من الآخر ثم يشتري كلما بعد مضي نوبته او ينتفع باللبن بمقدار معلوم استئناسا لطيب صاحبه اذ قد من المشاع جائز والله اعلم بالصواب

كتاب المزارعة

قال ابو حنيفة رح المزارعة بالثلث والربع باطلة اعلم ان المزارعة لغة مفاعلة من الزرع وفي الشريعة هي عقد على الزرع ببعض الخارج وهي فاسدة عند ابي حنيفة وقالا جائزة لما روى ان النبي عليه السلام عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة ولابي حنيفة ان الحاجة داعية الى العمل والقوي عليه لا يجد المال فتمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودور القز معاملة بنصف الزوائد لانه

ذكروا مضمون المعارضة المذكورة بطريق بيان الفرق بين المسئلتين عن قبل الامامين وعزوه الى المبسوط ولم يتعرضوا للجواب عنه اصلا تدبر فقوله لم والتهائو في الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها كيلا هنا جواب عن قولهما اعتبارا بالتهائو في المنافع وبيان الضرورة ما يذكر بعد هذا ان المنافع لا تبقى فيتعذر قسمتها قال صاحب العناية ولقائل ان يقول علل التهائو في المنافع من قبل بقوله لان المنافع من حيث الخدمة قلما يتفاوت وعلله ههنا بالضرورة تعذر القسمة وفي ذلك تواردت علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل ويمكن ان يجاب عنه بان المذكور من قبل تتمة هذا التعليل لان علة الجواز لعذر القسمة وقلت التفاوت جميعا لان كل واحد منهما علة مستقلة الى هنا كلامه اقول لا لسؤال شئ ولا لجواب اما الاول فلان الباطل انما هو تواردهما على الواحد بالشخص على طريق الاجتماع لا تواردهما عليه على سبيل البدل كما تقرر في موضعه واللازم فيما نحن فيه هو الثاني دون الاول اذ لا يخفى ان المقصود من ايراد العلل المتعددة في امثال هذا المقام هو التنبيه على ان كل واحدة منها تصلح للافادة المدعى بالاستقلال بدلا عن الاخرى وفائدة ذلك بيان طرق مختلفة موصولة الى المطلوب ليسلك الطالب اي طريق شاء واما الثاني فلان الظاهر من تعليل المصنف باحدى العلتين المذكورتين في كل من الموضعين المتفرقين ان يكون كل واحدة منهما علة مستقلة والا يلزم ان لا يفيد شئ منهما المدعى في مقامه ضرورة عدم حصول المطلوب بجزء العلة على ان استقلال كل واحدة منهما في الافادة بين اما قلة التفاوت فلان التعليل في حكم العدم في عامة احكام الشرع واما ضرورة تعذر القسمة فلان الضرورات تبيح المحظورات على ما عرف وليت شعري اذا اصبح الشارح المذكور في قول المصنف فيما بعد ولان الظاهر هو المتبادر في الخدمة الى آخره وقد اعترف بانه وجه آخر لابطال القياس وكذا في نظائره وذلك من الادلة المتعددة المذكورة في كثير من المسائل فما وجه جعل كل واحد منهما جزء العلة لا علة مستقلة

كتاب المزارعة

لما كان الخارج من الارض في عقد المزارعة من انواع ما يتبع فيه القسمة ذكر المزارعة عقيب المقسمة كذا في الشروح قوله قال ابو حنيفة المزارعة بالثلث والربع باطلة قال في العناية انما قيد بالثلث والربع ليتبين محل النزاع لانه لو لم يعين اصلا او عين دراهم مسماة كانت فاسدة بالاجماع انتهى اقول يرد على ظاهره ان المزارعة بالنصف وبالخمس وبغيرهما من الكسور محل النزاع ايضا فكيف يتبين بالتقييد بالثلث والربع محل النزاع فالوجه ما ذكر في سائر الشروح من انه انما قيد بالثلث والربع مع انه لا يجوز المزارعة في جميع الصور عنده تبركا بلفظ الحديث فانه جاء في الحديث انه عليه السلام نهى عن المخابرة قيل والمخابرة قال المزارعة بالثلث وبالربع وانما خص في الحديث هذا لمكان العادة في ذلك الوقت هذا لكن التقدير انتهى والذي يمكن في توجيهه ما في العناية ان المقصود بقوله انما قيد بالثلث والربع مقابلة التقييد بالاطلاق لا مقابلة التقييد بالتقييد يعني انه قيد بالثلث والربع ولم يطلق بالقيد عن الكلية لانه قيد بهذا القيد المخصوص وهو الثلث والربع ولم يقيد بقيد آخر كالنصف وغيره لكن فيه ما فيه كما ترى قوله ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة قال تاج الشريعة قلت الربح في المضاربة يحصل بمال من احد الجانبين وعمل من الجانب الآخر فتضمن شركة بينهما في الربح وههنا كذلك انتهى اقول لم يجز في المضاربة ان يكون المال والعمل من احد الجانبين ولهذا قالوا ههنا لك وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد وههنا جاز لما سياتي في الكتاب انه اذا كانت الارض لاحد

لانه هناك للعمل في تحصيلها فلم يتحقق تركه وله ما روى انه عليه السلام نهى عن المخابرة وهي المزارعة ولانه استيجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان وكان الاجر مجهول او معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي عليه السلام اهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز فاذا فسدت عنده فان سقى الارض وكربها ولم يخرج شيء فله اجر مثله لانه في معنى اجارة فاسدة وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض وان كان البذر من قبل فعليه اجر مثل الارض والخارج في الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه وللآخر اجر كما فصلنا الآن الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شرط احدها كون الارض صالحة للزراعة لان المقصود لا يحصل دونه والثاني ان يكون رب الارض والزارع من اهل العقد وهو لا يختص به لان عقدا ما لا يصح الا من اهل والثالث بيان المدة لانه عقد على منافع الارض او منافع العامل والمدة هي المعيار لهما فالتعيين بها والرابع بيان ما عليه البذر قطعا للمنازعة واعلاما للمعقود عليه وهو منافع الارض او منافع العامل والخامس بيان نصيب من البذر من قبله لانه يستحق عوضا بالشرط فلا بد ان يكون معلوما ولا يعلم الا يستحق شرطا بالعقد والسادس ان يخلي رب الارض بينها وبين العامل حتى لو شرط عمل رب الارض يفسد العقد لفوات التخلية والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله لانه بعقد شركة في الاصل فما يقسم هذه الشركة كان مفسد للعقد والثامن بيان حق البذر ليصير الاجر معلوما

والعمل والبقر والبذر لواحد جازت المزارعة ولا شك ان البذر مال بل البقر ايضا مال وقد اجتمع العمل في احد الجانبين فكيف يتم اعتبار المزارعة مطلقا بالمضارعة قال قوله لانه لا اثر هناك للعمل في تحصيلها قال صاحب معراج الدراية في شرح هذا المحل لانه اتى الزوائد على تاويل الزائد انتهى قول هذا تعسف قبيح لا يقبله ذو فطرة سليمة عند سماع ان يحمل الضمير في قوله لانه على الشان كما لا يخفى قوله ومعاملة النبي عليه السلام اهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز قال بعض الفضلاء هذا مخالف لما اسلفه في باب العشر والخراج ان ارض العرب كلها ارض عشر فان خيبر من ارض العرب ممنوع كيف وقد يقرر في الباب المذكور ايضا ان ارض العرب لا يقر اربابها عليها على الكفر فان مشركي العرب لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف وقد اقر النبي عليه السلام اهل خيبر على ارضهم على الكفر وذكروا واحد ارض العرب طولا وعرضا في الباب المذكور فمن اليقين ذلك في موضعه لعله يحكم بان خيبر ليست من ارض العرب قوله والخارج في الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه قيل قوله لانه نماء ملكه منقوض عن غصب بذر فزرعه فان الزرع له وان كان نماء ملك صاحب البذر واجيب بان الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيله فكان اضافة الحادث الى عمله اولى والمزارع عامل بامر غيره فجعل العمل مضافا الى الامر كذا في العناية وغيرها اقول النقض غير وارد اصلا والجواب غير دافع لما ذكرنا اما الاول فلان الزرع في الصورة المذكورة للغاصب نماء ملك صاحب البذر وانما هو نماء ملك الغاصب اذ قدمنا في فصل ما يتغير بعمل الغاصب من كتاب الغصب انه اذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها عندنا ومثل ذلك باشياء منها ما اذا غصب حنطة فزرعها فقد تبين بهذا ان البذر بالغصب والزرع يصير لملك الغاصب فيكون الزرع نماء ملكه واما الثاني فلان محل النقض انما هو قوله لانه نماء ملكه وما ذكر في الجواب لا يفيد الفرق بين الغاصب والمزارع من جهة مورد النقض وانما يفيد الفرق بينهما من جهة كون احدهما عاملا لنفسه باختياره والآخر عاملا لغيره والكلام في الاول دون الثاني فلا تم التقريب قوله الا ان الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع اقول لقائل ان يقول نعم ان القياس يترك بالتعامل ولكن لغير ما يترك بذلك لان التعامل اجماع عملي والاجماع لا يصح به الكتاب ولا السنة على ما عرف في علم الاصول فبقي تمسك ابي حنيفة رحمه الله بالسنة وهي ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن المخابرة وهي المزارعة سالما عما يفيد فما وجه الفتوى على قولهما ويمكن ان يقال لهما ان يدفعا ذلك بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم على ما اذا شرطا في عقد المزارعة شرطا مفسدا اذ قد روي انهم كانوا يشترطون فيه شيئا معلوما من الخارج لرب الارض ونحو ذلك مما هو مفسد عندهما وقد اشار اليه صاحب الكافي حيث قال فان قيل التعامل على خلاف النص باطل قلنا النصوص الواردة في المجتهدات مستورة النصوص والا لا يحل لاحد الخلاف فيها او يحملها على ما اذا شرطا شرطا مفسدا فقد روي انهم كانوا يشترطون فيها شيئا معلوما من الخارج لرب الارض ونحو ذلك مما هو مفسد عندهما الى هنا كلامه قوله والخامس بيان نصيب من البذر من قبله لانه تستحق عوضا بالشرط فلا بد ان يكون معلوما اقول لم يتمسك ان بيان نصيب كل من المتعاقدين مما لا بد منه في عقد المزارعة فعد بيان نصيب من لا بد من قبله لانه تستحق عوضا بالشرط دون بيان نصيب الآخر مما لا يجدي كثير طائل فتامل قوله والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله لانه بعقد شركة في الاصل فما يقطع الشركة كان مفسد للعقد قال كثير من الشراح لانه اذا شرط ما يقطع الشركة في الخارج بقي اجارة مختصة والقياس يابى جواز الاجارة المختصة باجر معدوم انتهى اقول فيه شيء وبيان القياس

قال وهي عندهما على اربعة اوجه ان كانت الارض والبذر لواحد والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة لان البقر آلة العمل فصار كما اذا استاجر خياطا ليخيط بابرة الخياط وان كان الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لآخر جازت لانه استيجار الارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استاجرها بدراهم معلومة وان كانت الارض

كما يابى قياس الاجارة المحضة باجر معدوم يابى جوازها باجر موجود ارضا وقد يقرر فى كتاب الاجارة ان القياس يابى جواز الاجارة مطلقا لكون المعقود عليه اللذى هو المنفعة غير موجودة فى الحال لكنا جوزناها استحسانا لحاجة الناس اليها فكيف يتم الاستدلال بمجرد ان يابى القياس جوازها على فساد المزارعة على تقدير بقائها اجارة محضة فالاظهر ان يقال بدل قولهم والقياس يابى جواز الاجارة المحضة باجر معدوم والاجارة المحضة باجر معدوم فاسدة قطعا ثم اقول لا يذهب على ذى فطرة سليمة ان مراد المصنف ههنا غير ما ذكره هؤلاء الشراح فانهم عللوا كون ما يقطع هذه الشركة مفسدا للعقد بانه اذا شرط فيها ما يقطع الشركة فى الخارج تبقى اجارة محضة والقياس يابى جواز الاجارة المحضة باجر معدوم والمصنف فرع كون ما يقطع هذه الشركة مفسدا للعقد على ما قبله حيث قال فما يقطع هذه الشركة كان مفسد للعقد فقد جعل علة ذلك ما قبله وهو مضمون قوله لانه ينعقد شركة فى الابتداء فحراده ان عقد المزارعة شركة فى الابتداء وان كان اجارة فى الابتداء فكذا معنى الشركة معتبر فى انعقاد المزارعة فما يقطع هذه الشركة ينفى المعنى المعتبر فى انعقادها فيفسد عقد المزارعة لامحالة **قوله** وهى عندهما على اربعة اوجه واعلم ان مسائل المزارعة فى الجواز والفساد مبنية على اصل وهى ان المزارعة ينعقد اجارة وتتم شركة وانعقادها اجارة انما هو على منفعة الارض او على منفعة العامل دون منفعة غيرهما من منفعة البقر والبذر لانها استيجار ببعض الخارج وهو لا يجوز قياسا لكنا جوزناه فى الارض والعامل لورود الشرع به فيهما اما فى الارض فاثر عبد الله بن عمر رضى الله عنه وتعامل الناس وما فى العامل ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع اهل خيبر والتعامل لم يرد الشرع به فى البذر والبقر فاخذنا فيهما بالقياس فكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استيجار الارض او العامل ببعض الخارج او كان المشروط على احدهما شيئين متجانسين ولكن المنظور فيه هو استيجار الارض والعامل ببعض الخارج لكونه مورد الشرع وكل ما كان من صور عدم الجواز فهو من قبيل استيجار الآخرين او كان المشروط على احدهما شيئين غير متجانسين فلم يكن احدهما تبعا للآخر ولكن المنظور فيه هو استيجار غير الارض والعامل ببعض الخارج لعدم ورود الشرع فى غيرهما وبذا يهوا الاصل الذى يدور عليه مسائل المزارعة كذا فى الشروح واشار اليه فى الذخيرة وجامع فخر الاسلام ثم ان صاحب العناية بعد ما ذكر الاصل المزبور قال فاذا عرف هذا فلنا عليه فى تطبيق الوجوه على الاصل المذكور فاما الوجه الاول فهو ما كان المشروط على احدهما شيئين متجانسين فان الارض والبذر من جنس والعمل والبقر من جنس والمنظور اليه الاستيجار بجعل كان العامل استاجر الارض او رب الارض استاجر العامل والوجه الثانى والثالث مما فيه استيجار الارض والعامل واما الوجه الرابع على ظاهر الرواية فباطل لان المشروط شيئان غير متجانسين فلا يمكن ان يكون احدهما تبعا للآخر بخلاف المتجانسين فان الاشراف والاصل تجوز ان يتتبع الاخس والفرع الى هنا كلامه اقول فيه خلل لانه جوز فى الوجه الاول ان يجعل العامل مستاجر الارض وان يجعل رب الارض مستاجر العامل ولا مجال فيه للاول بل لابد ان يكون المستاجر فيه هو رب الارض لان البذر كان من قبله فى هذا الوجه وقد يقرر فيما مر فى الشرط الرابع من شروط صحة المزارعة عندها ان البذر اذا كان من قبل رب الارض كان المعقود عليه منافع العامل فكان المستاجر هو رب الارض وانما يصح ان يكون العامل مستاجرا فيما اذا كان البذر من قبله اذ يكون المعقود عليه حينئذ منافع الارض وعن هذا قال المصنف فى تعليل جواز المزارعة فى الوجه الاول كان البقر آلة العمل فصار كما اذا استاجر خياطا ليخيط بابرة الخياط فانه بمنزلة التصريح بان المستاجر فى هذا الوجه هو رب الارض والعامل هو الاجير كالخياط

والبذر والبقر لواحد والعمل من آخر جازت لانه استاجره للعمل بآلة المستاجر فصار كما اذا استاجر خياطا ليخيط ثوبه بإبرته أو طيانا ليطين سطحه بمسحاته وان كانت الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهي باطلة وهذا لكذكره ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز ايضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط وحده وصار كجانب العامل وجه الظاهر ان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض لان منفعة الارض قوة في نبعها يحصل بالنماء ومنفعة البقر صلاحية للقيام بالعمل كذلك خلق الله تعالى فتجانسا فتعذر ان تجعل تابعة لها تحلا في جانب العامل لانه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل وههنا وجهان آخران لم يذكرهما احد هما ان يكون البذر لاحدهما والارض والبقر والعمل لآخر وتلك لا يجوز لانه يشترك بين البذر والعمل وما يرد به الشرع والثاني ان يجمع بين البذر والبقر وذلك لا يجوز ايضا لانه لا يجوز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية اعتبارا بسائر المزارعات الفاسدة وفي رواية لصاحب الارض ويصير مستقرضا للبذر متبايعا له باتصاله بارضه قال ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة لما بينا ان يكون الخارج شائعا بينهما اذ هو المغني حقيقة لمعنى الشركة فان شرط لاحدهما قفزانا مسماة فهي باطلة لان به تنقطع الشركة لان الارض مساهاة لا تخرج الا هذا القدر فصار كاشتراط دراهم معدودة لاحدهما في المضاربة وكذا اذا شرط ان يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفين لانه يؤدي الى قطع الشركة في بعض معين او في جميعه بان لم يخرج الا قدر البذر فصار كما اذا شرط رفع الخراج والارض خراجية وان يكون الباقي بينهما بخلاف ما اذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه لان الباقي بينهما لانه معين مشاع فلا يؤدي الى قطع الشركة كما اذا شرط رفع العشر وقسمة الباقي بينهما والارض عشرية قال وكذلك ان شرطا ما على الماذيانات والسواقي معناه لاحدهما لانه اذا شرط لاحدهما مزرعا موضع معين اقتضى ذلك الى قطع الشركة لانه لعله لا يخرج الا من ذلك الموضع وعلى هذا اذا شرط لاحدهما ما يخرج من ناحية معينة ولآخر ما يخرج من ناحية اخرى

قوله وان كانت الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت لانه استيجار الارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استاجرها بدراهم معلومة اقول فيه نظر اذ لا نسلم انه استيجار الارض ببعض معلوم كما اذا استاجرها بدراهم معلومة فان استيجار الارض ببعض من الخارج استيجار ببعض مجهول او معدوم وكل ذلك مفسد كما مر في دليل ابي حنيفة على عدم جواز المزارعة كيف ولو كان ذلك استيجارا ببعض معلوم لكانت المزارعة جائزة على مقتضى القياس ايضا لكونها استيجارا ببعض الخارج وهو لا يجوز لكنا جوزناها فيما اذا كانت استيجار منفعة الارض او العامل استحسانا بالنص والتعامل ولم يجوزها فيما سوى ذلك عملا بالقياس لعدم ورود الشرع فيه فالحق في تعليل جواز هذا الوجه ان يقال لانه استيجار الارض ببعض الخارج وهو جائز بالنص والتعامل الا مقوله وعن ابي يوسف انه يجوز ايضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط وحده وصار كجانب العامل قال صاحب العناية وجه غير ظاهر الرواية ما قال لو شرط البذر والبقر عليه اي على رب الارض جاز فكذا اذا شرط البقر وحده وصار كجانب العامل اذا شرط البقر عليه والجواب ان البذر اذا اجتمع مع الارض للتجانس وضعف جهة البقر معها فكان استيجارا للعامل واما اذا اجتمع الارض والبقر فلم يستتبعه وكذا في الجانب الآخر فكان في كل من الجانبين معارضة بين استيجار الارض وغير الارض والعامل وغيره فكان باطلا اقول في هذا الجواب بحث اما اولا فلان البذر اذا اجتمع مع الارض تعين ان يكون رب الارض فيه مستاجرا والعامل اجيرا فلا يبقى لحديث استتباع الارض البذر محل لان المصير اليه للاحتراز عن لزوم استيجار البذر اصالة واذا تعين ان يكون هذه الصورة من قبيل استيجار العامل دون الجانب الآخر لم يبق احتمال لزوم استيجار البذر سواء استتبعه الارض ام لا فلم يكن للاستتباع تاثير في هذه الصورة قط واما ثانيا فلان قوله فكان في كل من الجانبين معارضة بين استيجار الارض وغير الارض والعامل وغيره يشعر بجواز اعتبار استيجار كل من جانبي رب الارض والعامل في الصورة المذكورة وقد مر مرارا ان البذر يعين الجانب الذي وجد فيه لان يكون مستاجرا للآخر فالوجه في الجواز ان يقال اذا شرط البذر والبقر على رب الارض كان استيجارا للعامل لا لغيره اصلا فكان صحيحا قطعا واما اذا لم يشترط البذر عليه بل شرط عليه البقر وحده كان استيجارا للارض وغيرها الذي هو البقر وليس الثاني تابعا للاول لعدم التجانس كما في وجه ظاهر الرواية وكان باطلا لعدم ورود الشرع باستيجار البقر اصالة ببعض من الخارج فتدبر **قوله** وههنا وجهان آخران لم يذكرهما الى آخره قال صاحب العناية وثمة وجه آخر لم يذكراه جميعا وهو ان يشترك اربعة على ان يكون البذر من واحد والعمل من آخر والبقر من آخر والارض من آخر اقول الظاهر ان الكلام في العقد الجاري بين الاثنين والا فثمة وجوه آخر لم يذكراها ولا احد غيرهما وهي ان يشترك ثلثة على ان يكون البذر من احد الثلثة من آخر والباقيان من آخر او على ان يكون البقر من واحد والارض من آخر والباقيان من آخر الى غير ذلك من الصور الممكنة بين الثلثة وكان التعرض ههنا للوجه الذي ذكره صاحب العناية خروجا عن الصدد وعن هذا لم يتعرض لها في عامة الشروح لم يتعرضوه اصلا والاولى ههنا ان يقال وثمة وجه آخر لم يذكراه جميعا وهو ان يكون البقر لاحدهما والبواقي الثلثة للآخر كما اشار اليه صاحب النهاية عند بيان وجه ضبط الاوجه في صدر المسئلة وبيان انحصارها عقلا في سبعة وقال ان حكمه كحكم ان يكون البذر لاحدهما والباقي للآخر وهو الفساد وقال صاحب العناية متصلا بكلامه السابق قال محمد في كتاب الآثار اخبرنا عبد الرحمن الاوزاعي عن واصل بن ابي جميل عن مجاهد انه وقع في عهد

تمام الاجارة وتكمله فتح القدير وهداية ج ٤

وكذا اذا شرط لاحدهما قفيزا لان الخارج كله هو المعقود عليه فاذا شرط لاحدهما قفيزا فقد شرط لاحدهما جميعه لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب

ولو شرطا الحب بينهما نصفين ثم تعورفا التبن صحت لانه شرط لهما الشركة فيما هو المقصود لانه انما نماء ملكه وفي حقه لا يحتاج الى الشرط والمفسد هو الشرط وهذا سكوت عنه و

قال مشايخنا رحمهم الله التبن هذا ايضا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه للتعاقدان ولا يتبع الحب في الفتح يقوم بشرط الاصل ولو شرطا الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت لانه حكم

العقد وان شرطا التبن لاحدهما فسدت لانه شرط يودي الى قطع الشركة بان لا يخرج التبن واستحقاق كل صاحب البذر بالشرط **قال** واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط بينهما لان الخارج

الارض نماء حقهما فيستحقانه بشركتهما في سببه **قال** و

واذا فسدت فالخارج لصاحب البذر لانه نماء ملكه واستحقاق الاجر بالتسمية وقد فسدت فبقي النماء كله لصاحب البذر **قال** لو كان البذر من قبل رب الارض فللعامل اجر مثله لا يزاد على

مقدار ما شرط له لانه رضي بسقوط الزيادة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله اجر مثله ابدا بالغا ما بلغ لانه استوفى منافع بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها او المثل لها

وقد مر في الاجارات وان كان من قبل العامل فلصاحب الارض اجر مثل ارضه لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب عليه ما شرط له فيجب من الخارج

فهو على الخلاف الذي ذكرناه والحق حتى فسدت المزارعة قطع العامل اجر مثل الارض البذر هو التحصيد لان به يحصل الزرع واذا استحق ربح الارض الخارج لبذر في المزارعة

الفاسدة تابع لبذره حتى لو كان البذر لصاحب الارض مملوكا له وان استحقه العامل اخذ قدر بذره وقد اجر الارض وتصدق بالفضل لان النماء يحصل من البذر يخرج من الارض وفساد الملك في منافع

الارض اوجب خبثا فيه فاسلك له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به **قال** واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه لانه لا يمكنه الوفاء بالعقد الا ببذر يلزمه

فصار كما اذا استاجر اجيرا ليهدم دارا وان امتنع الذي ليس من قبله البذر اجبره الحاكم على العمل لانه لا يمكنه بالوفاء بالعقد فرض هذه الاجارة الا اذا كان عند شيخ الاجارة فيفسخ المزارعة

برسول الله صلى الله عليه وسلم فالغى رسول الله صاحب الارض ويجعل لصاحب الفدان اجر امسمى ويجعل لصاحب العمل ربعها كل يوم والحق الزرع كله لصاحب

البذر ثم قال ومعنى قوله الغى صاحب الارض لم يجعل له شيئا من الخارج لانه لا يستوجب اجر مثل الارض واعطى لصاحب العمل كل يوم ربعها فان لم يكن

كان اجر مثل عمله ولم يذكر اجر الفدان لكونه معلوما من اجر العامل انتهى كلامه اقول توجيهه المروي عن النبي عليه الصلوة والسلام بما ذكره محل كلام اما

اولا فلان كون معنى قوله الغى صاحب الارض لم يجعل له شيئا من الخارج مما يابا ه مقابلة قوله ويجعل لصاحب الفدان اجرا مسمى ويجعل لصاحب العمل ربعها

لكل يوم اذ لم يجعل لصاحب الفدان ولصاحب العمل ايضا شيئا من الخارج بل جعل لكل واحد منهما اجرا كما صرح به الراوي فكيف يحسن مقابلتها بالغاء

صاحب الارض بالمعنى الذي ذكره اللهم الا ان يقال ذلك المعنى وان كان مما لا يساعده ظاهر اللفظ لكن الضرورة اجزم بخصوص ما جعله لصاحب العمل

قوله وكذا اذا شرط لاحدهما التبن وللآخر الحب لانه عسى يصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن اقول في هذا التعليل قصور اما على قدير انعقاد الحب

ايضا يفسد الشرط المذكور عقد المزارعة لكونه موديا الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب والشركة فيما هو المقصود من لوازم صحة عقد المزارعة كما هو

الاصل المقرر المبني عليه المسائل الآتية كما ترى فالاولى في تعليل هذه المسئلة ان يقال لانه يودي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب كما قاله

في تعليل المسئلة الآتية المتضمنة بها وكان صاحب الكافي تنبه لما قلنا حيث ترك التعليل الذي ذكره صاحب الهداية ههنا وجمع المسئلتين في تعليل واحد

فقال وكذا لو شرط لاحدهما التبن وللآخر الحب او شرط التبن نصفين والحب لاحدهما بعينه لانه يقطع الشركة في الحب وهو المقصود انتهى **قوله** واذا

صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام وان لم يخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل اقول عبارة الكتاب ههنا قاصرة عن افادة تمام المراد

لان المزارعة الصحيحة كما يكون استيجارا للعامل وذلك فيما اذا كان البذر من جانب رب الارض كذلك يكون استيجارا للارض وذلك فيما اذا كان البذر

من جانب العامل وقوله وان لم يخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل يفيد حكم الصورة الاولى دون الصورة الثانية بل يدل على ان الحكم في الثانية

على خلاف الحكم في الاولى بمقتضى قولهم ان تخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه فكان الظاهر ان يقال وان لم يخرج الارض

شيئا فلا شيء لاحد من المتعاقدين لا يقال علل المصنف قوله وان لم يخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل بقوله لانه يستحقه متركة ولا شركة في غير الخارج

وان كانت اجارة فالاجر مسمى لا يستحق غيره ولما جرى هذا التعليل في صورة استيجار الارض ايضا فهم منه حكم هذه الصورة ايضا فاكتفى بذكره لانا

نقول عبارة المسئلة عبارة مختصر القدوري والمواخذة لقصوره في افادة تمام المراد انما ترد على القدوري فالتعليل الذي ذكره المصنف بعد بذة

طويلة كيف يدفع عنه التقصير السابق ولئن سلم ذلك فلا نسلم جريان التعليل المذكور وتمامه في صورة استيجار الارض الا يرى ان عامة الشراح

ذكروا ان قوله وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره يشكل بمن استاجر رجلا بعين فعمل الاجير وهلكت العين قبل التسليم فانه يجب على المستاجر

اجر المثل فليكن هذا مثله لان المزارعة صحت والاجر مسمى وهلك الاجر قبل التسليم واجابوا عنه بان الاجر ههنا هلك بعد التسليم لان المزارع قبض البذر

الذي تفرع منه الخارج وقبض الاصل قبض الفرع وللاجرة العين اذا هلكت بعد التسليم الى الاجير لا يجب للاجير شيء آخر فكذا ههنا انتهى ولا يذهب

عليك ان هذا الجواب لا يتمشى في صورة استيجار الارض فان رب الارض لا يقبض البذر الذي تفرع منه الخارج حتى يكون قبضه قبضا للفرع

قال ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شئ له في عمل الكراب قيل هذا في الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى يرتفع استرضاء العامل لانه غرم في ذلك

قال ولو امات احد المتعاقدين بطلت لفوات شرط العقد اعتبارا بالاجارة وقد مر الوجه في الاجارات فلو كان قد عمل شيئا فعالجت سنين فما انبت الزرع في السنة الاولى ولم يستحصد حتى مات رب الارض وذلك الارض في يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم على الشرط وتنتقض المزارعة فيما بقي من السنتين لان في ابقاء العقد في السنة الاولى مراعاة الحقين بخلاف السنة الثانية والثالثة لانه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيهما على القياس ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعد ما قلب الارض ونحو الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع ولا شئ للعامل مقابلة ما عمل كما بينه الشارح رحمه الله تعالى واذا فسخت المزارعة بدين قادح في حق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها جاز كما في الاجارة وليس للعامل ان يعالج بما قلب الارض ونحوه انفاقا شئ لان المتاع لما تقوم بالعقد وقد اتاقوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يبق شئ وله ان يحصد الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع والناس يتفاوتون من الابطال فيخرج القاضي من البين كان حبسه الدين لانه لما انقضم بيع الارض لم يكن في حبسه الا ظلم وان انقضت المزارعة والزرع لم يدرك كان على ما ادعى ابو حنيفة نصيبه من الارض الى ان يستحصد المنفق على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما معناه حتى يستحصد كلاهما في بقية الزرع باجر المثل تعديلا للقسمة من الجانبين فيسلم اليه واما كان العمل عليه الا ان العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل في المال المشترك وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل لان هناك بقينا العقد في مدته والعقد يستند في العامل امامنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا ابقاء ذلك العقد فلم يحقق العامل عليه فان نفق احدهما بغير اذن صاحبه فهو متطوع لانه لا ولاية له عليه ولو اراد رب الارض ان لا يخرج الزرع فله ذلك لان فيه اضرارا بالزارع ولو اراد الزارع ان يأخذ بقلا قيل لصاحب الارض اقلع الزرع فيكون بينكما او اعطه قيمة نصيبه او انفق انت على الزرع وارجع بما انفقته في حصته

تتمة تعليل المذكور في جهة بأتك الصورة فتعين التصوير تأمل قوله ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شئ له في عمل الكراب لان الماء يتجزأ والمنفعة وهو الانبات تقوم الاباعتقاد والعقد قومه بجزء من الخارج وقد فات كذا في خامة الشروح وقال بعد ذلك في النهاية ومعراج الدراية ولان المزارع عامل لنفسه لانه استأجر الارض ليقيم العمل فيها لنفسه والعامل لنفسه لا يستوجب الاجر على غيره انتهى اقول ليس هذا بسديد اذ قد مر ان البذر اذا كان من قبل رب الارض تعين ان يكون المستأجر هو رب الارض والمفروض في مسئلتنا ان يكون البذر من قبل رب الارض فكيف يتم القول بان المزارع استأجر الارض ليقيم العمل فيها لنفسه قوله واذا مات احد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة هذا جواب القياس واما الاستحسان فيبقى عقد المزارعة الى ان يستحصد الزرع كذا في الشروح وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى المبسوط والذخيرة وقال بعد ذلك في العناية واعلم انه اراد بقوله واذا مات احد المتعاقدين ما بعد الزرع لان الذي يكون قبله مذكور فيما يليه ولم يفصل بين ما بنت الارض او لم تنبت ولكنه ذكر جواب الثابت في قوله في وجه الاستحسان ولما بنت الزرع في السنة الاولى ولم يذكر جواب ما لم تنبت عند موته ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله في اطلاق اول المسئلة انتهى اقول فيه بحث لان ما ذكر في اول المسئلة انما هو جواب القياس كما صرح به قاطبة فيدخل فيه ما نبت الزرع عند موته وما لم تنبت ولا شك ان مراده بالجواب في قوله ولكنه ذكر جواب الثابت في قوله في وجه الاستحسان فلما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يذكر جواب ما لم تنبت عند موته انما هو جواب الاستحسان فكيف يتم قوله ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله في اطلاق اول المسئلة ولا ريب ان دخوله في جواب القياس لا يقتضي دخوله في جواب الاستحسان ايضا وعن هذا اختلف المشائخ فيه كما صرح به في الذخيرة حيث قال واذا مات رب الارض بعد المزارعة قبل الانبات هل يبقى المزارعة ففيه اختلاف المشائخ انتهى قوله واذا فسخت المزارعة بدين قادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها جاز كما في الاجارة قال في النهاية ثم هل يحتاج في فسخ المزارعة الى قضاء القاضي او الى الرضى ذكر في الذخيرة فيه اختلاف الروايات فقال لا بد لصحة الفسخ من القضاء او الرضاء على رواية الزيادات لانها في معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى القضاء ولا الى الرضاء وبعض مشائخنا المتأخرين اخذوا برواية الزيادات وبعضهم اخذوا برواية الاصل والجامع الصغير انتهى وقال في العناية والتشبيه بالاجارة يشير الى انه اختيار رواية الزيادات فانه عليها لا بد لصحة الفسخ من القضاء او الرضاء لانها في معنى الاجارة على رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى ذلك انتهى اقول فيه نظر لان التشبيه بالاجارة انما يصلح للاشارة الى انه اختار رواية الزيادات ان لو كانت الرواية في الاجارة مقصورة على افتقار الفسخ فيها الى القضاء او الرضاء وكان المص قد اختار هناك صريح رواية افتقار الفسخ الى احدهما ولم يكن شئ منهما فان المصنف قال هناك ثم قول القدوري فسخ القاضي اشارة الى انه يقتصر الى قضاء القاضي في النقض وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه ذكر فالاجارة فيه ينتقض وبهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي انتهى فتامل قوله وليس للعامل ان يطالبه بما كرب الارض وحضر الانهار شئ قال في النهاية الفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل يتصور في صور ثلث ذكر في الكتاب الصورتين منها وهما ما اذا فسخ بعد ما كرب الارض وحضر الانهار وما اذا فسخ بعد نبات الزرع قبل ان يستحصد ولم يذكر ما اذا فسخ بعد ما زرع العامل الارض الا انه

كان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظر له وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض مخيرين هذه اختيارات لان بكل ذلك يستدفع الضرر ولو ملت المزارع بعد سنات الزرع فقالت وتتيه نحن نعمل الى ان يستحصد الزرع وابى رب الارض فليس ذلك لانه لا ضرر على رب الارض ولا اجر لهم عاملوا لانا تيقنا بالعقد نظرا لهم فان اراد واقلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا وللمالك على الخيارات الثلثة ما بينا قال كذلك اجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما ابا الحصاص قال شرط في المزارعة على العامل فسد وهذا الحكم ليس مختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات ووجه ذلك ان العقد بتناهي بتناهي الزرع محصود المقصود غير بقية مال مشترك بينهما ولا عقد فيجب من نفقة عليهما واذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما يفسد العقد كشرط الحمل او التجفيف على العامل وعن ابي يوسف انه يجوز اذا شرط ذلك على العامل للتعامل اعتبارا بالاستصناع وهو اختيار مشائخ بلخ قال شمس الائمة السرخسي هذا هو الاصح في ديارنا فالحاصل ان ما كان من عمل قبل الادراك كالسقي والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما ان ظاهر الرواية كالحصاد والدياس واشباههما على ما بينا او ما كان بعد القسمة فهو عليهما والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل ادراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الادراك كالجداد والحفظ فهو عليهما ولو شرط الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق لانه لا عرف فيه وما كان بعد القسمة فهو عليهما لانه مال مشترك ولا عقد وكو شرط الحصاد في الزرع على رب الارض لا يجوز بالاجماع لعدم العرف فيه والمراد اقصى القصيل او جد التمر بسرا والقاط الرطب فذلك عليهما منهما انهيا العقد قبل ادراك الزرع او على القصيل والجداد بسرا فصار كما بعد الادراك والله اعلم

كتاب المساقاة

قال ابو حنيفة ره المساقاة بجزء من الثمر باطلة وقالا جائزة اذا ذكر مدة معلومة وسمى جزء من الثمر مشاعا

لم ينبت بعد حتى لحق رب الارض دين فاوجه هل ان يبيع الارض ذكر في الذخيرة ان فيه اختلاف المشائخ وكان الشيخ ابو بكر الغنابي يقول له ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين مال قائم لان التبذير استهلاك ولهذا قالوا ان لصاحب البذر فسخ المزارعة لانه يحتاج الى استهلاك ماله من غير عوض يحصل له في الحال وحصوله في الثاني غير معلوم فكان هذا بمنزلة ما قبل التبذير وكان الشيخ ابو اسحق الحافظ يقول ليس له ذلك لان التبذير استنماء وليس باستهلاك الا يرى ان الاب والوصي يملكان زراعة ارض الصبي وهما لا يملكان استهلاك مال الصبي واذا كان كذلك كان للمزارع في الارض عين مال قائم انتهى وقال في العناية لم يذكر المصنف الصورة الثالثة وهي ما اذا فسخ بعد ما زرع العامل الارض الا انه لم ينبت حتى لحق رب الارض دين فاوجه هل له ان يبيع الارض فيه اختلاف المشائخ قال بعضهم قال له ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين قائم لان التبذير استهلاك فكان بمنزلة ما قبل التبذير وقال بعضهم ليس له ذلك لان التبذير استنماء وليس باستهلاك ولهذا يملك الاب والوصي زراعة الارض الصبي ولا يملكان استهلاك ماله وكان للمزارع في الارض عين قائم ولعل هذا اختيار المصنف ولم يذكره لان البذر ان كان لصاحب الارض لم يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعا عن البيع وان كان للعامل فقد دخلت في الصورة الثانية انتهى اقول ان قوله وان كان للعامل فقد دخلت في الصورة الثانية كلام خال عن التحصيل لانه ان اراد بدخولها في الصورة الثانية دخولها في نفس الصورة الثانية فليس بصحيح جدا اذ قد اعتبر في الصورة الثانية نبات الزرع وفي الصورة الثالثة عدم نباته فاني تتصور دخول احدهما في الاخرى وان اراد بذلك دخولها في حكم الصورة الثانية فهو صحيح على قول بعض المشائخ لانه لا يصلح لان يكون وجها لعدم ذكر تلك الصورة بالكلية لان دخولها في حكم الصورة الثانية على قول بعض المشائخ انما يعرف ببيان حكمها من قبل واذا لم يذكر تلك الصورة قط فمن اين يعلم ان حكمها حكم الصورة الثانية كما قال به بعض المشائخ او حكم الصورة الاولى كما قال به بعضهم الاخر والاوجه عندي ان المصنف انما لم يذكر تلك الصورة تاسيا بالامام محمد رحمه الله فانه لم يذكرها في كتابه كما بينه صاحب الذخيرة حيث قال وان كان المزارع قد زرع الارض الا انه لم ينبت بعد حتى لحق رب الارض دين فاوجه هل له ان يبيع الارض لم يذكر محمد رحمه الله هذه المسئلة في الكتاب وقد اختلف المشائخ فيها انتهى قوله لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظر له وقد ترك النظر لنفسه فان قيل ترك النظر لنفسه انما يجوز اذا لم يتضرر به غيره وههنا يتضرر رب الارض واستدفاع الضرر ليس بمنحصر فيما ذكر لم لا يجوز ان يكون بالمنع عن القلع لانتفاعه بنصيبه وباجر المثل فرد عليه بخلاف المزارع فانه يرد عن نفسه ما يجب عليه من اجر المثل فربما يخاف ان يصيبه من الزرع ما لا يفي بذلك كذا في العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول ان رب الارض ايضا ليس تعنت في طلب القلع بل هو يرد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من النفقة على تقدير لا يفاء ربما يخاف ان يصيبه من الزرع ما لا يفي بنفقة حصته فليتامل

كتاب المساقاة

قال في غاية البيان كان من حق الوضع ان يقدم كتاب المساقاة على كتاب المزارعة لان المساقاة جائزة بلا خلاف ولهذا قدم الطحاوي المساقاة على المزارعة في مختصره الا ان المزارعة لما كانت كثيرة الوقوع في عامة البلاد كان الحاجة اليها اكثر من المساقاة فقدمت على المساقاة

والمساقاة هي المعاملة في الاشجار والكلام فيها كالكلام في المزارعة وقال الشافعي رحمه المعاملة جائزة ولا يجوز المزارعة لانها تبع للمعاملة لان الاصل في هذا المضاربة والعامل اشبه بهما لان فيه شركة في الزيادة دون الاصل وفي المزارعة لو شرط الشركة في الزرع دون البذر بان شرط رفعه من رأس الخارج يفسد فجعلنا المعاملة اصلا وجوزنا المزارعة تبعا لها كالشرب في بيع الارض والتقوي في وقف العقار وشرط المدة قياس فيها لانها اجارة معنى كما في المزارعة وفي الاستحسان اذا بين المدة يجوز ويقع على اول ثمر يخرج لان الثمر لا يدرك في وقت معلوم وقل ما يتفاوت ويدخل فيها ما هو المتيقن وادراك البذر في اصول الوطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا والانتهاء بناء عليه فتدخله الجهالة وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا فقلع ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه يتفاوت بقوة الاراضي وضعفها تفاوتا فاحشا وبخلاف ما اذا دفع نخيلا او اصول رطبة على ان يقوم عليها او اطلق في الوطبة تفسد المعاملة لانه ليس لذلك نهاية معلومة

ولان المزارعة لما وقع فيها الخلاف بين الائمة كانت الحاجة الى علمها امس فقدمت ولان تفريعاتها اكثر من تفريعات المساقاة انتهى اقول في تقريره نوع خلل فانه قال في اوائل كلامه لان المساقاة جائزة بلا خلاف وذلك يقتضي عدم وقوع الخلاف اصلا في جواز المساقاة وليس كذلك قطعا لان ابا حنيفة لم يجوزها كما ذكر في نفس الكتاب حيث قال قال ابو حنيفة المساقاة يخرج من الثمن بالحالة وكذا زفر لم يجوز بما ذكر في عامة الشروح وقال جمهور الشراح كان من حق المساقاة ان يقدم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولورود الاحاديث في معاملة النبي عليه السلام باهل خيبر الا ان اعتراض موجبين صعوبة ايراد المزارعة قبل المساقاة احدهما ما شرحه الاختيار الى معرفة احكام المزارعة لكثرة وقوعها والثاني كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة الى المساقاة اقول فيه ايضا شئ وهو ان قولهم لورود الاحاديث في معاملة النبي عليه السلام باهل خيبر محل نظر فان الاحاديث كما وردت في حق المساقاة وردت في حق المزارعة ايضا من غير فصل سيما الاحاديث الواردة بطرق شتى في قصة اهل خيبر وعن هذا قال المصنف في اوائل كتاب المزارعة وهي يعني المزارعة فاسدة عند ابي حنيفة وقالا جائزة لما روى ان النبي عليه السلام عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع انتهى وكان كلا من فريقي الشراح اطلع على ما في كلام الآخر من الخلل حيث ترك ما اخل به الآخر كما ترى قوله والمساقاة هي المعاملة قال في العناية والمساقاة هي المعاملة بلغة اهل المدينة ومفهومها اللغوي هو الشرعي فهو معاقدة دفع الاشجار والكروم على من يقوم باصلاحها على ان يكون له سهم معلوم من ثمرها انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال هي عبارة عن المعاملة بلغة اهل المدينة وفي الشرع عقد على دفع الشجر الى من يصلحه بجزء من ثمره وقال في الحاشية فمفهومها اللغوي اعم من الشرعي لا عينه كما توهمه صاحب العناية انتهى اقول ليس ذاك بوارد اذ الظاهر ان المراد بالمعاملة في قوله والمساقاة هي المعاملة بلغة اهل المدينة هو المعاملة المعهودة بين الناس المسماة بلغة اهل المدينة وهي معاقدة دفع الاشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها على ان يكون له سهم معلوم من ثمرها وليس المراد بها مطلق المعاملة الشاملة لمثل البيع والاجارة وسائر العقود حتى يكون مفهومها اللغوي اعم من مفهومها الشرعي والا يلزم ان لا يصح قوله المساقاة هي المعاملة بلغة اهل المدينة اذ لا شك ان اهل المدينة لا يطلقون لفظ المساقاة على كل معاملة بل انما يطلقونه على معاملة مخصوصة معهودة بين الناس وقد اعترف ذلك المراد ايضا بان المساقاة عبارة عن المعاملة بلغة اهل المدينة فلا يتصور ان يكون مفهومها اللغوي اعم من الشرعي كما لا يخفى قوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة قال في العناية يعني شرطها في الشرائط التي ذكرت في المزارعة انتهى اقول في هذا التفسير خلل لان الشرائط التي ذكرت للمزارعة ليس كلها شرطا للمساقاة فان شرائط المساقاة اربعة كما نص عليه الامام قاضيخان في فتاواه وفي النهاية وغيرها ايضا وشرائط المزارعة ثمانية كما مر في الكتاب في اوائل المزارعة وكيف يتم القول بان شرائط المساقاة هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة وقد سبق صاحب الكفاية الى هذا التفسير الذي ذكره صاحب العناية ولكن قيده بما يصلحه في الجملة حيث قال اعني وشرائطها هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة مما يصلح شرطا للمساقاة انتهى ثم اقول لعل مراد المصنف بقوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة ان الدليل على جوازها وعدم جوازها على القولين كما مر في المزارعة ويرشد اليه قوله وقال الشافعي المعاملة جائزة ولا يجوز المزارعة الا تبعا الى آخره فانه بيان قول ثالث فارق بين كون المزارعة اصلا وكونها تبعا فلو كان المراد بقوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة

لا نباتها وما ركبت في الارض فجهلت المدة ويشترط تسمية الجزء مشاعا مما يبقى في المزارعة اذ شرط جزء معين يقطع الشركة وان سمى ما في المعاملة وقالا يخرج النصف فسدت المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج وربما تمد النخيل فيبلغ الثمر فيها وقد يباع جائرا لانا لا نتيقن بفوت للقصود ثم نخرج في الوقت المسمى فيحصل الشركة للصحة العقد وان تأخر فللعامل اجر المثل لفساد العقد لانه تبين الخطاء في المدة المسماة فصار كما اذا دفع ارضا على ان يزرعها ذلك في الابتداء بخلاف ما اذا لم يخرج اصلا لان الذهاب بآفة فلا يتبين فساد المدة فبقي العقد صحيحا ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه **قال** تجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب واصول الباذنجان **قال** الشافعي رحمه الله لا تجوز الا في الكرم والنخل لان جوازها بالاثر وقد ورد حديث خيبر وكذا ان الجواز للحاجة وقد عمت وانا خيبر لا يحتمل لان اهلها يعرفون الاشجار والرطاب بيقين ولو كان كما زعم فالاصل في الشرع ان تكون معقولة سيما على اصله ولنا ان الحاجة ماسة الى ما ذكرنا لان الثمار لا تكمل الا بالعمل في كل سنة والعامل لا يتفرغ له الا بالعقد ولا يرغب فيه الا بالجزء ولا يمكن تقدير الجزء الا بالشيوع وهذا المعنى موجود في الكل **قال** وليس لصاحب الكرم ان يخرج العامل من غير عذر لانه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد وكذا ليس للعامل ان يترك العمل بغير عذر لما قدمناه **قال** فان فعل فلا شيء له لان العمل سقط حقه بالترك **قال** وان مات العامل فلورثته ان يقوموا على العمل ويكون لهم نصيب أبيهم من الثمر لان العقد لازم فيخلفه وارثه فيه كالاجارة **قال** فان مات رب الارض فللعامل ان يقوم على عمله كما كان لانه في معنى الاجارة الفاسدة وصارت كالمزارعة اذا فسدت **قال** وتبطل المساقاة بالموت لانها في معنى الاجارة وقد بينا حكمها فان مات رب الارض الخارج لم يكن للعامل ان يقوم على عمله لان الثمر قبل ذلك ان بدا صلاحه فهو لرب الارض وان كره ذلك ورثته رب الارض استحسانا قياسا لعقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه على الآخر وله الدوام العامل الضرر بخيره ورثته الا ان يتبين ان يقسموا البسر على الشرط وبين ان يبقوا نصيبه من البسر بين ان يتفقوا على البسر حتى يبلغ ويرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر لانه لم يسلم له الخارج الضرر بهم وقد بينا نظيره في المزارعة ولو مات العامل فلورثته ان يقوموا عليه وان كره رب الارض لان فيه النظر من الجانبين فان اراد ان يقسموه بسرا كان لصاحب الارض ذلك لما بينا والله اعلم بالصواب

مقامه هذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك فكان الى ورثته في الخيار فان الى ورثته العامل ان يقوموا عليه كان الخيار في ذلك الى ورثة رب الارض على ما وصفنا

بيان شروط المساقاة كما ذكره بين بيان الاقوال الثلثة المذكورة اجنبيا كما لا يذهب على ذوي فطانة **قوله** لانها تنمو ما تركت في الارض فجهلت المدة قال صاحب العناية وقوله لانها تنمو ما تركت في الارض دليل الرطبة ولم يذكر دليل النخيل والرطبة اذا شرط القيام عليها حتى يذهب اصولها لانه لانهاية لذلك فكان غير معلوم وفي نسخة فكان معلوما انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان كون قوله لانها تنمو ما تركت في الارض دليل الرطبة وحدها ممنوع بل يمكن ان يجعل دليلا على المجموع بحر يانه في المجموع كيف ولا شك ان اصل الدليل وهو قوله لانه ليس لذلك نهاية معلومة يعم المجموع فينبغي ان يعم دليل ذلك الدليل ايضا للمجموع عند امكان ذلك واما ثانيا فلان ما ذكره من العذر لعدم ذكر المصنف دليل النخيل والرطبة اذا شرط القيام عليها حتى يذهب اصولها ليس بتام اما على النسخة الاولى التي معناها لانه لانهاية لذلك اي لبيان ذهاب اصولها فكان انتهى المدة بتأويل الوقت غير معلوم فلانه يرد عليه انه انما يفيد تحقق دليل بتينك الصورتين ايضا ولا يتم عذر العدم ذكر دليلهما كما هو المقصود واما على النسخة الثانية التي معناها لانه لانهاية لذلك فكان معلوما اي كان دليل بتينك الصورتين معلوما الظهور افساد جهالة المدة العقد فلم يحتج الى ذكره فلا يرد عليه ان لا يقتضي انه لا يذكر دليل الرطبة ايضا لان حاصل ذلك الدليل ايضا جهالة المدة فينبغي ان لا يذكر ذلك ايضا بناء على كونه معلوما فتأمل **قوله** ولو لزم العامل الضرر يخير ورثة الآخرين ان يقيموا البسر على الشرط وبين ان يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين ان ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر هذا قال الامام الزيلعي في شرح الكنز وفي رجوعهم في حصته فقط اشكال وكان ينبغي ان يرجعوا عليه بجميعه لان العامل انما يستحق بالعمل فكان العمل كله عليه ولهذا اذا اختار المضي اولم يمت صاحبه كان العمل كله عليه فلو رجعوا عليه بحصته فقط يؤدي الى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة وكذا هذا الاشكال وارد في المزارعة ايضا انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك قلت لا اشكال اذ معنى الكلام يرجعون في حصة العامل بجميع ما انفقوا الا بحصته كما فهمه هذا العلامة انتهى اقول ما ذكره ذلك البعض من المعنى خلاف ما صرحوا به في هذا المقام فان عبارة الكافي للعلامة النسفي وعبارة شرح الكافي للحاكم الشهيد وعبارة غاية البيان وغيرها هكذا وان شاءوا انفقوا على البسر حتى يبلغ ويرجعوا بنصف نفقتهم في حصة العامل من الثمن كما مر في المزارعة انتهى ولا شك انها صريحة في ان ما يرجعون به نصف نفقتهم لا جميعها فاني تتيسير الجمع على خلاف ذلك **قوله** ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان قال في العناية يعني في كون ترك العمل عذرا روايتان في احداهما لا يكون عذرا ويجبر على ذلك لان العقد لازم لا يفسخ الا من عذر وهو ما يلحقه به ضرر وهنا ليس كذلك وفي الاخرى عذر انتهى اقول في تفسير كلام المصنف بالوجه المذكور خلل اذ يصير حاصل معناه حينئذ في كون ترك العمل عذرا روايتان احداهما كونه عذرا والاخرى عدم كونه عذرا فيؤدي الى كون الشيء ظرفا لنفسه وللنقيضه ولا يخفى بطلان ذلك والوجه عندي ان معنى قول المصنف فيه روايتان في جواب هذه المسئلة وهي قوله هل يكون عذرا فيه روايتان احداهما بالايجاب وهو ان يكون عذرا والاخرى بالسلب وهو ان لا يكون عذرا فحينئذ لا غبار فيه كما لا يخفى على الفطن **قوله** وتأويل احديهما ان يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته اقول فيه انه انما يكون عذرا من جهته ان لو ترك ذلك العمل اضطرارا بسبب حدوث مرض او نحو ذلك واما اذا ترك بالاختيار فلا يظهر وجه كونه عذرا من جهته والكلام ههنا في الترك الاختياري لان الترك الاضطراري انما يكون بسبب عذر

وتعذر رد الغراس لانتصابها بالارض فيجب قيمتها واجر مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها وفي تخريجها طريق اخر بيناه في كفاية المنتهى وهذا اصحهما والله اعلم

كتاب الذبائح

مقرر وقد مر مسئلة جواز المنع بالاغذار رواية واحدة فذكر مسئلتنا هذه ههنا وبيان وقوع الروايتين فيها يدل على ان المراد بترك ذلك العمل في قوله ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هو الترك الاختياري لا غير فتامل قوله وتعذر رد الغرس لانتصابها بالارض قال صاحب النهاية يعني لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما الشجر الغراس بل يكون تسليما للقطعة خشبية وهو ما شرط ذلك بل شرط تسليم الشجر بقوله على ان يكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين فلما لم يكن تسليمها وهي ثابتة وجب رد قيمتها انتهى واقتفى اثره في شرح هذا العمل على هذا المنوال صاحب معراج الدراية وصاحب العناية واعترض بعض الفضلاء على قولهم لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما للشجر بل يكون تسليما للقطعة خشب حيث قال فيه بحث اذ لا تسلم حينئذ لم يكن تسليما للشجر انتهى اقول منع ذلك مكابرة لان الشجر على ما نص عليه في عامة كتب اللغة اما كان على ساق من نبات الارض فاذا قلع الغراس لم يصدق عليه هذا الحد فلا يطلق عليه لفظ الشجر فلا يكون تسليم المقلوع تسليما للشجر لامحالة بل يكون تسليما للقطعة خشبة كما قاله هؤلاء الشراح نعم ان قولهم كان الشرط تسليم الشجر لا تسليم قطعة خشبة مستدرك لا يجدي طائلا ههنا لان استحقاق الغارس الشجر ليس بمقتضى الشرط بل يكون الشجر ملكا له كما صرحوا به ولهذا يجب على رب الارض رد قيمة تمام الغراس مع كون الشرط ان يكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين تدبر ترشد قوله وفي تخريجها وجه آخر بيناه في كفاية المنتهى يعني وفي تخريج هذه المسئلة طريق آخر اي دليل آخر سوى ما ذكرناه في كتابنا هذا من طريق تفسير الطحان بيناه اي بينا ذلك الطريق الآخر في كفاية المنتهى قال كثير من الشراح في تفسير ذلك الطريق وهو شركة الارض نصف الغراس بين العامل بنصف ارضه او شراوه جميع الغراس بنصف ارضه ونصف الخارج فكان عدم جواز هذا العقد لجهالة لزوم الغراس نفسها وجهالة الاجنبي معنى الاستيجار الذي هو في معنى تفسير الطحان انتهى اقول يرد على الصورة الثانية ما ذكروه وهي قولهم او شراوه جميع الغراس بنصف ارضه ونصف الخارج انها لا تصلح لان يكون طريق تخريج هذه المسئلة لان وضع هذه المسئلة على ان يكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين وفي الصورة المذكورة يكون جميع الغراس لرب الارض فلا يتصور المناصفة في الشجر فتامل

كتاب الذبائح

قال جمهور الشراح المناسبة بين المزارعة والذبائح كونهما اتلافا في الحال للانتفاع في المآل فان المزارعة انما تكون باتلاف الحب في الارض للانتفاع بما ينبت منها والذبح اتلاف الحيوان بازهاق روحه في الحال للانتفاع بلحمه بعد ذلك انتهى اقول يتجه على ظاهر ما ذكروه من المناسبة انما يقتضي تعقيب المزارعة بالذبائح دون تعقيب المساقاة بالذبائح اذ لا اتلاف في المساقاة والذي وقع في ترتيب الكتاب تعقيب المساقاة بالذبائح لا تعقيب المزارعة بها فلا يتم التقريب اللهم الا ان يقال جعلوا المزارعة والمساقاة في حكم شيء واحد بناء على اتحادهما في اكثر الشرائط والاحكام كما تقرر في مباحثهما فكانت المناسبة المذكورة بين المزارعة والذبائح بمنزلة المناسبة بين المساقاة والذبائح فاكتفوا بذلك وعن هذا ترى كثيرا من اصحاب معتبرات الفتاوى كالذخيرة والمحيط وفتاوى قاضيخان وغيرها اكتفوا بذكر كتاب المزارعة وجعلوا المساقاة بابا منها وعنونوا بالمعاملة وذكر كل واحدة من المزارعة والمساقاة في الكتاب بكتاب على حدة لا يدل على استبداد كل واحدة بنفسها بذاتها و

قال الذكاة شرط حل الذبيحة لقوله تعالى الا ما ذكيتم وكون به تميز الدم النجس من اللحم الطاهر وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة في المأكول وغيره فانه بقي نجسا ومنه قوله عليه السلام ذكاة الارض يبسها وهي اختيارية كما في الجرح فيما بين اللبة واللحيين واضطرارية وهي الجرح في اي موضع كان من البدن والثاني كالبدل عن الاول لانه لا يصار اليه الا عند العجز عن الاول وهذا اية البدلية وهذا لان الاول اسهل في ازهاق الدم والثاني اقصر فيه فاكتفي بسببه عند العجز عن الاول اذ التكليف بحسب الوسع ومن شرطه ان يكون الذابح من اهل ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم او دعوى كالكتابي دون ان يكون ممن لا يعتقد دينا اصلا كالمجوسي والمرتد لان الاباحة بالشرع وانه لم يشرع الا لهؤلاء

اختصاصا باحكامها بل يكفي جهة التغاير بينهما في الجملة الا يرى انهم ذكروا الصرف بكتاب على حدة عقيب ذكرهم كتاب البيوع مع انه من انواع البيوع قطعا كما صرحوا به ثم ان الذبائح جمع ذبيحة وهو اسم لما يذبح كالذبح والذبح مصدر ذبح اذا قطع الاوداج كذا في الكافي والكفاية اعلم ان بعض المعتزلين من مشائخنا ذهبوا الى ان الذبح محظور اعتقالما فيه من ايلام الحيوان ولكن الشرع احله قال شمس الائمة السرخسي في المبسوط بعد نقل قولهم وهذا عندي باطل لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتناول اللحم قبل بعثته ولا يظن به ان كان ياكل ذبائح المشركين لانهم كانوا يذبحون باسم الاصنام فعرفنا انه كان يذبح وليس ما وبنفسه وما كان يفعل ما كان محظورا اعتقالا كالكذب والظلم والسفه انتهى وقال في العناية بعد ذكر ذلك اجيب بانه يجوز ان يكون ما كان ياكل ذبائح اهل الكتاب وليس الذبائح كالكذب والظلم لان المحظور العقلي ضربان ما يقطع تحريمه فلا يرد الشرع باباحته الا عند الضرورة وما فيه نوع تجويز من حيث تصور منفعة فيجوز ان يرد الشرع باباحته ويقدم عليه قبله نظرا الى نفسه كالمجامعة للاطفال وتعذيبهم بانيه الم لهم انتهى وقال العيني بعد نقل ما قاله شمس الائمة السرخسي والجواب المذكور في العناية قلت كل من الكلامين لا يخلو عن نظر اما الاول فلا يحتاج الى دليل على انه كان يذبح بنفسه قبل البعثة واما الثاني فكذلك لكن يحتاج الى دليل على انه كان ياكل من ذبائح اهل الكتاب فلم لا يجوز انه لم يكن اكل شيئا من الذبيحة الا بعد البعثة انتهى اقول ليس هذا شيئ لان كون النبي صلى الله عليه وسلم يتناول اللحم قبل البعثة امر متواتر لا يحتاج الى دليل والدليل على انه كان يذبح بنفسه عند شمس الائمة ان لا يظن به عليه السلام انه كان ياكل ذبائح المشركين كما ذكره والمجيب يمنع ذلك بناء على جواز انه كان ياكل ذبائح اهل الكتاب ولا يلزمه الدليل عليه ولا يحتاج اليه لكونه مانعا لا مستدلا فلا محل لنظره اصلا قوله قال الذكوة شرط حل الذبيحة قال في غاية البيان وهذا وقع على خلاف وضع الكتاب لانه اذا ذكر لفظ قال في اول المسئلة كان يشير فيه الى ما ذكر في الجامع الصغير او مختصر القدوري وهنا لم تقع الاشارة الى احدهما ولهذا لم يذكره في البداية وكان ينبغي ان لا يورد لفظ قال او يقول قال العبد الضعيف مشيرا به الى نفسه انتهى وقال العيني بعد نقل ذلك قلت هذا تطويل بلا فائدة لانه ذكر في مواضع كثيرة من الكتاب لفظة قال باضمار الفاعل واراد به نفسه فهذا ايضا مثله ولا يلزم تعيين الفاعل الا ترى انه عند اسناد القول الى القدوري او محمد بن الحسن لم يصرح بقائله وكذلك عند اسناده الى نفسه ولا يخفى هذا الا على من لا يميز مسائل القدوري من مسائل الجامع الصغير ومن لم يميز بينهما لم يستحق الخوض في العلم انتهى كلامه اقول الحق ما ذكر في غاية البيان وقول العيني ذكر في مواضع كثيرة من الكتاب لفظة قال باضمار الفاعل واراد به نفسه ان اراد به انه ذكر في اول المسئلة في مواضع كثيرة من الكتاب مشيرا بها الى نفسه فهو فرية بلا مرية فاذا ذكرها في اول المسئلة كان يشير بها الى ما ذكر في الجامع الصغير او مختصر القدوري على الاطراد كما ذكره صاحب العناية وان اراد بذلك انه ذكرها في اول المسئلة في مواضع كثيرة من الكتاب مشيرا بها الى نفسه فهو واقع ولكن اذا ذكرها في مثل تلك المواضع كان يقول قال العبد الضعيف على ما وقع في النسخ القديمة او قال رضي الله عنه على ما وقع في النسخ الجديدة ولم يقع منه ذكر لفظة قال وحدها في مثل تلك المواضع قط وهذا غير خاف على من له دربة باساليب كلام المصنف فشارح العيني مكابر فيما ذكر هنا قوله لقوله تعالى الا ما ذكيتم فان حكمه بعد الاستثناء يخالف ما قبله وقد قال الله تعالى قبله حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير الى آخره فاستثنى من المحرمة المذكى فيكون

قال وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان كان صبيا او مجنونا او امرأة اما اذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة لا تحل لان التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا

قال صاحب العناية والمرتب على المشتق معلول الصفة المشتق منها لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا انتهى اقول ليس هذا الكلام منه بمعقول المعنى لان ثبوت الحل بالشرع مما لا ينافي كون الصفة المشتق منها التي هي الزكوة علة للحكم كما لا يخفى على ذي مسكة **قوله** وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم يعني بقوله لما تلونا قوله تعالى الا ما ذكيتم وهو في حق المسلم وقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم في حق الكتابي من باب اللف والنشر كما ذكره تاج الشريعة وهو الاحسن عندي ايضا في بيان مراد المصنف هنا قال صاحب العناية وقوله لما تلونا اشارة الى قوله تعالى الا ما ذكيتم ولما استشعر ان يقال الا ما ذكيتم عام مخصوص لخروج الوثني والمرتد والمجوسي فلا يكون قاطعا في الافادة ضم اليه قوله عز من قائل وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم الى هنا كلامه اقول فيه بحث اما اولا فلانا لا نسلم ان الخطاب في قوله تعالى الا ما ذكيتم عام للكفار بل الظاهر انه مخصوص بالمؤمنين كما يدل عليه السباق والسياق في النظم الشريف الا ترى ان ما قبله اول سورة المائدة وهو قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اوفوا بالعقود احلت لكم بهيمة الانعام الا ما يتلى عليكم غير محلي الصيد وانتم حرم ولا شك ان الخطابات الواقعة هناك للمؤمنين خاصة ثم قال عز وجل حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما اهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما اكل السبع الا ما ذكيتم وقال القاضي البيضاوي وغيره من المفسرين ان قوله تعالى حرمت عليكم الميتة الخ بيان لما يتلى عليكم فلا جرم يكون الخطاب في حرمت عليكم الا ما ذكيتم للمؤمنين خاصة ايضا فلا يكون ما يعم الوثني ونحوه ولئن سلم عمومه للوثني ونحوه ايضا فلا نسلم انه من قبيل العام الذي لم يخص منه البعض بل هو من قبيل العام الذي نسخ بعضه باخراج الوثني والمجوسي والمرتد من حكمه او يقدر تقرر في علم الاصول ان التخصيص عندنا انما يطلق على قصر العام على بعض ما يتناوله بما هو مستقل موصول بالعام وان قصره على بعض ما يتناوله بما هو مستقل غير موصول به هو النسخ لا التخصيص وان الذي لا يكون قطعيا انما هو العام الذي نسخ بعض ما يتناوله فانه يكون قطعيا في الباقي بلا ريب ولا شك ان ما نحن فيه من قبيل الثاني دون الاول لان الذي يخرج الوثني ونحوه غير موصول بقوله تعالى الا ما ذكيتم فكان قطعيا في الافادة ولئن سلم كونه ظنيا غير قاطع في الافادة فهو كاف في افادة المطلوب هنا بلا حاجة الى ضم شيء آخر اذ قد تقرر في علم الاصول ايضا ان الدليل الظني يفيد وجوب العمل وان لم يفد وجوب الاعتقاد وما نحن فيه من العمليات واما ثانيا فلان مثل ما ذكره صاحب العناية في قوله تعالى الا ما ذكيتم على الاستدلال بقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم بان يقال ايضا انه عام مخصوص لخروج ما لم يذكر اسم الله عليه فيقتضي ان يضم اليه ايضا دليل آخر واما ثالثا فلان الضم المذكور انما يفيد في حق ذبيحة الكتابي دون ذبيحة المسلم لاختصاص الدليل المضموم بالكتابي فيلزم ان يبقى الدليل قاصرا عن افادة حل ذبيحة المسلم على معنى زعم الشارح المزبور اللهم الا ان يدعى ان الدليل الثاني اذا افاد حل ذبيحة الكتابي اذا دخل ذبيحة المسلم ايضا دلالة ثم ان المراد بالطعام في قوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب ذبائحهم قال البخاري في صحيحه قال ابن عباس طعامهم ذبائحهم واستدل صاحب الكافي وكثير من الشراح على ذلك بانه لو لم يحمل على ذلك لم يكن لتخصيص اهل الكتاب بالذكر فائدة اذ قد يسنوي الكتابي وغيره فيما سوى الذبائح من الاطعمة فان المجوسي اذا اصطاد سمكة حل اكلها ورد عليهم صاحب العناية حيث قال بعد نقل استدلالهم المذكور وفيه نظر فان التخصيص باسم العلم يدل على النفي عما سواه بل مرادهم

كما يأتي عليه كلامهم انه لو لم يحمل على ذلك لحصل تخصيص اهل الكتاب بالذكر في كلام رب العزة عن الفائدة تعالى عنه علوا كبيرا ولا يذهب عليك ان الاستدلال بهذا الوجه يتمش على اصل من لا يقول بمفهوم المخالفة ايضا اذ لا يرضى احد بخلو كلام الله عن الفائدة **قوله والاقلف والمخنون** سواء لما ذكرنا اختلف المشايخ في تعيين كلام المصنف بقوله لما ذكرنا فقال صاحب النهاية وغاية البيان اراد به الاثنين المذكورين وهما قوله تعالى الا ما ذكيتم وقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم لان الخطاب عام ورده صاحب العناية حيث قال بعد نقله وفيه نظر لان عادته في مثله لما تلونا وقال تاج الشريعة اراد به قوله لان حل الذبيحة يعقد الملة ورده ايضا صاحب العناية حيث قال بعد نقله ايضا وهذا الذي ذكر في الكتاب اقول يمكن ان يقال من جانب تاج الشريعة ان ذلك وان لم يكن مذكورا في الكتاب صراحة الا انه مذكور فيه ضمنا حيث قال فيما مر ومن شرطه ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد ثم قال صاحب العناية والاولى ان يجعل اشارة الى الآية والى قوله ولان به تتميز الدم النجس من اللحم الطاهر دعادته في مثل ذلك انتهى اقول فيه نظر لان قوله ولان به تتميز الدم النجس من اللحم الطاهر انما يدل على كون الزكوة شرطا حل الذبيحة ولا يدل على ان الاهل الذبح من هو كيف وتميز الدم النجس من اللحم الطاهر يحصل بذبح الوثني والمجوسي والمرتد ايضا مع ان الحل ليس باهل الذبح قطعا وقول المصنف لما ذكرنا تعليل لاستثناء الاقلف والمختون في الاهلية للذبح فكيف يصلح ان يجعل اشارة الى ما لا دلالة فيه على ذلك اصلا وهو قوله ولان به تتميز الدم النجس من اللحم الطاهر ثم اقول هذا احتمال اخر اقرب مما ذكره او هو ان يكون قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان كان صبيا او مجنونا او امراة فانه قد علم من ذلك ان مدار حل الذبيحة ان يكون الذابح ممن يعقل التسمية والذبيحة ويضبط ولا يخفى ان الاقلف والمختون لا يتفاوتان في ذلك فكانا سواء في حكم حل ذبيحتهما تدبر **تفهم قوله وان** ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا اكل وقال الشافعي تؤكل في الوجهين وقال مالك لا تؤكل في الوجهين قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ان ترك الذابح التسمية عند الذبح اختيارا كان او اضطرارا عامدا او ناسيا قال الشافعي بشمول الجواز وقال مالك بشمول العدم وعلماؤنا فصلوا ان تركها عامدا فالذبيحة ميتة لا يؤكل وان تركها ناسيا اكل انتهى اقول كانه حسبه انه اتى في شرح هذا المحل بكلام مجمل جامع الاقسام المسئلة كلها لكنه اخل بحق المقام في تحريره هذا اما اولا فلان قوله عند الذبح بيان في تعميم الذبح للاختياري والاضطراري كما يقتضيه قوله اختيارا كان او اضطرارا لانهم صرحوا بان كون التسمية عند الذبح انما يشترط في الزكوة الاختيارية واما في الاضطرارية فيشترط كون التسمية عند الارسال الرمي لا غير ويجيء ذلك في الكتاب ايضا واما ثانيا فلان قول المصنف والشارح المزبور ايضا فيما بعد وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي بيان في تعميم الذبح في مسئلتيه الاختياري والاضطراري اذ الظاهر ان القياس المستفاد من قوله وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي الى آخره يقتضي عدم دخول المقيس عليه قوله لقوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى او لم يسم اقول فيه ان دليله هذا قاصر عن افادة تمام مدعاه لان المسلم والكتابي في ترك التسمية سواء كما مر فانفاد بهذا الحديث انما يتم حجة في حق المسلم وحده **قوله** ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه

وما لك رحمه الله يحتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه ولكنا نقول في اعتبار ذلك من الحرج ما لا يخفى فان الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع والسهو غير مجرى على ظاهره اذ لو اريد به لجرت المخاتلة وظهر الافساد وارتفع الخلاف في مهد الاول ولا اقامة في حق الناسي هو معذور ولا يدل عليها في حق العامد ولا عذر وما رواه محمول على حالة النسيان التسمية عند فعل يقدر عليه حتى اذا اضجع شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز ولو رمى الى صيد وسمى فاصاب غيره حل وكذا في الارسال ولو اضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وقطع باخرى اكل ولو سمى على سهم ثم رمى بغيره صيدا لا يؤكل قال ويكره ان يذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره وان يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان وهذه ثلث مسائل احداها ان يذكر موصولا على سبيل العطف والشركة بان يقول بسم الله ومحمد رسول الله لان الشركة توجب فلم يكن الذبح واقعا له الا انه يكره لوجوب القران صورة فيتصور بصورة الاعطاء فاكره ولا عدم الذبيحة وهو المراد بما قال ويفيد ان يقول بسم الله محمد رسول الله لان الشركة لم توجد والثانية ان يذكر موصولا على وجه العطف والشركة بان يقول بسم الله واسم فلان او يقول بسم الله وفلان او بسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال فحرم الذبيحة لانه اهل به لغير الله والثالثة ان يقول منفصولا عنه مقترنا ومعنى بان يقول قبل التسمية او بعدها قبل ان يضجع الذبيحة او بعده وقد الباس به لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذا عن امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لانه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله او سبحان الله يريد التسمية حل ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في احد الروايتين لانه يريد به الحمد لله على نعمة وان التسمية وصلته لا لسان عند الذبح وهو قوله بسم الله والله اكبر منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صوافّ قال والذبح بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير لا باس بالذبح في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله والاصل فيه قوله عليه السلام الذكاة ما بين اللبة واللحيين ولانه مجمع العروق فيحصل الفعل فيه اذا الدم على ابلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء قال والعروق التي تقطع في الذكاة اربعة الحلقوم والمرئ والودجان لقوله عليه السلام وفري اوداجه باشئت

نهي وهو التحريم قال في العناية وجه الاستدلال ان السلف اجمعوا على ان المراد به الذكر باللسان يقال ذكر عليه اذا ذكر باللسان وذكره اذا ذكر بالقلب وقوله ذلا تاكلوا عام موكد من الاستغراقية التي تفيد التاكيد وتاكيد العام ينفي احتمال الخصوص فهو غير محتمل للتخصيص فيعم كل مالم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامدا كان او ناسيا الا ان الشرع جعل الناسي ذاكرا لعذر كان من جهته وهو النسيان فانه من الشرع باقامة الملة مقام الذكر دفعا للحرج كما اقام الاكل ناسيا مقام الامساك في الصوم لذلك انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان مقتضى قوله ان السلف اجمعوا على ان المراد به الذكر حال الذبح لا غير ان يكون قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه والا على ان لا يؤكل المذبوح بالذبح الاضطراري اصلا لانه ذكر اسم الله عليه انما يكون حال الارسال والرمي لا حال الذبح كما نصوا عليه فكان مما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح فلزم ان يدخل تحت النهي عن الاكل في الآية المذكورة مع ان حل اكل المذبوح بالذبح الاضطراري اذا ذكر عليه اسم الله حال الارسال او الرمي مجمع عليه بلا ريب واما ثانيا فلان قوله الا ان الشرع جعل الناسي ذاكرا لعذر كان من جهته وهو النسيان ينافي قوله فيما قبل هو غير محتمل للتخصيص فيعم كل مالم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامدا كان او ناسيا لان جعل الشرع الناسي ذاكرا لا يتصور بدون تخصيص الناسي من عموم قوله تعالى مما لم يذكر اسم الله عليه لما كان عامدا وناسيا وتخصيص الشئ بما هو غير محتمل للتخصيص غير متصور ايضا فتحقق التنافي بين الكلامين تامل تقف قوله ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه قال في غاية البيان اي لا فصل في ظاهر ما ذكرنا من الآية ولان قوله مالم يذكر اسم الله عليه يشمل العمد والنسيان جميعا لعدم التقييد باحدهما انتهى وقال في العناية استدلال مالك بظاهر قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فان قيد النهي بالبلوغ وجه وهو بيان الاستغراقية عن اكل متروك التسمية وهو باطلاقه يقتضي الحرمة من غير فصل انتهى اقول الظاهر مما ذكر في تبيين الشرحين ان يكون مراد المصنف بقوله ما ذكرنا في قوله ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا هو قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فيرد عليه ان يقال ان امثله في مثله ان يقول لما تاملوا فما معنى المخالفة لما هنا وقد مر نظير هذا من صاحب العناية في الصفحة الاولى فالاظهر عندي ان يكون مراده بقوله ما ذكرنا وقوله ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا مجموع ما ذكره من الكتاب والسنة لا الكتاب وحده فلا يلزمه ترك عادته لان عادته ان يقول لما تاملونا فيما اذا اراد الكتاب وحده وان يقول لما رويناه فيما اذا اراد السنة وحدها فلما اراد هنا مجموعهما اتى بكلمة جامعة فقال ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا وقوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وحديث عدي بن حاتم الطائي اذ لا فصل في ظاهر كل منهما كما ترى قوله لقوله عليه السلام فاري الاوداج باشئت قال تاج الشريعة الفري القطع للاصلاح والافراء القطع للافساد فيكون بكسر الهمزة هنا اليق انتهى وافقى اثره صاحب الكفاية والعناية غير ان صاحب الكفاية اتى بعين لفظه واما صاحب العناية فذكر لفظ النسب بدل لفظ اليق وقال ولهذا قال المص بعد بذا الورود والامر لفريه اقول فيما ذكره هولاء الشراح نظر لان صاحب القاموس عم الفري والافراء للاصلاح والافساد بلا فرق بينهما حيث قال فراه يفريه شقه فاسدا او صالحا كفراه وافراه انتهى فعلى هذا لا يتم ما ذكروه اصلا واما صاحب المغرب فقد ذكر الفرق بينهما الا انه جعل الذبح من قبيل الافراء دون الفري حيث قال عن ابي عبيد والفرق بين الافراء والفري انه قطع للافساد وشق كما يفري الذابح والسبع والافراء الفري قطع للاصلاح كما يفري الجزار الاديم انتهى فعلى هذا لا يتم

وهي اسم جمع واقله الثلث فيتناول المري والودجين وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمري الا انه لا يمكن قطع هذه الثلثة الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وبظاهر ما ذكرنا يعتبر مالك رح ولا يجوز الاكثر منها بل يشترط قطع جميعها وعندنا ان قطعها اعمل الاكل وان قطع اكثرها فكذلك عنه ابي حنيفة رح وقاله الا بد من قطع الحلقوم والمري واحد الودجين قال رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري الاختلاف في مختصره والمشهور في كتب مشائخنا رحمهم الله ان هذا قول ابي يوسف رح وحده وقال في الجامع الصغير وان قطع نصف الحلقوم ونصف الاوداج لم يؤكل وان قطع الاكثر من الاوداج والحلقوم قبل ان تموت اكلت خلافا واختلف الرواية فيه فالحاصل ان عند ابي حنيفة رح اذا قطع الثلث اي ثلث كان يحل به كان يقول ابو يوسف اولا ثم رجع الى ما ذكرنا وعن محمد انه يعتبر اكثر كل فرد وهو رواية عن ابي حنيفة لان كل فرد منها اصل بنفسه لانفصاله عن غيره وكون ما بقي فيه فيعتبر اكثر كل فرد منها وكابي يوسف رح ان المقصود من قطع الودجين انهار الدم فيقوم احدهما عن الآخر اذ كل واحد منهما مجرى الدم اما الحلقوم فمجرى النفس والمري مجرى العلف والماء والمري مجرى النفس خلابد من قطعهما وكابي حنيفة رح ان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام اي ثلث قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتحية في اخراج الروح لانه لا يبقى بعد قطع مجرى النفس او الطعام مع بقاء احد الودجين فيكتفى باكثر من ذلك عن زيادة التعذيب على ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق فكانه لم يقطع شيئا احتياطا لجانب الحرمة قال ويجوز الذبح بالظفر والسن والقرن اذا كان منزوعا حتى لو كان متصلا به لم يؤكل لانه يكره هذا الذبح

قوله فيكون كسر الهمزة هنا هو الاليق اذ لا شك ان الذبح اذا كان من تجنيس الافراد دون الفرى كان فتح الهمزة هنا هو الانسب ثم ان صاحب المغرب قال وقد جاء فرى بمعنى افرى ايضا الا انه لم يسمع به في الحديث انتهى فعلى هذا لا مجال لكسر الهمزة في الحديث لكونه غير مسموع به فضلا عن ان يكون اليق والنسب واما قول المصنف فيما بعد في اثناء تعليل قول محمد ولورود الامر فيه فلعله جرد منه على استعمال فرى بمعنى افرى ايضا كما ذكر في المغرب ولا ينافيه عدم السماع به في الحديث لان ما ذكره فيما بعد لفظ نفسه لا لفظ الحديث او اختيار منه لعدم الفرق بين الفري والافراء اطلاقا كما ذكر في الصحاح بهذا ينبغي ان يفهم هذا المقام قوله وهي اسم جمع واقله الثلث فيتناول المري والودجين وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمري قال في العناية احتج الشافعي بانه جمع الاوداج وادناه الاثنان فدل على ان المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح وهو قطع الحلقوم والمري لان الحيوان لا يعيش بعد قطعهما اقول يرد على هذا الاحتجاج انه لو كان المقصود بها مجرد ما يحصل به زهوق الروح لكفى قطع واحد من الحلقوم والمري اذ الحيوان لا يعيش بعد قطع احدهما ايضا كما لا يخفى وقد افصح عنه المصنف في تقرير دليل ابي حنيفة فيما بعد حيث قال لانه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس او الطعام مع ان الشافعي لم يقل بكفاية قطع احدهما بل شرط قطعهما معا وقال في العناية بعد ذكر الاحتجاج المسفور وهو ضعيف لفظا ومعنى اما لفظا فلان الاوداج لا دلالة لها على الحلقوم والمري اصلا واما معنى فلان المقصود اسالة الدم النجس وهو انما يحصل بقطع مجراه انتهى اقول ما ذكره في وجه ضعفه لفظا ليس بسديد اذ قد ذكر في الاحتجاج المزبور وجه دلالة الاوداج على الحلقوم والمري بانه جمع الاوداج وادناه الاثنان فدل على ان المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح وهو قطع الحلقوم والمري فلا معنى بعد ذلك لجرد نفي دلالتها عليهما بل لابد من بيان محذور كما لا يخفى قوله الا انه لا يمكن قطع هذه الثلثة الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه قال بعض الفضلاء فيه بحث لان المفهوم من كلام المصنف الذي سيذكره في تعليل ابي حنيفة حمل الاوداج على الاستغراق حيث بنى تعليله على قيام الاكثر مقام الكل فحينئذ يثبت قطع الحلقوم بتناول اللفظ لا باقتضائه انتهى اقول ليس هذا البحث لان ما يجيء من كلام المصنف في تعليل قول ابي حنيفة وان اقتضى حمل الاوداج على الاستغراق الا انه لا يقتضي ان يكون الاستغراق من جهة واحدة كدلالة اللفظ عليه عبارة بل يجوز ان يتحقق الاستغراق من جهة واحدة كدلالة اللفظ على قطع الثلثة عبارة وعلى قطع الرابع ايضا اقتضاء كما ذكره ههنا اذ لا شك انه يحصل من المجموع استغراق العروق الاربعة كلها وان كان من جهتي الدلالة اعني العبارة والاقتضاء فلا تدافع بين كلامي المصنف كما توهم قوله ويخرج الدم بقطع احد الودجين فيكتفى به تحرز عن زيادة التعذيب اقول لقائل ان يقول لو كان في قطع الودجين معاً زيادة التعذيب وكان في الاكتفاء بقطع احدهما تحرز عنها لما كان قطع العروق الاربعة جميعا في الزكوة اولى عند ابي حنيفة ايضا بل ينبغي ان يكون الاكتفاء بقطع احد الودجين اولى فان تعذيب الحيوان بلا فائدة مما يجب الاحتراز عنه على ما يقرر في كثير من قواعد الفقه مع انه صرح في الشروح وغيرها بان قطع الجميع اولى عند ابي حنيفة ايضا فتامل قال في العناية لا يقال الاوداج جمع دخل عليه الالف واللام وليس ثمة معهود فينصرف الى الواحد كما في قوله تعالى لا يحل لك النساء من بعد لان ما تحته ليس افراده حقيقة والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك انتهى واورد عليه بعض الفضلاء

وقال الشافعي رحمه الله يحل عليه السلام كل ما انهر الدم وافرى الاوداج لما روينا الظفر والسن فانها مدى الحبشة ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما اذا ذبح بغير المذبوح ولنا قوله عليه السلام انهر الدم بما شئت ويروى افر الاوداج بما شئت فمار واه محمول على غير المنزوع وان الحبشة كانوا يفعلون ذلك لانه آلة جارحة فيحصل به مأمور المقصود وهو اخراج الدم وما روياه محمول على غير المنزوع لانه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنقة وانما يكره لان فيه استعمال جزء الحيوان وفيه اعسار على الحيوان فامر فيه بالاحسان قال وعن الذبح بالليطة والمروة وكل شئ انهر الدم الا السن القائم والظفر القائم فان المذبوح بهما ميتة لما بينا ونقرحمه في الجامع الصغير على انها ميتة لانه وجد فيه نصا وملء عينه فيها عتاط في ذلك فيقول في الحل لا يأس به وفي الحرمة يقول يكره اولم يزل يكره قال ويستحب ان يحد الذابح شفرته لقوله عليه السلام ان الله كتب الاحسان على كل شئ فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته ويكره ان يضجعها تم يحد شفرته لما روي عن النبي عليه السلام انه راى رجلا اضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد اردت ان تميتها موتات هلا حددتها قبل ان تضجعها قال ومن بلغ بالسكين النخاع او قطع الرأس كره له ذلك ويؤكل ذبيحته وفي بعض النسخ قطع مكان بلغ والقياس عرق ابيض في عظم الرقبة اما الكراهة فلما روي عن النبي عليه السلام انه نهى ان تخنع الشاة اذا ذبحت بنفسه لما ذكرناه وقيل معناه ان يعالج رأسه حتى يظهر مذبحه وقيل ان يكسر عنقه قبل ان يسكن من الاضطراب وفي كل ذلك مكروه وهذا لان في جميع ذلك زيادة ألم وفي قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهي منهي عنه الى اصل ان ما فيه زيادة ايلام لا يحتاج اليه في الذكاة مكروه ويكره ان يحز ما بين ذبحه رجل الى الذبح وان تخنع الشاة قبل ان تبرد يعني تسكن من الاضطراب بعد لا لم فلا يكره النحع والتخ الا ان الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الالم قبل الذبح او بعده فلا يرتفع التحريم فلهذا قال توكل ذبيحته قال وان حز الشاة من قفاها وبقيت حية حتى قطع العرق حل لتحقق الموت بما فوق ذكاة ويكره لان فيه زيادة الالم من غير حاجة ثم قطع الاوداج ان ماتت قبل قطع العرق تم توكل لوجود الموت بالسبب وان ماتت بعد قطع العرق لم تؤكل لانها ماتت بسبب مختلف فيه والاحتياط في الحرمة قال وما استند من الصيد فذكاته الذبح وما تعذر من النعم فذكاته العقر لان ذكاة الاختيار انما تباح اليه عند العجز عن ذكاة الاضطرار والعجز متحقق في الوجهين الا ان في الاول وجد سبب الحل وهو الذبح وفي الثاني لم يوجد فلهذا يحل الاول بلا ذكاة ولا يحل الثاني الا بذكاة الاضطرار لما بينا وقال مالك لا يحل الا بذكاة الاختيار لما روينا ولنا قوله عليه السلام ذكاة الجنين ذكاة امه وهو قول الشافعي رحمه الله لما روينا ولان الجنين يتغذى بغذاء امه فيتذكى بذكاتها كما يتغذى بغذائها ويتنفس بتنفسها ولكن لا يحكم بحياته حتى يخرج اكثره لان الاكثر يقام مقام الكل في الاحكام قال ويستحب ان يسمي الله تعالى عند كل ذبيحة لقوله تعالى فكلوا مما ذكر اسم الله عليه وان ترك التسمية عامدا لم تؤكل لقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وان تركها ناسيا او عامدا وهو يرى انها تؤكل لم تؤكل لان التسمية عند الذبح شرط عندنا وعند الشافعي رحمه الله هي سنة لان الذبح عنده قربة والقربة لا تتأدى بدون النية والنية فعل القلب واللسان ترجمان القلب فيكتفي بأحدهما وعندنا هي من جملة الشرائط لان الذبح عندنا اراقة الدم وهو ليس بقربة بل هو عادة ولهذا يقع على الوجه الذي يقع عليه وعلى الوجه الذي يقع عليه فلا بد من التعيين بالنية ليقع على الوجه الذي يقع به القربة ولان التسمية عند الذبح لو كانت شرطا لكانت شرطا في حالة واحدة وهي حالة الذكر لان الشرط ما يتكرر بتكرر الحكم والحكم يتكرر بتكرر الذكر والنسيان عذر بالاجماع فلا يتكرر الشرط بتكرره بخلاف الصلاة لان الذكر فيها ركن وهو القيام والقراءة والركوع والسجود والنسيان لا يؤثر في تكرر الركن ولان التسمية

الذبح التوسل الى الاكل وقدم الذبح لان وسيلة الشئ تقدم عليه فى الذكر **قوله** وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما يعنى ان السباع الطيور والبهائم لاكل ماله مخلب او ناب قال صاحب غاية البيان وكذا اقر شيخ الاسلام خواهرزاده فى شرح المبسوط ثم قال ولنا فى هذا التقرير نظر لان الثقات من المحدثين رووا الحديث باجمعهم بتقديم كل ذى ناب من السباع على كل ذى مخلب من الطيور فلا تمشى هذا التقرير وصحت تلك الرواية فيمنع انصراف قوله من السباع الى النوعين جميعا لان قوله وكل ذى ناب اولى بالانصراف اليه لكونه اقرب انتهى اقول ان قوله لان قوله وكل ذى ناب اولى بالانصراف اليه لكونه اقرب ليس بتام لان كونه اقرب انما يقتضى اولوية انصرافه اليه من انصرافه الى النوع الاول وحده ولا يقتضى اولوية انصرافه اليه من انصرافه الى النوعين اليهما معا وعلى الشيخين انصرافه اليهما معا فلا يقدح فيه ما ذكره والوجه ان يقال بين النوع الاول بقوله من الطيور وهو يابى ان يكون البيان المذكور فى ذيل النوع الثانى وهو قوله من السباع مصروفا الى النوعين جميعا اذ المتبادر ان يكون كل من البيانين قيدا لما قرن به من احد النوعين مذكورا بازاء الآخر فكيف يبنى الحكم الشرعى على ما هو خلاف المتبادر من الكلام فتدبر **قوله** والسبع كل مخطف منتهب جارح قاتل عادة عادة قال الشراح الفرق بين الاختطاف والانتهاب ان الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل السباع البهائم انتهى اقول فعلى هذا كان ينبغى للمصنف ان يقول والسبع كل مختطف او منتهب الى آخر ما ذكره لان قوله والسبع كل مختطف منتهب يشعر باجتماع الاختطاف والانتهاب فى كل سبع وذا لا يتصور على الفرق المذكور كما لا يخفى **قوله** وكرهوا اكل الرخم والبغاث لانهما يأكلان الجيف الرخم جمع رخمة وهى طائر ابقع يشبه النسر فى الخلقة يقال له الانوق كذا فى الصحاح والبغاث طائر الغث الى الغبرة دون الرخمة يطى الطيران كذا فى الصحاح ايضا مغربا الى ابن السكيت وقال فى القاموس البغاث مثلثة الاول طائر اغبر انتهى قال جمهور الشراح ههنا البغاث ما لا يصيد من صغار الصيد وضعافه وقال بعض منهم بعد ذلك كالعصافير ونحوها اقول هذا التفسير منهم لا يناسب ما فى الكتاب اما اولا فلانه يتناول ما يؤكل لحمه ايضا كالعصافير فانها مما يؤكل لحمه بلا خلاف كما صرح به فى اوائل كتاب الصيد والذبائح من فتاوى قاضيخان واما ثانيا فلان كثيرا مما لا يصيد من صغار الطير وضعافه لا ياكل الجيف بل ياكل الحب كما لا يخفى فلو كان المراد بالبغاث المذكور فى الكتاب ما فسروه به لزم ان لا يتم قول المصنف لانها ياكلان الجيف نعم وقع فى بعض كتب اللغة تفسير البغاث بما فسره الشراح به ههنا فانه قال فى ديوان الادب البغاث ما لا يصيد من الطير وقال فى المغرب البغاث ما لا يصيد من صغار الطير كالعصافير ونحوها وقال فى الصحاح قال الفراء البغاث الطير شرارها وما لا يصيد منها انتهى الآن شيئا من ذلك لا يصلح ان يجعل تفسيرا لما فى الكتاب لما ذكرنا من الوجهين وانما التفسير المناسب لما فى الكتاب ما قدمناه مما ذكر فى الصحاح اولا مغربا الى ابن السكيت وما ذكره فى القاموس ايضا تبصر ترشد **قوله** وانما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها قال صاحب معراج الدراية اى لان الضب من الحشرات فاذا رتب الحكم على الجنس ينسحب على جميع افراده كما اذا قال طبيب المريض لا تاكل اللحم البتة يتناول نهيه كل افراده انتهى واقتفى اثره العينى اقول ليس ذاك بسديد لان الاستدلال على كراهة الحشرات كلها بكراهة الضب لكونه من تلك الحشرات انما هو من قبيل ان يرتب الحكم على فرد من افراد الجنس فينسحب ذلك الحكم على سائر افراد ذاك الجنس ايضا لا من قبيل ان يرتب الحكم

والتحريم لتعارض الادلة ثم كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه الاول اصح لما بنا فقد قيل لا بأس لانه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد **قال** ولا بأس بأكل الارنب لان النبي عليه السلام اكل منها حين اهدى اليه مشويا وامر اصحابه رضي الله عنهم بالاكل منه ولانه ليس من السباع ولا من اكلة الخبث فاشبه الظبي **قال** واذا ذبح ما يؤكل لحمه صار جلده وشعره كالاذكى من المذكور فان الذكاة لا تعمل فيهما الا الادمي لحرمته وكرامته والخنزير لنجاسته كما في الدباغ وقال الشافعي الذكاة تؤثر في جميع ذلك لانه يؤثر في اباحة اللحم اصلا وفي طهارته وطهارة الجلد تبعا لانه بمنزلة الاصل بمباشرة الذكاة المحل ولنا ان الذكاة مؤثرة في ازالة الرطوبات والدماء السيالة وهي النجسة دون ذات الجلد واللحم فاذا زالت طهر الجلد واللحم الا ان الدباغ وهذا الحكم مفصل في الجلد كما ذكرنا اول كتاب الطهارة وذلك لان اللحم لا يطهر بطهر شعره حتى لو قعر في ماء القليل لا يفسده خلافا له وعمل الجزء لا يجزئ الا انتفاع به في غير الاكل لان الاكل لا يجزئ اعتبارا بالاكل وقيل يجزئ كالزيت اذا خالطه ودك الميتة والزيت نجس لا يؤكل وينتفع به في غير الاكل **قال** ولا بأس بأكل من حيوان الماء الا السمك وقال مالك رحمه الله هو حرام لقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما سمي السمك خبيثا ونهى رسول الله عليه السلام عن وضوء تخمر فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلا محمول على الاصطياد وهو مباح قبل الاصطياد وبعده والميتة المذكورة فيما روى محمولة على السمك وهو حلال مستثنى من حرمة الميتة بقوله عليه السلام احلت لنا ميتتان والدمان اما الميتتان فالسمك والجراد واما الدمان فالكبد والطحال **قال** ويكره اكل الطافي منه وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا بأس لاطلاق ما روينا ولان ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث فلنا ما روى جابر رضي الله عنه عن النبي عليه السلام انه قال ما ضرب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفا فلا تأكلوا وعن جماعة من الصحابة مثل ما هنا وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون من قبيل ما اضيف الى المحل بما يحل فيه من غير آفة **قال** ولا بأس بأكل الجريث والمارماهي وانواع السمك والجراد بلا ذكاة وقال مالك رحمه الله لا يحل الجراد الا ان يقطع رأسه او يشوى لانه صيد البر فلا يحل الا بالذكاة كالظبي ولنا ما روينا وسئل علي رضي الله عنه عن الجراد يأخذه الرجل من الارض وفي الميت وغيره فقال كله كله وهذا عام في الصحاري والبيوت وان مات حتف انفه بخلاف السمك اذا مات من غير آفة لانا خصصناه بالنص الوارد في الطافي ثم الاصل في السمك عندنا انه اذا مات بآفة يحل كالمأخوذ واذا مات حتف انفه من غير آفة لا يحل كالطافي وتمسك عليه فروع كثيرة بينا ها في كفاية المنتهى وعند الشافعي يقف المبزر عليها منها اذا قطع بعضها فمات يحل اكل المبان دون ما بقي لان موته بآفة وما بان من الحي ان كان ميتا فميتته حلال وفي الماء بالجر البحر ترابيتان والله اعلم بالصواب

كتاب الاضحية

على الجنس فينسحب ذلك الحكم على جميع افراد ذاك الجنس كما توهم ذانك الشارحان فالظاهر ان مراد المصنف بهوانه انما كره الحشرات كلها لان الضب منها وقد ورد في الكتاب اكله نص فيستدل بكراهته اكله على كراهة اكل سائر الحشرات ايضا بطريق القياس لاشتراكها كلها في علة الكراهة ثم اقول بيت شعري لم وقع الحص في هذا المضيق وكيف تشبث في اثبات كراهة اكل الحشرات كلها بقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث والظاهر ان الحشرات كلها من الخبائث والا لاستدل بتحريم الاستدلال بكراهة الضب على كراهة الحشرات كلها كما ذهب اليه **قوله** ثم قيل الكراهة عندهما كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول اصح قال صاحب العناية في تعليل كون الاول اصح لانه روي ان ابا يوسف سأل اباحنيفة رحمه الله اذا قال في شيء اكره فما رأيك فيه قال التحريم انتهى اقول فيه نظر لان هذا انما يدل على كون الاول اصح ان لو كان المروي عن ابي حنيفة رحمه الله في هاتيك المسئلة منحصرا في لفظ اكره فكان بعضهم حمله على التحريم وبعضهم حمله على التنزيه وليس كذلك بل المروي عنه فيها لفظان احدهما لا يحبه كما ذكره الخصاف والثاني اكرهه كما ذكره الطحاوي فمن قال بكراهة التنزيه فمبناه اكرهه ومن قال بكراهة التحريم فمبنى اختلاف الفريقين لاختلاف اللفظين المرويين عنه كما صرح به الشراح قاطبة حتى الشارح المزبور نفسه ايضا حيث قال متصلا لتعليله المذكور وهي اختلاف المشائخ في قول ابي حنيفة على اختلاف اللفظ المروي عنه فانه روي عنه وحش بعض الفضلاء في لحم الخيل فاما انا فلا يعجبني اكله وهذا يلوح الى التنزيه وروي عنه انه قال اكرهه وهو يدل على التحريم على ما روينا عن ابي يوسف تأمل **قوله** لهم قوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير فصل اقول الظاهر ان ضمير لهم راجع الى جميع من خالفنا في هذه المسألة على التفصيل المار اذ لم يذكر فيما بعد سوى دليل الشافعي مع ان التمسك بهذه الآية على الوجه المذكور لا يتمشى على قول من قال منهم باستثناء التنزيه والكلب والانسان كما مر ذلك ايضا اذ على ذلك القول يلزم الفصل كما لا يخفى فتأمل **قوله** والآية الجر موصوفة بالحل للحديث اقول لا يذهب على الفطن ان هذا القدر من الاستدلال لا يفيد مدعى ذلك والشافعي بدون المصير الى اطلاق ذلك الحديث ايضا للسمك الطافي وعند ذلك لا يظهر وجه جعله دليلا مستقلا كما هو مقتضى كلام المصنف بل ينبغي ان يقال لاطلاق ما روينا واطلاق حديث حل ميتة البحر

كتاب الاضحية

اورد الاضحية عقيب الذبائح لان الاضحية ذبيحة خاصة والخاص بعد العام كذا قالوا اقول فيه مناقشة وهي انهم ان ارادوا ان الخاص يكون بعد العام في الموجود فهو ممنوع اذ قد تقرر عند المحققين انه لا وجود للعام الا في ضمن الخاص وان ارادوا ان الخاص يكون بعد العام في التعقل فهو انما يكون اذا كان العام ذاتيا للخاص وكان الخاص معقولا بالكلية كما عرف ولكون الامر كذلك فيما نحن فيه ممنوع ويمكن ان يقال تمييز الذاتي من العرضي انما يتيسر في الحقائق النفس الامرية واما في الامور الوضعية والاعتبارية كما فيما نحن فيه فكل ما اعتبر داخلا في مفهوم شيء يصير ذاتيا لذلك الشيء ويكون تصور ذلك الشيء بالامور الداخلة في مفهومه تصورا له بالكنه ولا شك ان معنى الذبح داخل في معنى الاضحية لغة وشريعة فيتوقف تعقلها على تعقل معنى الذبح فيتم التقريب على اختيار الشق الثاني تأمل تقف ثم ان بيان معنى الاضحية لغة وشريعة قد اختلفت فيه عبارات الشراح فقال صاحب النهاية الاضحية اسم شاة ونحوها يذبح في وقت الاضحى انتهى اقول فيه نوع مخالفة لما ذكر في مشاهير كتب اللغة من التفكيك

قال الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحى عن نفسه وعن ولده الصغار اما الوجوب
فقول ابي حنيفة ومحمد وزفر والحسن واحدى الروايتين عن ابي يوسف رحمهم الله

والصحاح وغيرها فان المذكور فيها ان الاضحية شاة تذبح يوم الاضحى ولم يذكر في واحد منها عموم الاضحية لشئ من غير الشاة كما يشعر به لفظ نحوها
في عبارة صاحب النهاية وقال صاحب العناية ومعراج الدراية الاضحية في اللغة اسم ما يذبح في يوم الاضحى انتهى اقول فيه سماحة ظاهرة فانه
يتناول كل ما يذبح في يوم الاضحى من مثل الدجاجة والحمامة ونحوهما مما لا يطلق عليه لفظ الاضحية لا بحسب الشرع ولا بحسب اللغة وقال صاحب الكافي
والكفاية هي ما يضحى بها اى يذبح انتهى اقول فيه خلل بين فانه يتناول كل ما يذبح في يوم الاضحى وغيره وانما هذا معنى الذبيحة مطلقا ولا شك ان
الاضحية اخص منها ثم قال صاحب النهاية واما شرعا فالاضحية اسم لحيوان مخصوص وهو الابل والبقر والضان والمعز بسن مخصوص وهو الثني
فصاعدا من هذه الانواع الاربعة والجذع من الضان يذبح بنية القربة في يوم مخصوص وهو يوم الاضحى عند وجود شرائطها وسببها انتهى وقال
صاحب العناية وفي الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص وهو يوم الاضحى انتهى اقول يرد على ظاهره ان الاضحية في الشريعة
عبارة عما يذبح من حيوان مخصوص في وقت مخصوص لا عن ذبح ذلك الحيوان في ذاك الوقت فان هذا معنى التضحية لا معنى الاضحية وقد لوح
اليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال هي في الشريعة ما يذبح في يوم الاضحى بنية القربة وقال فيما نقل عنه ومن قال عبارة عن ذبح حيوان
مخصوص في وقت مخصوص فلم يفرق بين الاضحية والتضحية انتهى ثم اقول يمكن ان يجاب عنه بحمل الكلام على المسامحة بناء على ظهور المرام فيكون المراد بذبح
حيوان مخصوص هو الحيوان المذبوح نفسه وهذا كما قيل في تعريف العلم بحصول صورة الشئ في العقل ان المراد منه هو الصورة الحاصلة في
العقل على المسامحة كما حققه الشريف الجرجاني في عدة مواضع من تصانيفه ولعن بعض الفضلاء في التعريف الذي ذكره صاحب العناية بوجه آخر
حيث قال اعلم انه لا بد للتعريف من وجه آخر وهو ان يقول بسن مخصوص لئلا ينتقض التعريف انتهى اقول يمكن ان يجاب عنه ايضا بان قوله
حيوان مخصوص يغني عن ذلك القيد الآخر فان المراد بالمخصوص ما يعم المخصوص النوعي وهو الانواع الاربعة الابل والبقر والضان والمعز المخصوص
السني ايضا وهو الثني فصاعدا من الانواع الاربعة المذكورة والجذع من الضان وحده فلا ينتقض التعريف بشئ نعم لو فصله كما وقع في النهاية
وغيرها لكان اظهر لكنه سلك مسلك الاجمال اعتمادا على ظهور تفصيل ذلك في تضاعيف المسائل الآتية ثم قال صاحب النهاية واما شرائطها
فنوعان شرائط الوجوب وشرائط الاداء اما شرائط الوجوب فاليسار الذي يتعلق به وجوب صدقة الفطر والاسلام والوقت وهو ايام النحر حتى
لو ولدت المرأة ولدا بعد ايام النحر لا تجب الاضحية لاجله ثم قال واما شرائط الاداء فالوقت ولو ذهب الوقت يسقط الاضحية الا ان في حق المقيمين
بالامصار يشترط شرط آخر وهو ان يكون بعد صلوة العيد ثم قال واما سببها فهو المبهم في هذا الكتاب فان سبب وجوب الاضحية وصف العبد
فيها بانها ممكنة او ميسرة لم يذكر في اصول الفقه ولا في فروعه اما الاول فاقول وبالله التوفيق ان سبب وجوب الاضحية الوقت وهو ايام النحر
واليسر شرط الوجوب وانما قلنا ذلك لان السبب انما يعرف بنسبة الحكم وتعلقه به اذ الاصل في اضافة الشئ الى الشئ ان يكون حادثا به سببا
وكذا اذا لازمه فتكرر بتكرره كما عرف ثم ههنا تكرر وجوب الاضحية بتكرر الوقت ظاهر وكذلك الاضافة فانه يقال يوم الاضحى كما يقال يوم
الجمعة ويوم العيد وان كان الاصل هو اضافة الحكم الى سببه كما في صلوة الظهر ولكن قد يضاف السبب الى حكمه كما في يوم الجمعة ومثل هذه

وعنه انها سنة ذكره في اشارات وهو قول الشافعي ﷺ وذكر الطحاوي ﷺ ان على قول ابي حنيفة ﷺ واجبة وعلى قول ابي يوسف ومحمد سنة مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشائخ لاختلاف وجه السنة قوله عليه السلام من اراد ان يضحي منكم فلا ياخذن من شعره واظفاره شيئا والتعليق بالارادة ينافي الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر لانهما لا يختلفان في الوظائف المالية كالزكوة وصار كالعشر

الاضافة في الاضحية لم توجد في حق المال الا يرى انه لا يقال اضحية المال ولا مال الاضحية فلا يكون المال سببها انتهى اقول فيه نظر لان الوقت لما كان شرط وجوب الاضحية كما صرح به لم يبق مجال ان يكون سببا لوجوبها لان الشيء الواحد لا يصح ان يكون شرطا وسببا لشيء واحد آخر اذ قد تقرر في علم الاصول ان الشرط والسبب قسمان قد اعتبر في احدهما ما ينافي الآخر فانه قد اعتبر في السبب ان يكون موصلا الى المسبب في الجملة وفي الشرط ان لا يكون موصلا الى المشروط اصلا بل كان وجود المشروط متوقعا عليه ومن الممتنع ان يكون شيء واحد موصلا الى شيء واحد آخر وان لا يكون موصلا اليه في حالة واحدة لاقتضائه اجتماع النقيضين وعن هذا قالوا في الصلوة ان الوقت سبب لوجوبها وشرط لاداءها فلم يلزم ان يكون سببا وشرطا بالنسبة الى شيء واحد قوله الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحى قال في العناية اخذا من النهاية وهي واجبة بالقدرة الممكنة بدليل ان الموسر اذا اشترى شاة للاضحية في اول يوم النحر ولم يضح حتى مضت ايام النحر ثم افتقر كان عليه ان يتصدق بعينها او بقيمتها ولا تسقط عنه الاضحية فلو كانت القدرة بالميسرة لكان دوامها شرطا كما في الزكوة والعشر والخراج حيث يسقط بهلاك النصاب والخارج وصار كالمارزع آفة لا يقال ادنى ما يمكن به المرء من اقامتها تملك قيمة الاضحية ولم يجب الا بملك النصاب فدل ان وجوبها بالقدرة الميسرة لان اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كما في صدقة الفطر وهذا لانها وظيفة مالية نظرا الى شرطها وهو الحرية فيشترط فيه الغنى كما في صدقة الفطر لا يقال لو كان كذلك لوجب التمليك وليس كذلك لان القرب المالية قد تحصل بالاتلاف كالاعتاق والتضحي ان تصدق باللحم فقد حصل النوعان اعني التمليك والاتلاف باراقة الدم وان لم يتصدق حصل الاخير الى هنا لفظ العناية واعترض بعض الفضلاء على قوله بدليل ان الموسر اذا اشترى شاة الاضحية في اول يوم النحر ولم يضح حتى مضت ايام النحر الى آخره حيث قال فيه ان المشتري اذا كان فقيرا حين اشتراها ولم يضح حتى مضت الايام فكذا الحكم ففي دلالة ما ذكره على مطلوبه بحث اذ ليس في الفقير قدرة لا ممكنة ولا ميسرة فذلك لا اشتباه بنية الاضحية لا للقدرة عليها بل انتهى اقول ليس هذا الشيء اذ لا نزاع لاحد في ان علة وجوب الاضحية على الموسر هي القدرة على النصاب وانما الكلام هنا في ان القدرة التي تجب بها الاضحية على الموسر هل هي القدرة الممكنة ام القدرة الميسرة فاستدل صاحب النهاية على انها هي القدرة الممكنة بمسئلة ذكرت في فتاوى قاضيخان وهي ان الموسر اذا اشترى شاة الاضحية في اول ايام النحر فلم يضح حتى مضت ايام النحر ثم افتقر كان عليه ان يتصدق بعينها او بقيمتها ولا تسقط عنه الاضحية واقتفى اثره صاحب العناية ولا شك في استقامة هذا الاستدلال اذ لو كان وجوبها بالقدرة الميسرة لكان دوامها شرطا على ما تقرر في علم الاصول ولا يضره اشتراك المعسر مع الموسر في حكم تلك المسئلة وهو وجوب التصدق بعينها او بقيمتها لان علة الوجوب في المعسر هي الاشتراء بنية الاضحية كما صرحوا به لا القدرة وعلته في الموسر هي القدرة لا الاشتراء بنية الاضحية كما صرحوا به ايضا فبعد ان تقرر ان علته في الموسر هي القدرة لا غير يكون تلك المسئلة دليلا واضحا على تعيين ان المراد بتلك القدرة هي الممكنة لا الميسرة على ان اشتراك المعسر مع الموسر في حكم تلك المسئلة ممنوع اذ الواجب في صورة ان كان المشتري معسرا هو التصدق بعينها حتما لا غير بخلاف ان كان موسرا كما يجيء في الكتاب مفصلا وقال ذلك البعض ثم ظاهر قول المصنف ويفوت بمضي الوقت يدل على ان وجوبها

وجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولانها قربة تضاف اليها
وقتها يقال يوم الاضحى وذلك يوذن بالوجوب بلان الاضافة للاختصاص وهو بالوجود والوجوب هو المفضى الى الوجود ظاهرا بالنظر
الى الجنس غير ان الاداء يختص باسباب يشق على المسافر استحضارها ويفوت بعض الوقت فلا تجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد بالارادة فيما روى
والله اعلم ما هو ضد السهو لا التخيير والعتيرة منسوخة وهي شاة تقام في رجب على ما قيل انما اختص الوجوب بالحرية لانها وظيفة مالية لا تتادى
الا بالملك والمالك هو الحر بالاسلام لكونها قربة وبالاقامة لما بينا واليسار لما روينا من اشتراط السعة ومقدارة ما يجب به صدقة الفطر وقد مر بعضه

ليس بالقدرة الممكنة والا لم يسقط وكان عليه ان يضحي وان لم يشتر شاة في يوم النحر انتهى اقول وليس هذا ايضا بشئ لان مراد المصنف هناك
فوات اداء الاضحية بمضي الوقت لا سقوطها بالكلية في حق المقيم ايضا فان الاداء هو تسليم عين الثابت بالامر تفوت بمضي الوقت في الواجبات
الموقتة مطلقا لان الوقت شرط لاداءها على ما عرف في اصول الفقه واما القضاء وهو تسليم مثل الواجب بالامر فلا يسقط بمضي الوقت وانما
الفائت بفوت الوقت لا غير وهذا ايضا مما عرف في اصول الفقه وقد تقرر فيه ايضا ان القضاء قد يكون بمثل معقول كالصلوة للصلوة وقد يكون بمثل غير معقول كالصوم
وثواب النفقة والحج وعدوا الاضحية من القسم الثاني وقالوا ان اداءها في وقتها باراقة الدم وقضاءها بعد مضي وقتها بالتصدق بعينها او قيمتها
فقول ذلك البعض ثم ظاهر قول المصنف وبفوت بمضي الوقت يدل على ان وجوبها ليس بالقدرة الممكنة غير مسلم وقوله والا لم يسقط وكان عليه
ان يضحي وان لم يشتر شاة في يوم النحر ليس بصحيح اذ لم يقل احد بسقوط وجوبها حتى يصح قوله والا لم يسقط ولم يقل احد بصحة اداء الموقتات
بعد مضي وقتها حتى يصح قوله وكان عليه ان يضحي وان لم يشتر شاة في يوم النحر فان التضحية اراقة الدم وهي انما تقبل في وقت الاداء لا بعده
وانما الذي يلزم بعده قضاءها وهو انما يكون بالتصدق بعينها او بقيمتها لا بغير ثم قال ذلك البعض وسيقول المصنف انها تشبه الزكوة من
حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي ايام النحر كالزكوة تسقط بهلاك النصاب بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع
الفجر من يوم الفطر انتهى وهذا كالصريح في ان المعتبر فيها هو القدرة الميسرة الى هنا كلامه اقول وهذا ايضا ساقط جدا لان الاضحية انما تسقط
بهلاك المال قبل مضي ايام النحر لا بهلاكه بعد مضيها حتى لو افتقر بعد مضيها كان عليه ان يتصدق بعينها او بقيمتها كما مر بيانه ووجه ذلك ما تقرر
في علم الاصول من ان وجوب الاداء في الموقتات التي يفضل الوقت عن اداءها كالصلوة ونحوها انما يثبت آخر الوقت اذ هنا يتوجه الخطاب
حقيقة لانه في ذاك الآن يأثم بالترك لا قبله حتى اذا مات في الوقت لا شئ عليه والاضحية من هاتيك الموقتات فتسقط بهلاك المال قبل مضي
وقتها ولا تسقط بهلاكه بعد مضي وقتها لتقرر سبب وجوب اداءها اذ ذاك بل يلزم قضاءها بالتصدق بعينها او بقيمتها بخلاف الزكوة فانها من الموقتات
المطلقة دون الموقتة كما نص عليه في علم الاصول فتسقط بهلاك النصاب مطلقا اي في اي وقت كان باعتبار القدرة الميسرة فيها ومن شرط
تلك القدرة بقاءها بالبقاء الواجب لما يتقلب الى العسر كما عرف في اصول الفقه فلو كان المعتبر في الاضحية ايضا هو القدرة الميسرة لزم ان
تسقط الاضحية اداء وقضاء بهلاك المال بعد ايام النحر ايضا لكون دوام القدرة الميسرة شرطا لا محالة ومراد المصنف بقوله المزبور بيان مشابهة
الاضحية بالزكوة في مجرد سقوطها بهلاك المال في بعض الاحوال لا في السقوط بهلاكه في كل حال ومن البين فيه قوله من حيث انها تسقط بهلاك
المال قبل مضي ايام النحر كالزكوة بهلاك النصاب حيث قيد بهلاك المال بكونه قبل مضي ايام النحر في سقوط الاضحية واطلق هلاك النصاب في سقوط
الزكوة والعجب ان هذا الفرق مع وضوحه كيف خفي على ذلك البعض حتى جعل كلام المصنف كالصريح في خلافه قوله ووجه الوجوب قوله عليه السلام
من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب اعترض عليه بقوله صلى الله عليه وسلم من ترك سنتي لم تنله
شفاعتي واجيب بانه محمول على الترك اعتقادا او انه ترك اصلا فان ترك السنة اصلا حرام قد يجب المقاتلة به لان فيه ترك الاذان ولا مقاتلة في

والوقت وهو يوم الاضحى لانها تختصه بوسنين مقدرة انشاء الله تعالى ويجزئ عن نفسه لانه اصل في الوجوب عليه على ما يأتي وعن قبل الصغير لانه في معنى نفسه فيكفي به كما في صدقة الفطر وهذا رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله وروي عنه انه يجزئ عن ولده وهو ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر لان السبب ثمة رأس تمونه وليس على وهو ما موجود في الصغير وصدقة فرضة مختصة والاصل في القربة ان تجب على القريب لغيره لهذا لا تجب عن عبده وان كان يجب عليه صدقة الفطر فان كان للصغير مال يضحى عنه ابو حنيفة ومحمد من ماله عند ابي يوسف رحمهما الله وقال محمد في ظرفي الشافعي رحمهم الله يضحي من مال نفسه من مال الصغير فالخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر وقيل لا يجوز التضحية من مال الصغير في قولهم لان القربة تتأدى بالاراقة والصدقة تتعداها لطوع فلا يجوز فعلها من مال الصغير وكذلك لا يجوز ان يتصدق من ماله بأكل منها ويطعم الغني ويدخر ما امكنه ويبيع ما يبقى بأن ينتفع بعينه قال ويذبح عن كل واحد منهم شاة او يذبح بقرة او بدنة عن سبعة والقياس ان لا يجزئ الا عن واحد كما لا يجزئ الا واحد وهي القربة وهو الاثر وهو ما روي عن جابر رضي الله عنه انه قال اقمنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة وكذا في الشاة فيقع على اصل القياس عن سبعة وستة او ثلثة لكنه ترك لمحل هو القربة وهي لا تتجزأ والاصل انه لما جاز عن سبعة جاز عن واحد وهم دون ذلك وهو معنى قوله بخلاف القياس فيما لا نص فيه وكذا اذا كان بعضهم يريد اللحم وصف القربة في البعض وسنبينه انشاء الله تعالى قال مالك رحمه الله تعالى لا يجزئ عن اهل بيت واحد واكثر من سبعة لان الاكثر من سبعة لا يتوزعون عن اهل بيت قلنا الاقل منها القوله عليه السلام على كل اهل بيت في كل عام اضحية وعتيرة قلنا المراد منه والله اعلم على اهل البيت كان اليسار لا يزيد ما يراه على سبعة وكان الاكثر منهم يعجزون عن ذلك وعلى هذا يخرج ما روي عن ابي ايوب الانصاري رضي الله عنه انه كان يضحي عن اهل بيته بشاة واحدة فاكلوا وادخروا حتى مضت سنون فقسم بعد ذلك شاة بين اثنين فقال ما كنا نصنع هذا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ان يكون شيء فنحن في الاضحية كما كنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين فقط لا تجزئ عن واحد منهما لان نصف السبع لا يتجزأ وانما جاز عن الشركة فقسمة اللحم بالوزن لا تتصور الا في الاشاعة ولو اقتسموا جزافا لا يجوز الا اذا كان معه شيء من الاكارع والجلد اعتبارا بالبيع وذكر في بقرة يريد ان يضحي بها عن نفسه ثم اشترك فيها استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله لانه عد بها للقربة فيتعين عن ذلك كما لو نذر بها وجه الاستحسان انه قد يحدث بقرة سمينة يشتريها لا يظفر بالشركاء وقت البيع وانما يظفر بهم بعده فكانت حاجة البه ماسة فجوز له الرجوع دفعا للحرج وقد ذكرنا ان الشراء للتضحية يتعين بالنية بعد الامر ان يفعل ذلك قبل الشراء ليكون بعد على الخلاف وعن صورة الرجوع في القربة وعن حلية بقرة انه يكره كما تقدم بعد الشراء ما بيناه قال وليس على الفقير والمسافر اضحية لما بينا وابو بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان اذا كانا مسافرين وعن علي رضي الله عنه ليس على المسافر جمعة ولا اضحية

غير الحرام كذا في العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول ذاك التأويل محتمل فيما نحن فيه من الحديث ايضا بان يكون المراد بقوله عليه السلام ولم يضح هو ترك التضحية اعتقادا او تركها اصلا فلا يتم الاستدلال به على الوجوب كما لا يخفى ثم قال في العناية وعوض بقوله عليه السلام كتبت على الاضحية ولم تكتب عليكم وقوله عليه السلام ضحوا فانها سنة ابيكم ابراهيم وبان ابا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين مخافة ان يراها الناس واجبة واجيب عن الاول بان المكتوبة الفرض ونحن نقول بانها غير فرض وانما هي واجبة وعن الثاني بانه مشترك الالزام فان قوله ضحوا امر وهو للوجوب وقوله فانها سنة ابيكم اي طريقة فالسنة هي الطريقة المسلوكة في الدين وعن الثالث بانهما كانا لا يضحيان في حالة الاعسار مخافة ان يراها الناس واجبة على المعسرين انتهى اقول في تقريره الجواب عن الثاني خلل فان القول بانه مشترك الالزام ليس بصحيح لانه لما كان قوله ضحوا امرا وكان الامر للوجوب وجاز ان تحمل السنة في قوله فانها سنة ابيكم على الطريقة المسلوكة في الدين وهي تعم الواجب ايضا تعين جانبنا ولم نشترك في الالزام قط فالصواب في تقرير الجواب عن الثاني ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وقوله ضحوا دليلنا لانه امر فيفيد الوجوب وقوله فانها سنة ابيكم لا ينفي الوجوب لان السنة هي الطريقة في الدين واجبة كانت او غير واجبة انتهى واورد بعض الفضلاء على الجواب عن الاول حيث قال فيه بحث فانه روى الدارقطني باسناده عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ثلث كتبت علي وهن لكم تطوع الحديث انتهى اقول المقصود من الجواب المذكور دفع معارضة الخصم بقوله عليه السلام كتبت على الاضحية ولم يكتب عليكم ولا شك في اندفاع تلك المعارضة بالجواب المذكور وما ذكره ذلك البعض من رواية الدارقطني لا يقدح في تمام ذلك الجواب بالنظر الى ما هو المقصود منه وانما يكون ذلك معارضة اخرى لاصل المدعى ولعل جمهور الشراح انما لم يتعرضوا للجواب عنه اصالة لكونه ضعيفا غير صالح للمعارضة لما روينا لان الدارقطني اخرجه عن جابر الجعفي عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعا وجابر الجعفي ضعيف كما ذكره اهل الحديث وقال صاحب التنقيح وروي من طرق اخرى وهو ضعيف على كل حال انتهى قوله وبالوقت وهو يوم الاضحى لانها تختصه بها اقول هنا شائبة مصادرة لان قوله وبالوقت عطف على قوله بالحرية في قوله وانما اختص الوجوب بالحرية فيصير المعنى وانما اختص وجوب الاضحية بالوقت الذي هو يوم الاضحى لانها اي الاضحية تختصه اي بذلك الوقت فيؤول الى تعليل الاختصاص بالاختصاص كما ترى لا يقال المذكور في العلة اختصاص الاضحية نفسها بذلك الوقت والمعتبر في المدعى اختصاص وجوب الاضحية فالملازم هنا تعليل اختصاص وجوب الاضحية بذلك الوقت باختصاص نفس الاضحية به ولا مصادرة فيه لانا نقول لا معنى لاختصاص الاضحية بذلك الوقت سوى اختصاص وجوبها به اذ لا شك في امكان عمل التضحية في جميع الاوقات فلا بد ان يكون المراد بقوله لانها مختصة به فيلزم المحذور المذكور وكان صاحب الكافي تنبه لهذا حيث غير عبارة المصنف فيما قبل فقال بدل قوله وانما اختص الوجوب بالحرية الى آخره والتقدير بالحرية لانها قربة مالية مفتقرة الى الملك والحر هو المالك ثم قال والوقت لاختصاصها به فالملازم حينئذ تعليل التقييد بالوقت باختصاص الاضحية بذلك الوقت ولا مصادرة فيه فان قلت يجوز ان يكون مراد المص بقوله وانما اختص الوجوب بالحرية وانما اختصه القدوري في مختصره بالحرية على ان يكون كلمة اختص مبنيا للفاعل والوجوب مفعوله ويكون مراده هنا بقوله لانها مختصة بنفي الشرع فالملازم تعليل تخصيص القدوري

قال وقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر لاهل الامصار لا يجوز لاهل الامصار ان يضحوا حتى يصلي الامام العيد فمن اهل السواد فيجوز بعد الفجر كما صلى فيه قوله عليه السلام من ذبح قبل الصلوة ليعيد ذبيحة ومن ذبح بعد الصلوة فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين وقال عليه السلام اول نسكنا في هذا اليوم الصلوة ثم الاضحية غير ان هذا الشرط في حق اهل السواد ليس بمشترط دون اهل المصر لحمل النافي على المثبت حتى لو ترك صلوة عليه مصاره بناء حجة عليه ذلك والشافعي رحمه الله في احد قوليه بعد اسوة قبل الصلوة لهم لتحقق ذلك المكان الاضحية حتى لو كان في السواد والمصر في المصر تجوز لهم كما انشق الفجر ولكن على العكس لا يجوز الا بعد الصلوة وحيلة المصري ان يرسل اضحيته الى اهل السواد ليضحوا بها قبل الصلوة ليتحقق له الشرط كما لو ترك الرمي يوم النحر حتى غربت الشمس يرمي ليلا قبل مضي ايام التشريق لان الرمي يتقدر بهذا الوقت فيتقدر به الصرف ويكون الفعل ادا لا قضاء بخلاف سائر الجنايات لانها لا تتقدر بهذا الوقت بل بعد طلوع الفجر من يوم النحر ولو ضحى قبل ان يرجع من المصلى او بعد ما رجع الى منزله اجزاه لانها صلوة مستقلة حتى لو اكلوا قبل ان يرجعوا من المصلى لا يكره وقال الشافعي رحمه الله ايام الاضحية ثلاثة ايام يوم النحر ويومان بعده لقوله عليه السلام ايام التشريق كلها ايام نحر ولنا ما روي عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم انهم قالوا ايام الاضحية ثلاثة افضلها اولها وقد قال ابن عباس رضي الله عنه ان الرأي كان هذا عندنا لقوله عليه السلام ايام التشريق كلها ايام نحر ولكنا نأخذ بما روي عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم لانهم قالوا ايام النحر ثلاثة افضلها اولها وقد قال ابن عباس رضي الله عنه كان الرأي كما قلت الى ان تقادم بنا العهد فرجعنا الى اخبار من هو اعلم بالمتقين وهو اخذ بالمتيقن وهو ما قلنا لان ما قالوا فيه مسارعة الى اداء القربة وهو الاصل كالمعاجلة في حق الدين والميراث الا انه يكره حتى لا يتحامل الناس في ظلمة الليل وايام النحر ثلاثة ولا خلاف فيها والكل يجوز ليلا ونهارا الا ان اولها افضلها ثم الثاني ثم الثالث لان الفقراء يجتمعون في اول يوم فيكون التصدق فيه افضل من التصدق بثمن الاضحية لانها تفوت بمضي الوقت وتتأدى الصدقة بعد مضي الوقت ايضا فتنزلت منزلة الطواف والصلوة في حق الآفاقي لو لم يضح حتى مضت ايام النحر ان كان واجبا على نفسه او كان فقيرا او قال شتري الاضحية فضحي بها لزمه ان كان غنيا فتصدق بقيمة شاة اشتري او لم يشتر اراد ذبحها على الشيوع وجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عند ذلك واذا ذات الوقت يجب عليه التصدق باحراجه عن العهدة كالجمعة تقضي بعد فوات ظهرها او الصوم بعد العجز فصل ليلة

وجوب الاضحية بالوقت باختصاص الاضحية في الشرع بذلك الوقت والا مصادرة فيه قلت فحينئذ يصير معنى الكلام في هذا المقام بمنزلة للمنوطان المقصود بيان الاختصاص الشرعي وتعليل ذلك الاختصاص كما فعله باختصاصه بالحرية وبالاسلام وبالاقامة وبالايسار وعلى المعنى المذكور يلزم ان يكون السبب والمعلل ههنا مجرد تخصيص القدوري وجوبها بالوقت بدون ان يبين ويعلم اختصاصه الشرعي بذلك الوقت شيئا اصلا ولا يخفى ما فيه قوله ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا انه لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلي الامام العيد قال صاحب النهاية وبهذه العبارة يشير الى ما ذكره في المبسوط بقوله ومن ضحى قبل الصلوة في المصر لا يجزيه لعدم الشرط لا لعدم الوقت اقول ههنا اشكال لان الحدثين اللذين ذكرهما المصنف فيما بعد وجعلهما الاصل في هذه المسئلة وكذا سائر الاحاديث الواردة في بيان وقت جواز التضحية لا يدل شيء منها على دخول وقت الاضحية بطلوع الفجر من يوم النحر في حق اهل الامصار بل يدل ظاهر كل منها على ان اول وقتها في حق من عليه الصلوة بعد الصلوة فمن اين اخذ دخول وقتها بطلوع الفجر من يوم النحر في حق اهل الامصار ايضا على تقدير ان يتحقق الماخذ لذلك فالاشكال باق لانه اذا لم يتأد الاضحية بالذبح بعد طلوع الفجر من يوم النحر قبل الصلوة في حق اهل الامصار بل لم يكن اداء بل قبل الصلوة في حكم العدم تحقق الشرط فما معنى جعل ذلك الشرط الذي قبل الصلوة من يوم النحر وقتا للاضحية في حق اهل الامصار ايضا وما ثمرة ذلك والظاهر ان ثمرة كون وقت ما وقت الواجب صحة اداء ذلك الواجب في ذلك الوقت ولذا افضل من الاداء فيه فتامل ثم ان صاحب الوقاية قال في تحرير هذه المسئلة واول وقتها بعد الصلوة ان ذبح في مصر وبعد طلوع فجر يوم النحر ان ذبح في غيره وآخره تعيين غروب اليوم الثالث انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال في متنه واول وقتها بعد طلوع فجر يوم النحر وآخره قبل غروب اليوم الثالث وشرط تقديم الصلوة عليها ان ذبح في مصر وان ذبح في غيره لا وقال فيما نقل عنه في الحاشية هذا من المواضع التي اخطأ فيها تاج الشريعة حيث زعم ان اول وقتها يختلف بحسب مكان الفعل ولم يتنبه له تاج الشريعة انتهى كلامه اقول لا خطأ في كلام تاج الشريعة اصلا فان مراده بقوله واول وقتها اول وقت ادائها لا اول وقت وجوبها ولا شك انه اذا كان تقديم الصلوة عليها شرطا في حق اهل الامصار كان اول وقت ادائها في حقهم بعد الصلوة وان كان بعد طلوع الفجر من يوم النحر ويؤيده وجدنا عبارة الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال ووقت الاداء لمن كان في المصر بعد فراغ الامام عن صلوة العيد انتهى قوله ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد ولم يصل اهل الجبانة اجزاه استحسانا لانها صلوة معتبرة حتى لو اقتدوا بها اجزأتهم قال الشارح قولهم اجزاه استحسانا يشير الى انه لا يجزيه قياسا وذلك لان اعتبار جانب اهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب اهل المسجد يجوز ذلك فانه قبل الصلوة من وجه وبعد الصلوة من وجه فوقع الشك في العبادة فيؤخذ بالاحتياط ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب انتهى اقول ههنا بحث وهو ان ما ذكره في الكتاب من وجه الاستحسان لا يدفع وجه القياس الذي ذكروه لان كون صلوة اهل المسجد صلوة معتبرة لا تنافي كون صلوة اهل الجبانة ايضا صلوة معتبرة كيف وقول المصنف وكذا هذا على عكسه صريح في ان صلوة اهل الجبانة ايضا صلوة معتبرة والا لم يجز العكس فاذا كانت كلتا الصلوتين معتبرة وقع الشك في جواز التضحية بعد احدى الصلوتين قبل الاخرى فيقتضي ان يأخذ بالاحتياط في العبادات فعدم جواز ما فهم توجيه الاستحسان الذي ذكر في الكتاب في مقابلة القياس الذي ذكروه

قال ولا يضحي بالجماء والعوراء والعرجاء التي لا تمشي الى المنسك لان الجمعاء تقوله عليه السلام لا تجزئ في الضحايا اربعة العوراء البين عورها والمريضة البين مرضها والعرجاء البين عرجها والعجفاء التي لا تنقي قال ابو حنيفة رحمه الله الاذن اللحمة تقوله مريضة بين مرضها مستورة بين الاذن اي اطلبوا سلامتها واما الذنب فلانه عضو كامل مقصود فصار كالاذن قال ولا التي ذهب اقل من ثلثها والذنب اكثرها لان الاكثر حكم الكل لقلة ما يفوت وفي هذا بيان ان العيب اليسير لا يمنع التضحية عند محمد رحمه الله واختلفت الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله في مقدار الاكثر فعنه انه النصف وعنه الثلثان وهو قول ابي يوسف وعنه الثلث وهو قول محمد رحمه الله وهو الصحيح لان للاكثر حكم الكل وللثلثين حكم الجميع وللثلث حكم الواحد وهو الصحيح من الرواية وعليه الفتوى وهذا اذا كان الذاهب من الاذن والذنب اكثر من الثلث اما لو كان الثلث او اقل لا يمنع الاجزاء بالاجماع ولا فرق بين ان يكون الذاهب من اعلى الاذن او من اسفلها او من وسطها وقال زفر رحمه الله يمنع في الكل لان الاذن عضو مقصود كالذنب ولنا ان الاذن تبع لا مقصود لانه لا يؤكل ولا ينتفع به منفردا فاشبه الالية والذنب وان كان مقصودا لكن لا يفوت به جمال ولا منفعة فاشبه الاذن ولا فرق بين ان يكون الذاهب خلقة او بقطع لان الاعتبار للحقيقة على ما تقدم في الصلوة وهو اختيار الصفة ثم قيل هذا قول ابي حنيفة وقيل هو رجوع منه الى قول ابي يوسف وقيل معناه قول ابي يوسف وهو الاصح وفي الكرخي ما يشير الى هذا التأويل وهو ان ابا حنيفة انما ذكر ما ذكر على ما كان يعتاده اهل زمانه من التضحية بالسمين الذي يكون ذهاب الثلث منه مانعا من الاجزاء لا على ما يقتضيه اصل المذهب وقال ابو يوسف ذهاب الثلث من الاذن كذهاب الكل لان الاذن لا تتألم بقطعها فيكون ذهاب الثلث منها كذهاب الكل من غيرها وقال محمد ذهاب الثلث من الاذن كذهاب الثلث من الذنب لان الاذن لا تتألم بقطعها فيكون ذهاب الثلث منها كذهاب الثلث من الذنب وقال ابو يوسف ذهاب الثلث من الاذن كذهاب الكل من الذنب لان الاذن لا تتألم بقطعها فيكون ذهاب الثلث منها كذهاب الكل من الذنب وقال ابو يوسف ذهاب الثلث من الاذن كذهاب الكل من الذنب لان الاذن لا تتألم بقطعها فيكون ذهاب الثلث منها كذهاب الكل من الذنب

فكيف يترك به القياس كما هو مقتضى جواب بقية الكتاب قوله وهي جائزة في ثلثة ايام يوم النحر ويومان بعده اقول للقائل ان قوله ويومان بعده يشعر بانهما ليسا من ايام النحر لان معناه ويومان بعد يوم النحر والظاهر ان ما كان بعد يوم النحر ليس بيوم النحر وقد قال فيما بعده وايام النحر ثلثة والجواب ان المراد بقوله ليوم النحر هو يوم النحر المحض واليومان اللذان بعده ليسا نحر محض وانما هما نحر وتشريق كما سيأتي في الكتاب والتحقيق ان يوم النحر بالافراد صار بمنزلة العلم لليوم الاول من ايام النحر ويوم العيد واما ايام النحر بالجمع فيتناول يوم العيد واليومين اللذين بعده على السوية فلا تدافع بين الكلامين في المقامين منه رشيد قوله لو لم يضح حتى مضت ايام النحر ان كان ارجب على نفسه كما فقير التصدق بها حية قال في معراج الدراية قيد الايجاب على نفسه غير مفيد لانه لو كان واجبا بدون الايجاب على نفسه فالحكم كذلك انتهى اقول ليس كما ينبغي لان الحكم هناك هو التصدق بعينها كما نص عليه المصنف بقوله وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشتراها قوله وان اشترى قوله فات الوقت يجب عليه التصدق احرازا عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد فواتها بالفجر فدية قال صاحب العناية في شرح هذا المحل فاذا فات وقت التقرب بالاراقة والحق مستحق وجب التصدق بالعين او القيمة احرازا عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد الفجر فدية والجامع بينهما من حيث ان قضاء ما وجب عليه في الاداء بخلل خلاف الاداء انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله وجب التصدق بالعين لا بالاسم الاعتبار بالجمعة والصوم مراد المصنف التصدق بالقيمة للغني الغير المرجب كما لا يخفى انتهى اقول اذا كان ساقطا فالاسلم انه لا يلاحظ الاعتبار بالجمعة والصوم لان الاعتبار بهما من حيث ان القضاء بغير الشركة في عليه صاحب العناية بقوله والجامع بينهما من حيث ان قضاء ما وجب عليه في الاداء بخلل خلاف جنس الاداء ولا يذهب عليك ان المعنى المحقق في التصدق بالعين فيما لو كان الواجب عليه الاداء اراقة الدم والتصدق ليس من جنس الاراقة تعين او بالعين ثم ان كون المال المتصدق في قوله فاذا فات الوقت يجب عليه التصدق مقيدا بالقيمة للغني الغير المعوز وحده كما تخيله فذلك مما لا يناسب شأن المصنف جدا او يلزم حينئذ ان يترك بيان وجه المسئلة فيما اذا كان او جب على نفسه او كان فقيرا وقد اشار الى بيانه الاخيتة فيكون ذلك تقصيرا منه في افادة حق المقام بالضرورة وحاشاه من ذلك فالحق ان اراده بالتصدق المذكور بالعين والقيمة كما اشار اليه صاحب العناية بقوله وجب التصدق بالعين او بالقيمة قوله ولا يضحي بما يكره في الاضحية الى آخره قال صاحب النهاية لما ذكر ما يجوز به الاضحية شرع في بيان ما لا يجوز به الاضحية انتهى اقول الحق ان يقال لما ذكر فيما قبل ما يجوز به الاضحية واتمامه كره فيما يلي بقوله ولا يضحي الى آخره ان التضحية بالجماء والعضباء والتولاء الى آخره والذي ذكره فيما قبل انما هو صفة الاضحية من الوجوب او السعية وشرائطها من الحرية والاسلام ونحوهما ومن حيث عنه الاضحية وحدودها بحر عنه من الشاة والبقر والبدنة واول وقت الاضحية وعدد ايامها وما يتعلق بكل واحد من هذه الامور من الفروع والاحكام كما تحققته من قبل ولعل صاحب العناية تدارك حيث قال في شرح هذا المقام هذا بيان ما لا تجوز التضحية به ولم يتعرض لذكر ما تجوز به التضحية قوله واختلفت الرواية عن ابي حنيفة في مقدار الاكثر الى آخره اقول لتطبيق هذه الروايات عن ابي حنيفة رحمه الله على عبارة مسئلة الكتاب تشكل لان عبارتها اكثر اذهانا وذبنها بصيغة التفضيل

قال (باكل من لحم اضحيته ويطعم الاغنياء والفقراء) لقوله عليه السلام كنت نهيتكم عن لحوم الاضاحي لتكلوا منها واقترضوا وتعة جاز اكله وهو غني جاز ان يوكل غنيا ويستحب ان ينقص الصدقة عن الثلث لان الجهات ثلثة الاكل والادخار لاينا والاطعام لقوله تعالى واطعموا القانع والمعتر فاقتضى عليها اثلاثا قال (ويتصدق بجلدها او ان شاء جرزها منها او يعمل منه آلة تستعمل في البيت والاصل ان كل اجهات ثلث كالاكل والادخار لاينا والاطعام لقوله تعالى واطعموا القانع والمعتر فاقتضى عليها اثلاثا قال (ويتصدق بجلدها او ان شاء جرزها منها او يعمل منه آلة تستعمل في البيت كالنطع والجراب الغربال ونحوها لان الانتفاع به غير محرم وكذا بأس بارشية ونحوها يبقى معها ينتفع به في البيت بعينه مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرناه لان المبدل حكم المبدل ويكره ان يشتري به ما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل والاباريز اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه انه تصرف على قصد التمول لان الجلد في الصحيح لو بلع الجلد او اللحم بالدراهم او بما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كان متصرفا بثمنه كل القربة استقبل البدل وقوله عليه السلام من باع جلد اضحيته فلا اضحية له يفيد كراهة البيع اما البيع جائز لقيام الملك والقدرة على التسليم ويكره ان يعطي اجر الجزار من الاضحية لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها وخطامها ولا تعط اجر الجزار منها شيئا والنهي عنه نهي عن البيع ايضا لانه في معنى البيع ويكره ان يجز صوف اضحيته وينتفع به قبل ان يذبحها لانه الترم اقامة القربة بجميع اجزائها بخلاف ما بعد الذبح لانه اتممت القربة بها كما في الهدي ويكره ان يحلب لبنها فينتفع به كما في الصوف قال (الا ان يحلب الذبح وان كان لا يحسنه فالافضل ان يستعين بغيره واذا استعان بغيره ينبغي ان يشهد بذلك بنفسه لقوله عليه السلام لفاطمة رضي الله عنها قومي فاشهدي اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة تقع من دمها كل ذنب قال ويكره ان يدفع الكسار لانه عمل هو في نفسه من اهلها ولو اجره فذبح جاز لانه من اهل الذكاة والقربة اتممت بالذبح حقيقة بخلاف ما اذا اعار الجزار سكينا لانه ليس من اهل الذكاة وان اغتلط رجلان فذبح كل واحد منهما اضحية الآخر جاز عنهما لانهما وكلا في الذبح والاصل هذا ان من ذبح اضحية غيره بغير اذنه لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها لانه اتلف ملك اضحية في القياس وهو قول زفر وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان عليهما لانهما وكلا في الذبح والاصل ان من ذبح شاة غيره بغير امره فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتريها القصاب بحق الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها للاضحية حتى وجب عليه ان يضحي بها بعينها في ايام النحر وكره ان يبدل بها غيرها فصار المالك مستغنيا بكل من يكون اهلا للذبح آذنا له دلالة لانها فوت بمضي هذه الايام وعساه يعجز عن اقامتها العوض فصار كما اذا ذبح شاة مدلل القصاب رجلها فان قيل يفوته ارش مستحب وعوان يذبحها بنفسه او يشهد الذبح فلا يرضى به قلنا يحصل له مستحبان آخران تيسير ربه مضحيا لما عينه وكونه متحريا به فيرتضيه ولعلما ان الله من هذا الجنس مسائل استحسانية ومن ضحى بشاة غيره اخطأ في حظه او ذبح غيره اخطأ في حظ غيره فانكسر او حمل على دابته فعطبت كل ذلك بغير امر المالك يكون ضامنا ولو ضحى المالك اللحم في القلادة والقيد على الكافي او اعطب بخفه او حمل الخطة في الذنب فربط الدابة عليه او ربط فرسا له الى نفسه او حمل على دابته فسقط في الطريق فاتقدم هو الناقد فيه فقطع او ساق الدابة فخبطها او اعارها على رفع الجزار فانكسرت فما ينهما ادخل على دابته ما سقط فعطبت يكون ضامنا في فصل التصريح استحسانا لوجود الاذن دلالة اذا ثبت هذا نقول في مسئلة الكتاب يذبح كل منهما اضحية غيره بغير اذنه صيرورة خلافية ترفع بعتقه ويتأتى فيها القياس والاستحسان كما ذكرنا فيأخذ كل واحد منهما مسلوخة من صاحبه ولا يضمنه لانه وكيله فيما فعل دلالة فان كل انا قد اكلا شرعا فيلتقط كل واحد منهما لصاحبه فيجزيهما لانه لا تفاوت الا في اللحم وان شاءا فكلاه او باعاه فاكلا ثمنه او تصدقا به او ان شاء ضمن كل واحد منهما صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم

والاضافة الى الاذن والذنب وهي تقتضي ان يكون الجزء الباقي منهما اقل وهذا غير متحقق في شيء من هذه الروايات عنه اما في رواية الربع وروايته الثلث فظاهر واما في رواية الاكثر من ثلثة الارباع والاكثر من الثلث بالاكثر من الثلثين واما في رواية الاكثر من الثلث فلان الاكثر من الثلث اذا لم يجاوز النصف لم يصر اكثر الكل وفي رواية الاكثر من الثلث عنه لم يشترط تجاوز النصف ولا الوصول الى النصف بل اعتبر الزيادة على الثلث في الجملة فلم يلزم في عدم الاجزاء على هذه الرواية ايضا ذهاب اكثر الاذن والذنب فكيف يربط قوله واختلاف الرواية عن ابي حنيفة في مقدار الاكثر بما قبله من مسئلة الكتاب فان قلت ليس المراد بالاكثر في عبارة مسئلة الكتاب معنى التفصيل بل هو بمعنى الكثير كما يرشد اليه قول المصنف في بيان وجه رواية الاكثر من الثلث وفيما زاد للقيد الا بر ضاهم فاعتبر كثيرا وقوله في بيان وجه رواية الثلث لقوله عليه السلام في حديث الوصية الثلث والثلث كثير ثم ليس المراد بالكثير ايضا الكثير بالاضافة الى الجزء الباقي والا يعود المحذور بل المراد به الكثير في نفسه والاضافة الى الاذن والذنب المجرد بيان محل الكثير فحينئذ يمكن تطبيق كل من الروايات المذكورة على عبارة مسئلة الكتاب قلت شرط استعمال صيغة التفصيل مجردة عن معنى التفصيل ان تكون عارية عن اللام والاضافة ومن كما تقرر في موضعه وفي عبارة مسئلة الكتاب وقعت مضافة فلا يصح تجريدها عن معنى التفصيل على قاعدة العربية ولين عن هذا غفل عنك لا يصح تعليل المصنف تلك المسئلة بقوله لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا على تقدير ان يحمل الاكثر على الكثير المطلق اذ لو كان للكثير مطلقا حكم الكل بقاء وذهابا لزم ان يصير الاذن والذنب باقيا وذاهبا في حالة واحدة فيما اذا كان كل واحد من الباقي والذاهب منهما كثيرا في نفسه كما اذا ذهب منهما اثنتاهما او اكثر من ثلثيهما في الجملة على ما وقع في الروايات المذكورة فيلزم جميع الحكمين المتضادين تأمل تفقه قوله ويستحب ان لا ينقص الصدقة عن الثلث لان الجهات ثلثة الاكل والادخار لابينا والاطعام لقوله تعالى واطعموا القانع والمعتر فاقتضى عليها اثلاثا اقول لقائل ان يقول الامر المطلق لا وجوب عند اكثر العلماء كما تقرر في علم الاصول فالظاهر حمل قوله تعالى واطعموا القانع والمعتر على وجوب الاطعام والمدعى استحبابه فليتأمل في جواب قوله والاباكل ان يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرناه لان المبدل اقول لقائل ان يقول ان تعليل في مقابلة النص هو قوله عليه السلام من باع جلد اضحيته فلا اضحية له فانه يتناول باطلاقه بيع الجلد بما ينتفع بعينه مع بقائه ايضا والتعليل في مقابلة النص غير مقبول على ما تقرر في اصول الفقه فليتأمل في الدفع قوله ولا يشتري به ما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل والاباريز اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه انه تصرف على قصد التمول اقول فيه بحث اما اولا فلان اعتبار ذلك بالبيع بالدراهم غير واضح فان الدراهم مما لا ينتفع بعينها اصلا اي لا مع بقائها ولا بعد استهلاكها وانما هي وسيلة محضة فالمقصود منها التمول لا غير بخلاف مثل الخل والاباريز فانه مما ينتفع به وان كان ذلك بعد استهلاكه فجاز ان يكون المقصود منه الانتفاع دون التمول والانتفاع بنفس جلد الاضحية غير محرم فكذا بدله واما ثانيا فلان عدم جواز بيع جلد الاضحية بالدراهم لما ثبت بخلاف القياس على ما نص عليه صاحب غاية البيان فانه بعد ان بين وجه الاستحسان فيجوز بيعه بما ينتفع بعينه مع بقائه بانه جاز له الانتفاع بالجلد فجاز له الانتفاع بالبدل لان البدل يحكم المبدل قال فكان القياس ان يجوز بيع الجلد بالدراهم ايضا الا اناتركنا القياس بقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه ولا تعط اجر الجزار منها فاذا اعطى اجر الجزار منها لا يصير بائع اللحم او الجلد بالدراهم

فصار كما لو باع اضحيته وهذا لان التضحية لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه
ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن اضحيته لانه ملكها بسابق الغصب بخلاف ما لو اودع
شاة فضحى بها لانه يضمنه بالذبح فلم يثبت الملك له الا بعد الذبح والله اعلم

وقد ثبت المنع عنه بخلاف القياس فلا يقاس عليه غيره انتهى واذا كان كذلك فكيف يقاس عدم جواز بيع الجلد بمثل النخل والاباز على عدم جواز
بيعه بالدراهم كما يقتضيه قول المصنف اعتبارا بالبيع بالدراهم وقد تقرر في اصول الفقه ان من شرط القياس ان لا يكون حكم الاصل معدولا
عن القياس فالاظهر ان يترك القياس على البيع بالدراهم في تعليل هذه المسئلة ويقال في تعليلها لانه لا يصلح ان يكون بدلا عن عين الجلد قائما
مقامه لعدم الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد فلم يكن حكمه كحكم عين الجلد بخلاف ما ينتفع بعينه مع بقائه كما مر وقد اشار اليه صاحب البدائع حيث قال ولانه
ان بيع هذه الاشياء مما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه من متاع البيت كالجراب والنخل لان البدل الذي يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يقوم مقام
العين فكان البدل قائما معنى وكان الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد بخلاف البيع بالدراهم والدنانير لان ذلك مما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه
فلا يقوم مقامه الجلد فلا يكون الجلد قائما معنى انتهى قوله فصار كما لو باع اضحيته قال جماعة من الشراح في بيان معنى هذا الكلام يعني انه لو باع اضحيته
واشترى بثمنها غيرا فلو كان غيرا انقص من الاولى تصدق بما فضل على الثانية ولو لم يشتر حتى مضت ايام النحر تصدق بثمنها كله انتهى اقول فلنتكلم
في بيان مراد المصنف بقوله المذكور جدا حيث جعلوه صورتين فزادوا في الصورة الاولى اشتراه غيرا بثمنها واعتبروا التصدق في تلك الصورة
في بعض الثمن دون كله وزادوا في الصورة الثانية مضي ايام النحر وليس في كلام المصنف هذا ما يدل على شئ من ذلك وليس في المقام ما يقتضي
شيئا منها كما لا يخفى مع ان الامر في معنى هذا الكلام على طرف التمام محمول على حذف المضاف اي كما لو باع لحم اضحيته فيكون المراد به الاشارة الى ما
في الكتاب من قوله ولو باع الجلد واللحم بالدراهم او بما لا ينتفع به الا باستهلاكه تصدق بثمنه تدبر قوله ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه
قال في العناية وقوله ومن اتلف لحم اضحية غيره متصل بقوله وان تشاحا يعني ان تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لحم اضحية صاحبه ومن
اتلف لحم اضحية صاحبه كان الحكم فيه ما ذكرناه وهو قوله فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه انتهى اقول ليس هذا التوجيه بوجيه فان قول المصنف فان تشاحا
فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه مسئلة تامة لا بد لها من دليل مغائر لها وفي التوجيه المذكور قد اخذ مقدم المسئلة وهو قوله وان
تشاحا وضم اليه تال مغائر للتالي المسئلة غير مذكور في الكتاب اصلا فصار ان تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لحم اضحية صاحبه وجعل
ذلك صغرى الدليل وجعل كبراه قول المصنف بعد المقدمات الكثيرة ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه ولا يخفى ما فيه والحق عندي ان
قول المصنف ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه متصل بما قبله وهو قوله وهذا لان التضحية لما وقعت من صاحبه كان اللحم له فما قبله بمنزلة
الصغرى وهذا بمنزلة الكبرى ومجموعهما دليل تام على اصل المسئلة وهو قوله وان تشاحا فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه فمعنى الدليل ان
تضحية كل واحد منهما لما وقعت من صاحبه كان اللحم الذي اتلفه بالاكل لصاحبه لا لنفسه ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه من تضمين
صاحبه اياه قيمة لحمه وليت شعري ان صاحب التوجيه الاول ماذا يصنع في حق قول المصنف وهذا لان التضحية لما وقعت من صاحبه كان
اللحم له فهل يجعله وحده دليلا آخر على اصل المسئلة ام يجعله متصلا بشئ آخر غير اصل المسئلة فانظر وتبصر بل تبصر

يتبع ومن ذلك

كتاب الكراهية

قال رضي الله عنه تكلموا في معنى المكروه والمروي عن محمد رحمه الله نصا ان كل مكروه حرام الا انه لم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه الى الحرام اقرب وهو يشتمل على فصول منها **فصل** في الاكل والشرب قال ابو حنيفة يكره لحوم الاتن والبانها وابوال الابل وقال ابو يوسف ومحمد لا باس بابوال الابل

كتاب الكراهية

اورد الكراهية بعد الاضحية لان عامة مسائل كل واحد منهما تحتمل من اصل او فرع يرد فيه الكراهية الا يرى ان التضحية في ليالي ايام النحر مكروهة وكذا التصرف في الاضحية بخصوصها وحلب لبنها وابدال غيرها مكانها وكذلك ذبح الكتابي وغير ذلك كما ان الامر في كتاب الكراهية كذلك كذا في الشروح ثم ان عبارات الكتب قد اختلفت في ترجمة هذا الكتاب فقد سماه محمد في الجامع الصغير باسم الكراهية وعليه وضع الطحاوي في مختصره وتبعهما المصنف وسماه محمد في الاصل بالاستحسان وعليه كتب كثير من مشائخنا كالكافي للحاكم الشهيد والمبسوط والمحيط والذخيرة والمغني وغيرها وسماه الكرخي في مختصره بالخطر والاباحة وتبعه القدوري في مختصره والامام قاضيخان في فتاواه وكذا وقع في التحفة والتتمة والايضاح وكل وجهة هو مولّيها اما وجه التسمية بالكراهية فلان بيان المكروه اهم لوجوب الاحتراز عنه واما وجه التسمية بالاستحسان فلان فيه ما حسنه الشرع وما قبحه ولفظ الاستحسان احسن فلقب به اولان اكثر مسائله استحسان لا مجال للقياس فيها واما التسمية بالخطر والاباحة فلان الخطر المنع والاباحة الاطلاق وفيه ما منع عنه الشرع منها واباحه كذا ذكر وجه كل منهما في الاختيار شرح المختار وفي شرح الكنز للامام الزيلعي ثم ان الكراهية في اللغة مصدر كره الشيء كرها وكراهة وكراهة قال في الميزان هي ضد المحبة والرضى قال الله تعالى عسى ان تكرهوا شيئا وهو خير لكم وعسى ان تحبوا شيئا وهو شر لكم فالمكروه خلاف المندوب والمحبوب لغة والكراهة ليست بضد للارادة عندنا فان الله تعالى كاره للكفر والمعاصي اي ليس برضى بها ولا محب لها وان كان الكفر والمعاصي بارادة الله تعالى ومشيته وعند المعتزلة هي ضد الارادة ايضا على ما عرف في اصول الكلام واما معنى الكراهية في الشريعة فما هو المذكور في الكتاب **قوله** قال رضي الله عنه تكلموا في معنى الكراهية يعني اختلف اصحاب الشرع في معنى الكراهية فروي عن محمد انه نص على ان كل مكروه حرام الا انه لم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام فكان نسبة المكروه الى الحرام عنده كنسبة الواجب الى الفرض في ان الاول ثابت بدليل قطعي والثاني ثابت بدليل ظني وروي عن ابي حنيفة وابي يوسف انه الى الحرام اقرب ثم ان هذا احد المكروه كراهة تحريم واما المكروه كراهة تنزيه فالى الحل اقرب هذا خلاصة ما ذكروا في الكتب وبعض المتاخرين ههنا كلمات طنينية الذيل لا حاصل لها تركنا التعرض لما في تضاعيفها من الاختلال كراهة الاطناب **قوله** قال ابو حنيفة رحمه الله يكره لحوم الاتن والبانها وابوال الابل وقال ابو يوسف ومحمد لا باس بابوال الابل قال جماعة من الشراح حض الاتن مع كراهة لحم سائر الحمر ليستقيم عطف الالبان عليه اذ اللبن لا يكون الا من الاتان انتهى يعنون انه لو قال يكره لحومهم الحمر والبانها لرجع الضمير في البانها الى الحمر المذكور فيما قبل وذلك يعم المذكور والاناث فلا يستقيم عطف الالبان مضافة الى الضمير الراجع الى مطلق الحمر على ما قبلها لان الالبان لا يتصور في ذكور الحمر وانما يتحقق في اناثها التي هي الاتن نعم يمكن تصحيح ذلك بتقدير وتاويل لكن مرادهم عدم استقامة ذلك نظرا الى ظاهر التركيب فستقف عن كلامهم هذا واخذه بعض المتاخرين وقال ذلك البعض وانما خص كراهة لحم الاتن بالذكر ولم يذكر كراهة لحم غيرها مما سبق في كتاب الذبائح لانه لما عنون الفصل بانه في الاكل والشرب وقد ذكر في الذبائح جميع ما لا يؤكل لحمه ولو اعاد كلها يلزم التكرار فذكر بعضا منها تذكيرا لما بقي من الاكل والشرب انتهى اقول ليس هذا مما يعتد به لان حديث عنوان الفصل بانه في الاكل والشرب لا يفيد شيئا فيما نحن فيه اصلا فان ما يتعلق بالاكل والشرب في هذا الفصل غير منحصر في هذه المسئلة بل كثير من المسائل الآتية المذكورة في هذا الفصل

فتاويل قول ابي يوسف انه لا باس بها للتداوي وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلوة والذبائح فلا نعيدها واللبن متولد من اللحم فاخذ حكمه قال ولا يجوز الاكل والشرب والادهان والتطيب في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء لقوله عليه السلام في الذي يشرب في اناء الذهب والفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم وأتى ابو هريرة بشراب في اناء فضة فلم يقبله وقال نهانا عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم

من مسائل الاكل والشرب ايضا فيصح عنوان الفصل بالاكل والشرب سوالم يذكر هذه المسئلة فيه اصلا وذكر معها غيرها ايضا ما سبق في الذبائح واما حديث ذكر من المسائل السابقة في الذبائح تذكير اللبواقي فغير تام ايضا لان ذكرها ذكر مرة وبين مستوفى تذكير البواقي المذكورات ليس من دأب المصنفين ولا عادتهم اصلا ثم اقول الاوجه ان يقال انما خص الاتن بالذكر مع كراهة لحوم غيرها ايضا لان جميع ما لا يؤكل لحمه قد ذكر في الذبائح مستوفى وكراهية لحوم الاتن انما ذكرت ههنا توطئة لكراهة البانها التي لم تذكر فيما مر قطعا ولا مدخل لكراهة لحوم غيرها للتوطئة لذلك فلا جرم خص الاتن بالذكر دون غيرها ثم قال ذلك البعض واما حكم ابوال الابل فانما ذكره المصنف فيما سبق وذكره محمد ههنا في الجامع الصغير فليس فيه التكرار حتى يحتاج فيه الى الاعتذار انتهى كلامه اقول ليس هذا بكلام صحيح لان المص ايضا ذكره ههنا في الهداية والبداية فلزمه التكرار قطعا وانما لم يلزمها التكرار لو ذكره محمد في الجامع الصغير ولم يذكره المصنف ههنا واما كون ما خذ ما ذكره المصنف ههنا ما ذكره محمد في الجامع الصغير فلا يجدي شيئا في دفع التكرار لان المصنف ليس في حيز الاجتهاد فكل ما ذكره ماخوذ من قول مجتهد فاذا ذكر مسئلة مرتين لزم التكرار لا محالة قوله وتاويل قول ابي يوسف لا باس به للتداوي انما احتاج المصنف الى هذا التاويل لان مذهب ابي يوسف ان بول ما يؤكل لحمه نجس كما مر في كتاب الطهارات فلزم ان يكون شربه حراما والمفهوم من قوله ههنا وقال ابو يوسف ومحمد لا باس بابوال الابل حل شربها عند ابي يوسف ايضا فاول المصنف قول ابي يوسف المذكور ههنا بنفي الباس عن شربها للتداوي وشربها للتداوي ليس بحرام عنده وان كانت نجسا تمسكا بقصة العرنيين كما مر بيانه في كتاب الطهارات قال صاحب نهاية البيان في هذا المقام واما قول ابي يوسف ومحمد وفي الجامع الصغير لا باس بذلك فينصرف الى لحم الفرس خاصة لان بول الفرس نجس عند ابي يوسف ايضا الا انه اطلق شربه للتداوي وقد مر بيانه في كتاب الطهارات في فصل البئر انتهى اقول فيه نظر لان لفظ محمد في الجامع الصغير هكذا محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة قال كره شرب ابوال الابل واكل لحوم الفرس وقال ابو يوسف ومحمد لا باس بذلك كله الى هنا لفظ محمد في الجامع الصغير وقد اعترف به الشارح المذكور حيث ذكر لفظة هكذا بعينه ولا يذهب عليك ان عبارة كله في قوله وقال ابو يوسف ومحمد لا باس بذلك كله تمنع من ان يكون قول ابي يوسف ومحمد في الجامع الصغير منصرفا الى لحم الفرس خاصة بل يقتضي شموله لابوال الابل ايضا قوله وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلوة والذبائح فلا نعيدها اقول في رواج هذه الحوالة بحث فان البيان الاتن من هذه الجملة لم تبين فيما تقدم قطعا وكذا ابوال الابل من هذه الجملة لم تبين في شئ من كتابي الصلوة والذبائح وانما ثبت في كتاب الطهارات في فصل البئر في ضمن بيان بول ما يؤكل لحمه مطلقا وعن هذا قال صاحب الكافي وقد مرت هذه الجملة في كتاب الطهارات والذبائح ويمكن ان تتحمل في توجيه كل من هاتين الصورتين اما في توجيه الصورة الاولى فيهما فبان يحمل المراد بهذه الجملة في قوله قد بينا هذه الجملة على ما عدا الالبان بقرينة بيان كراهة اللبن بعد قوله فلا نعيدها بقوله واللبن يتولد من اللحم فاخذ حكمه واما في توجيه الصورة الثانية منهما فبان الطهارة لما كانت من شروط الصلوة وسببا ويها عبر المصنف عن كتاب الطهارات بكتاب الصلوة مسامحة قال بعض المتاخرين وانما قال في الصلوة مع ان البيان لم يكن فيها بل في كتاب الطهارة في فصل البئر اشارة الى انه ينبغي ان يذكر مسائل الطهارة في فصل من فصول كتاب الصلوة كما وقع في فتاوى قاضيخان وان الامر

واذا ثبت حدا في الشرب فكذا في الاد هان دخولا لانه في معناه ولانه تشبه بزي المشركين وتنعم بتنعم المترفين المرتين
وقال في الجامع الصغير يكره ومراده التحريم ويستوي فيه الرجال والنساء لعموم النهي وكذلك الاكل بملعقة الذهب والفضة
والاكحال بميل الذهب والفضة وكذلك ما شابه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرها لما ذكرنا قال ولا بأس باستعمال آنية الرصاص والزجاج والبلور
والعقيق وقال الشافعي رحمه الله يكره لانه في معنى الذهب والفضة في التفاخر به قلنا ليس كذلك لانه ما كان من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة
قال ويجوز الشرب في اناء المفضض عند ابي حنيفة رح والركوب في السرج المفضض والجلوس على الكرسي المفضض والسرير المفضض اذا كان يتقي موضع
الفضة ومعناه يتقي موضع الفم وقيل هذا وموضع اليد في الاخذ والسرير السرج موضع الجلوس وقال ابو يوسف يكره ذلك وقول محمد يروى مع ابي حنيفة رح
ويروى مع ابي يوسف وعلى هذا الخلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة والكرسي المضبب بهما وكذا اذا جعل ذلك في السيف والمنطقة
وحلقة المرآة واجعل المصحف مذهبا او مفضضا وكذا الاختلاف في اللجام والركاب والتقرا ذا كان مفضضا وكذا الثوب فيه كتابة بذهب او
فضة على هذا وهذا الاختلاف فيما يخلص فاما التمويه الذي لا يخلص فلا بأس به بالاجماع

لها كتاب على حدة انتهى اقول ليس بشئ لان ماله ان يكون مرادا المصنف بتعبيره المذكور الاشارة الى تقبيح نفسه فيما فعله في اول كتابه من جعله
الطهارات بكتاب على حدة دون فصل من فصول كتاب الصلوة وهل يليق بالعاقل ان يقصد الاشارة الى مثل ذلك على ان الشراح ذكروا قاطبة
في اول الكتاب وجها وجيها لايراد الطهارة في كتاب مستقل فكون الذي ينبغي ان يذكر مسائل الطهارة في فصل من فصول الصلوة ممنوع وعن هذا
ترى اكثر ثقات السلف والخلف ذكروا مسائل الطهارة في كتاب على حدة وقال ذلك البعض ثم ان المصنف بين فيما تقدم ان شرب البوال الابل
حرام عند ابي حنيفة رحمه الله مطلقا وحلال عند محمد رح مطلقا وللتداوي فقط عند ابي يوسف رح وذكروا لتهم هناك لكن بنى دليل محمد على طهارته
مع ان استدلام طهارته هل شربه يجيز ظاهر وان طهارته لم يلزم عنده الامن حله الثابت بقوله عليه السلام ما وضع شفاكم فيما حرم عليكم كما سبق فيدا خله
على طهارته ودر ظاهر ابي هنا كلامه اقول حديث الدود ساقط جدا الان حله انما يكون علة الطهارة في العقل بان يصير دليلا عليها واما الطهارة فانما
تكون علة لحله في الخارج فاختلفت الجهة وبذا انكسر ما قالوا في العلوم العقلية ان الحمى علة للعفونة في الذهن والعفونة علة للحمى في الخارج فالاستدلال
بالحمى على العفونة برهان انى وبعكسه برهان لمى ولا دور اصلا وهكذا الحال بين كل مؤثر واثره فان الاول علة للثاني في الخارج وان كان الثاني
علة للاول في العقل اى دليلا عليه ومن هذا القبيل استدلالنا بوجود العالم على وجود الصانع **قوله** واذا ثبت هذا في الشرب فكذا في الادهان
ونحوه لانه في معناه اى لان الادهان في آنية الذهب او الفضة ونحوه في معنى الشرب منها لان كلا من ذلك استعمال لها والمحرم هو الاستعمال
باى وجه كان لما فيه من التجبر والاسراف فيشمل الادهان والتطيب ايضا وفي النهاية قيل صورة الادهان المحرم هو ان ياخذ آنية الذهب او الفضة
ويصب الدهن على الراس اما اذا ادخل يده فيها واخذ الدهن ثم صب على الراس من اليد لا يكره كذا ذكره صاحب الذخيرة في الجامع الصغير قيل
صاحب العناية بعد نقل ذلك وارى انه مخالف لما ذكره المصنف في المكحلة فان الكحل لا بد وان ينفصل عنها حين الاكتحال ومع ذلك فقد ذكره
في المحرمات انتهى اقول يمكن دفع المخالفة بين القولين بان المحرم في اوانى الذهب والفضة والآنية هو استعمالها واستعمال آنية الذهب او الفضة
عند ارادة الادهان منها انما يتحقق في العرف والعادة باخذ آنيتهما وصب الدهن منها على البدن لا باد خال اليد فيها واخذ الدهن ثم صبه
على البدن واما استعمال مكحلة الذهب او الفضة فانما يتصور عادة باد خال الميل فيها ثم الاكتحال به فانفصال الكحل عنها حين الاكتحال
لا يقدح في تحقق استعمالها فافترقا واعترض صاحب التسهيل على ما قيل في صورة الادهان المحرم بوجه آخر وهو انه يقتضي ان لا يكره اذا اخذ الطعام
من آنية الذهب او الفضة بملعقة ثم اكل منها وكذا اذا اخذه بيده واكله منها واجاب عنه صاحب الدرر والغرر بما يقرب مما ذكرناه في دفع ما قاله
صاحب العناية في المكحلة حيث قال بعد ذكر ذلك الاعتراض اقول منشاؤه الغفلة عن معنى عبارة المشائخ وعدم الوقوف على مرادهم اما الاول
فلان من في قولهم من اناء ذهب ابتدائية واما الثاني فلان مرادهم ان الادوات المصنوعة من المحرمات انما يحرم استعمالها اذا استعملت فيما
صنعت له بحسب متعارف الناس فان الاواني الكبيرة المصنوعة من الذهب والفضة لاجل اكل الطعام انما يحرم استعمالها اذا اكلت الطعام منها باليد او الملعقة لانها وضعت
لاجل ابتداء الاكل منها باليد او الملعقة في العرف واما اذا اخذ منها ووضع على موضع مباح فاكل منه لم يحرم لانتفاء ابتداء الاستعمال منها

لما ان مستعملا جزء من الاناء مستعمل لجميع الاجزاء فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولابي حنيفة رح ان ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير لقلة العلم في الثوب وتسمار الذهب في القص قال ومن ارسل اجيرا له مجوسيا او خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم وسعه اكله لان قول الكافر مقبول في المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات وان كان غير ذلك لم يسعه ان ياكل منه

وكذا الاواني الصغيرة المصنوعة لاجل الادهان ونحوه انما يحرم استعمالها اذا اخذت وصب منها الدهن على الراس لانها انما صنعت لاجل الادهان منها بذلك الوجه واما اذا ادخل يده فيها واخذ الدهن وصبه على الراس من اليد فلا يكره لانتفاء ابتداء الاستعمال منها فظهر ان مرادهم ان يكون ابتداء الاستعمال المتعارف من ذلك المحرم الى هنا كلامه اقول فيه نوع استدراك بل اختلال فان قوله فنشاؤه الغفلة عن معنى عبارة المشائخ ثم بيانه اياه بقوله اما الاول فلان من في قولهم من اناء ذهب ابتدائية امر زائد بل محتمل اما اولا فلان المذكور في عبارة عامة المشائخ في آنية الذهب والفضة بكلمة في بدل كلمة من وعليه عبارة الكتاب والجامع الصغير والمحيط والذخيرة وعامة المعتبرات وانما وقعت كلمة من في كلام بعض المتاخرين من اصحاب المتون واما ثانيا فلانه لا تاثير للابتداء في تشبيه الجواب الذي ذكره هنا اذ يكفي فيها الفرق بين الاستعمال المتعارف وغيره سواء كان الاستعمال في الابتداء او في الانتهاء يظهر ذلك بالتامل الصادق والذوق السليم ثم ان بعض المتاخرين بعد ان ذكر الجواب المزبور وطعن في بعض عباراته قال والحق ان الفرق بين صور الادهان ليس بما ذكره المجيب بل بوجود مماسة اليد بالاناء وقت الاستعمال في الصورتين وعدمها في الثالثة فان للمماسة تاثيرا في الحرمة كما سيجيء من وجوب الانفساس عن موضع الفضة في الاناء المفضض او المضبب وقت الشرب فتامل انتهى اقول يرد على هذا الفرق الذي زعمه حقا النقض الذي اورده صاحب التسهيل فانه اذا اخذ الطعام من آنية الذهب او الفضة بلعقة ثم اكل منها او اخذ بيده واكله منها لم يوجد هناك مماسة اليد بالآنية مع انه يكره بلا شك فالمخلص الكلي هنا انما يحصل بالمصير الى الفرق بين الاستعمال المتعارف وغيره لا بغيره لكن واما الاناء المفضض او المضبب فمعزل عما نحن فيه فانه ليس بخالص فضة او ذهب بل هو مركب من لوح وفضة او ذهب فاعتبر ابو حنيفة في حرمة الشرب منه مماسة العضو بالجزء الذي هو الفضة او الذهب ولم يعتبرها صاحباه ولكل من الجانبين اصل ياتي بيانه قوله لهما ان مستعمل جزء من الاناء مستعمل لجميع الاجزاء فيكره جميعها في التعليل جريا على رواية كون قول محمد في هذه المسئلة مع ابي يوسف وان كان افرادا بابي يوسف في بيان الحكم فيما قيل واما صاحب الكافي فافرده هنا ايضا حيث قال احتج ابو يوسف بعموم ما ورد من النهي ورد عليه بعض المتاخرين حيث قال بعد نقل ما في الكافي قلت ورد النهي عن الشرب في اناء الذهب والفضة كما سبق وصدقه على المفضض والمضبب ممنوع وقال في الحاشية رد لما في الكافي من احتجاج ابي يوسف اقول ليس ذاك بتمام لان ما ورد من النهي عن الشرب في اناء الذهب والفضة ان لم يعم المفضض والمضبب عبارة فهما دلالة كعمومه للادهان فيه ونحوه وكعمومه للاكل بلعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب وكذا ما اشبه ذلك به كالمكحلة والمراة وغيرهما فان المدار في كلها تناول النهي الوارد المذكور لكل منها دلالة كما صرحوا به عن هذا قال في المحيط البرهاني حجتهما العمومات الواردة بالنهي عن استعمال الذهب والفضة ومن استعمل اناء كان مستعملا كل جزء منه فكره وهذا لان الحرمة في استعمال الذهب والفضة في الاناء وغيره انما كانت لما فيه من التشبه بالاكاسرة والجبابرة فكل ما كان بهذا المعنى يكره بخلاف خاتم الفضة والمنطقة حيث لا يكره لان الرخصة جاءت في ذلك نصا اما ههنا بخلافه الى هنا لفظ المحيط تامل وقال الامام الزيلعي في شرح الكنز لابي يوسف ما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما انه عليه السلام قال من شرب في اناء ذهب او فضة او اناء فيه شيء من ذلك فانه يجرجر في بطنه نار جهنم رواه الدارقطني انتهى ورد عليه ايضا ذلك البعض حيث قال بعد

معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في الحرمة قال ويجوز ان يقبل في الهدية والاذن قول العبد والجارية والصبي لان الهدايا تبعث عادة على ايدي هؤلاء وكذا لانهم استصحاب الشهود على الاذن عند الضرب في الارض والمبايعة في السوق فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وفي الجامع الصغير اذا قالت جارية لرجل بعثني مولاي اليك هدية وسعه ان ياخذها لانه لا فرق بين ما اذا اخبرت باهداء المولى غيرها او نفسها لما قلنا قال ولا يقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا قول العدل ووجه الفرق ان المعاملات يكثر وجودها فيما بين اجناس الناس فلو شرطنا شرط الزجر يؤدي الى الحرج فيقبل قول الواحد فيها عدلا كان او فاسقا كافرا كان او مسلما عبدا كان او حرا ذكرا كان او انثى دفعا للحرج اما الديانات لا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فجاز ان يشترط فيها زيادة شرط فلا يقبل فيها الا قول المسلم العدل لان الفاسق متهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس له ان يلزم المسلم بخلاف المعاملات لان الكافر لا يمكنه المقام في ديارنا الا بالمعاملة ولا يتهيأ له المعاملة الا بعد قبول قوله فيها وكان فيه ضرورة فيقبل

نقل ذلك قلت لو ثبت هذا كان حجة قاطعة على ابي حنيفة رح لكن لم نجده في روايات البخاري وغيره الا خاليا عن زيادة او انا وفيه شيء من ذلك وقال في الحاشية رد لما ذكره الزيلعي من احتجاج ابي يوسف انتهى اقول عدم وجدانه تلك الزيادة فيما راه من روايات البخاري وغيره لا يدل على عدم وجودها في رواية اخرى لم يرها وقد بين الامام الزيلعي طريق اخراج ما ذكره من الحديث حيث قال رواه الدارقطني فكيف يصح ان يجعل ذلك البعض مجرد عدم اطلاعه على ذلك رد اله وهو ليس من فرسان ميدان علم الحديث كما لا يخفى قوله معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم اقول كان الاظهر ان يقال معناه اذا كان قوله غير ذلك بان قال اشتريته من غير الكتابي والمسلم لان المقصود بالبيان هنا كون قول الكافر مقبولا فيما هو من جنس المعاملات سواء تضمن الحل او الحرمة لا كون ذبيحة المسلم والكتابي مما يوكل دون ذبيحة غيرهما فانه من مسائل كتاب الذبائح وقد مر هناك مستوفى وعبارة المصنف توهم اصالة الثاني كما ترى ثم انه لو قال في المتن وان قال غير ذلك بدل قوله وان كان غير ذلك لكان اظهر من الكل وكان اوفق لما قبله وهو قوله وقال اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم الا انه لم يغير لفظ محمد رح في الجامع الصغير تبركا به قوله لانه لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في الحرمة قال صاحب العناية في شرح هذا الحل قوله لانه لما قبل قوله في الحل يعني في قوله وسعه اكله فانه يتضمن الحل لا محالة اولى ان يقبل في الحرمة لان الحرمة مرجحة على الحل وانما انتهى اقول في تفسير قول المصنف في الحل بقوله يعني في قوله وسعه اكله ركاكة جدا لان قوله وسعه اكله جواب المسألة فهو في قوة ان يقال يقبل قوله فيما اخبر به لانه ثمرة قبول قوله في ذلك فلو كان المصنف ههنا بقوله في الحل في قوله وسعه اكله يصير معنى كلامه لما قبل قوله في قبول قوله فيما اخبر به ولا حاصل له بل هو من قبيل اللغو من الكلام والحق عندي في شرح كلام المصنف ههنا ان يقال يعني انه لما قبل قوله في الحل اي فيما يتضمن الحل وهو قوله اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم فانه يتضمن اثبات حل اكل ما اشتراه كما صرحوا به فاطبقوا اولى ان يقبل قوله في الحرمة اي فيما يتضمن الحرمة وهو قوله اشتريته من غير الكتابي والمسلم فانه يتضمن اثبات حرمة ما اشتراه كما صرحوا به ايضا تبصر قوله لانه لا فرق بين ما اذا اخبرت باهداء المولى غيرها او نفسها لما قلنا قال جمهور الشراح قوله لما قلنا راجع الى قوله لان الهدايا تبعث عادة على ايدي هؤلاء انتهى اقول لما فرغ ان يمنع ان نفس الجواري والعبيد تبعث عادة على ايدي هؤلاء بخلاف اهداء غير انفسهم من الهدايا فانها تبعث عادة على ايديهم بلا مجال النكير من احد وقال صاحب العناية قوله لما قلنا اشارة الى قوله فلو لم يقبل قولهم يودي الى الحرج وتبعه العيني اقول ولما فرغ ان يمنع ان عدم قبول قولهم في اهداء انفسهم يودي الى الحرج لامكان اهداء انفسهم على ايدي غيرهم من سائر العبيد والجواري او الصبيان وعدم القدرة على غيرهم اصلا نادر لا يعد مثله مؤديا الى الحرج بخلاف اهداء الهدايا مطلقا على ايدي غير جنس العبيد والجواري والصبيان فان فيه حرجا بينا يتمالى اهداء الامور الخسيسة قوله ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا قول العدل قال في التلويح قيل ذكر فخر الاسلام في موضع من كتابه ان اخبار المميز الغير العدل يقبل في مثل الوكالة والهدايا من غير انضمام التحري وفي موضع آخر انه يشترط التحري وهو المذكور في كلام الامام السرخسي ومحمد وذكر القيد في كتاب الاستحسان ولم يذكره في الجامع الصغير فقيل يجوز ان يكون المذكور في كتاب الاستحسان تفسيرا لهدايا فيشترط ويجوز ان يشترط استحسانا ولا يشترط رخصة ويجوز ان يكون

ولا يقبل قول المستور في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انه يقبل قوله فيه لحرج على مذهبه انه يجوز القضاء به وفي ظاهر الرواية هو الفاسق سواء حتى يعتبر فيهما اكبر الرأي قال ويقبل فيهما قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا وكذا ان عند العدالة الصفة الراجح والقبول لرجحانه فمن المعاملات ما ذكرناه ومنها التوكيل ومن الديانات كالاخبار بنجاسة الماء حتى اذا اخبره مسلم مرضي لم يتوضأ به ويتيمم ولو كان المخبر فاسقا او مستورا تحرى فان كان اكبر رأيه انه صادق يتيمم ولا يتوضأ به

في المسئلة روايتان انتهى اقول يشكل على التوجيه الاول الفرق بين المعاملات والديانات لان قول الفاسق يقبل في الديانات ايضا كما سيأتي التصريح به في الكتاب وكذا يشكل ذلك على التوجيه الثالث على احدى الروايتين وهي رواية الاشتراط فالظاهر المناسب عندي هو التوجيه الثاني فان الفرق المذكور يستقيم حينئذ اذ لا رخصة لقبول قول الفاسق في الديانات بدون التحري قوله ولا يقبل فيها قول المستور في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رح انه يقبل قوله جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به قال الشراح وظاهر الرواية اصح لانه لا بد من اعتبار احد شطري الشهادة ليكون الخبر ملزما وقد سقط اعتبار العدد وفيمن اعتبار العدالة انتهى اقول فيه بحث لان اصل ابي حنيفة في الشهادة ان يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة اذا لم يطعن الخصم فيما عدا الحدود والقصاص كما تقرر في كتاب الشهادات وكان احد شطري الشهادة عنده ظاهر العدالة دون حقيقتها ولا ريب ان المستور ظاهر العدالة لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ففي غير ظاهر الرواية ايضا لم يلزم عدم اعتبار احد شطري الشهادة فلم يدل ما ذكروه على صحة ظاهر الرواية ويمكن ان يقال ليس مقصودهم ببيان صحة ظاهر الرواية على اصل ابي حنيفة في الشهادة بل على ما يقتضيه فساد الزمان من عدم الاعتداد برواية المستور ما لم يتبين عدالته كما لم تعتبر شهادته في القضاء عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ما لم يظهر عدالته وعن هذا قال المصنف في كتاب الشهادات والفتوى على قولهما في هذا الزمان ويؤيد هذا التوجيه ما ذكره صاحب غاية البيان نقلا عن شمس الائمة السرخسي حيث قال قال شمس الائمة السرخسي في اصوله وروي الحسن عن ابي حنيفة انه بمنزلة العدل في رواية الاخبار بثبوت العدالة لظاهر الحديث المروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن عمر رضي الله تعالى عنه المسلمون عدول بعضهم على بعض ولهذا اجوز ابو حنيفة القضاء بشهادة المستور فيما يثبت مع الشبهات اذا لم يطعن الخصم ولكن ما ذكره في الاستحسان اصح في زماننا فان الفسق غالب في اهل هذا الزمان فلا يعتمد على رواية المستور ما لم يتبين عدالته كما لا يعتبر شهادته في القضاء قبل ان تظهر عدالته انتهى وبما ذكرنا تبين اختلال تحرير بعض المتأخرين في هذا المقام حيث قال في شرح قول المصنف ولا يقبل قول المستور في ظاهر الرواية اي لا يقبل قوله في الديانات في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة رح ثم قال وجه الظاهر انه لا بد من اعتبار شطري الشهادة ليكون الخبر ملزما وقد سقط اعتبار العدد وفيمن اعتبار العدالة انتهى فانه جعل ما ذكروه وجها لصحة ظاهر الرواية وجها لنفس ظاهر الرواية عن ابي حنيفة فيرد عليه قطعا ان حقيقة العدالة ليست باحد شطري الشهادة عند ابي حنيفة بل يكفي ظاهر العدالة عنده في قبول الشهادة ولا يخفى ان ظاهر العدالة متحقق في المستور فما معنى اعتبار العدالة في قبول قوله في الديانات في ظاهر الرواية عنه فتدبر قوله ويقبل فيها قول الحر والعبد والامة اذا كانوا عدولا اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان ذكر الحر ههنا خال عن الفائدة اذ لا شبهة على احد قبول قول الحر في كل امر خطير اذا كان عدلا بخلاف العبد والامة ولعل صاحب الكافي ذاق شناعة ذكر الحر ههنا فقال ويقبل فيها قول العبد والامة اذا كانا عدلين بدون ذكر الحر قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقوله ويقبل فيها اي في الديانات قول الحر والعبد والامة لان خبرهولا في امور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا كما في رواية الاخبار انتهى اقول قد زاد هذا الشارح في الطنبور نغمة حيث اتى بمحذور آخر في كلام نفسه فانه قال لان خبرهولا في امور الدين كخبر الحر ولا شك ان كلمة هولا من جموع اسماء الاشارة فيكون ههنا اشارة

وان اراق الماء تيمم كان احوط ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة اما التحري فيجوز عند تو
كان اكبر رايه انه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحري وهذا جواب الحكم فما في الاحتياط يتيمم
بعد الوضوء مما قلنا ومنها الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال الملك وفيها تفاصيل وتفريعات ذكرناها في كفاية
المنتهى قال ومن دعي الى وليمة او طعام فرق جل ثمنه لعبا او غناء فلا بأس بان يقعد ويأكل قال
ابو حنيفة رحمه الله ابتليت بهذا مرة فصبرت وهذا الان اجابة الدعوة سنة

الى الاشياء الثلاثة المذكورة وهي العبد والحر والامة فيفهم من كلام الشارح المذكور ان خبر العبد والحر والامة في امور الدين كخبر الحر اذا كانوا
عدولا لا غير ولعل الشبه بالشبه لا يخفى فساده وقال صاحب النهاية ويقبل فيها اي في الديانات قول العبد والحر والامة لان في امور الدين
خبر العبد كخبر الحر كما في رواية الاخبار وتبعه صاحب معراج الدراية كما هو دابه في اكثر المواضع اقول في كلامهما ايضا نوع محذور لانهما جعلا الحر
مقيسا عليه او مشبها به وهو داخل ايضا في المقيس هنا وكان مما يلزم اثباته ايضا هنا فكيف يتم ان يجعل مقيسا عليه او مشبها به لاحد قسميه قبل
ان يتبين حال نفسه فالتعليل التام الشامل للكل ما ذكره المصنف بقوله لان عدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه **قوله** وان اراق الماء
ثم تيمم كان احوط اقول به اشكل عندي لانه اذا كان اكبر رايه انه صادق كان نجاسة الماء راجحة عنده فاذا اراق هذا الماء على اعضاء الوضوء
كان الراجح ان يتنجس تلك الاعضاء وحينئذ اذا تنجست اعضاؤه لم تجز صلوته لعدم الطهر والمفروض انتقاضها اخيرا مطهرا والا لم يجز التيمم فكان ينبغي ان يكون
الاحتياط اذ ذاك في ترك الاراقة لتاديتها الى محذور شديد بخلاف الاحتياط بالتيمم بعد الوضوء فيما اذا كان اكبر رايه انه كاذب كما ياتي من بعد
فان التيمم هناك بشئ طاهر فلا يلزم محذور اصلا فليتامل **قوله** ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة اقول لقائل ان يقول
لانسلم سقوط احتمال الكذب مع مجرد العدالة بدون ان يصل حد التواتر كيف وقد صرحوا في علم الاصول بان خبر الواحد العدل وان كان صحابيا
لا يوجب اليقين بل احتمال الكذب قائم وان كان مرجوحا والا لزم القطع بالقطعيين عند اختيار العدلين بهما ولهذا قالوا انه لا يفيد الا غلبة الظن
دون اليقين ويوافقه قول المصنف لما مر لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه والجواب ان مراد المصنف باحتمال الكذب في
قوله ومع العدالة يسقط احتمال الكذب هو الاحتمال الظاهر الذي يعتد به شرعا دون مطلق الاحتمال وعن هذا قال صاحب الكافي ومع العدالة
يسقط احتمال الكذب شرعا لانها عبارة عن الانزجار عن المعاصي والكذب فيها فكان منزجرا عنه انتهى فان قلت اذا بقي احتمال بالكذب
في العدالة فما معنى قوله فلا معنى للاحتياط بالاراقة قلت مراده انه لا معنى للاحتياط بالاراقة في صورة العدالة احتياطا فيما مثل الاحتياط بها
في صورة التحري في خبر الفاسق والمستور فان قلت اذا كان مفاد خبر العدل هو الظن دون اليقين فما معنى قول المصنف في مقابلة ذلك
واما التحري فحجر وظن قلت مفاده انه حجر ويحصل به ظن لاغلبة ظن بخلاف عدالة المخبر فان الحاصل هناك غلبة الظن وهي اقوى من الاول فافهم قولا

قوله وهذا الان اجابة الدعوة سنة قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم فلا يتركها لما اقترن بها من البدعة من غيره كصلوة
الجنازة واجبة وان حضرها نائحة قيل عليه انه قياس السنة على الفرض وهو غير مستقيم فانه لا يلزم من تحمل الحقير ولا قامة الفرض تحمله ولا قائلة ان السنة
واجب بانها سنة في قوة الواجب لورود الوعيد على تاركها قال صلى الله عليه وسلم من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم كذا في العناية وغاية
الشروح اقول الجواب منظور فيه لانهم ان اراد وا بقولهم انها سنة في قوة الواجب انها مثل الواجب في الاحكام كما يفصح عنه قول صاحب العناية
والكفاية فيثبت الحكم فيها على وفاق ما ثبت في الواجب فهو مشكل على قواعد علم الاصول اذ قد تقرر فيه ان كون السنة قسيما الواجب ومغايرة له
في الاحكام حيث صرحوا فيه بان الواجب مما كان فعله اولى من تركه مع منع منع تركه والسنة مما كان فعله اولى من تركه بلا منع تركه فان تارك الواجب

قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم فلا يترك لها لما اقترنت به من البدعة من غير كراهة الصلوة الجنازة واجبة الاقامة وان حضر تخير اباحة فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر لم يصبر هذا اذا لم يكن مقتدى فان كان ولم يقدر على منعهم خرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين وانما حكى عن ابي حنيفة مرة في الكتاب كان قبل ان يصير مقتدى ولو كان ذلك على المائدة لا ينبغي ان يقعد ان لم يكن مقتدى لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين

يستحق العقوبة بالنار وتارك السنة لا يستحقها بل يستحق حرمان الشفاعة فكيف يتصور الاشتراك في الاحكام وان اراد ان قولهم انها سنة في قوة قولنا واجب مجرد بيان تاكد سنيتها فهو لا يجدي نفعا في دفع السوال اذ لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الواجب تحمله لاقامة السنة وان كانت مؤكدة تاكدا ما تضور التفاوت بينهما في الحقيقة والاحكام فلا تتم القياس على ان صلوة الجنازة فرض لا واجب محض فعلى تقدير ان يكون اجابة الدعوة في حكم الواجب بل في نفس الواجب لا يندفع السوال ايضا اذ لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الفرض تحمله لاقامة الواجب لثبوت الفرض بدليل قطعي دون الواجب ولهذا يكفر جاحد الاول دون الثاني فلا وجه للقياس واجاب صاحب العناية عن السوال المذكور بوجه آخر حيث قال ويجوز ان يقال وجه التشبيه اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة انتهى اقول ليس غرض الشيخ الا ان تشبيه اجابة الدعوة لصلوة الجنازة في مجرد الاقتران بالبدعة مع ظهور الفرق بينهما في القوة والضعف لا يفيد شيئا فتسيا فيلزم ان يكون قول المصنف كصلوة الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتها نياحة كلاما زائدا خارجا عن صنعة الفقه وحاشاه ثم اقول يمكن ان يجاب عن ذلك السوال بوجه آخر وهو ان اجابة الدعوة وان كانت سنة عندنا ابتداء الا انها ينقلب الى الواجب بقاء اي بعد الحضور الى محل الدعوة حيث يلزمه حق الدعوة بالتزامه اجابتها كما اشار اليه المصنف فيما بعد فتصير نظير الصلوة النافلة فانها ينقلب الى الواجب بل الى الفرض بالتزام اقامتها بالشروع فيها كما تقرر في محله ولذلك لو علم المدعو البدعة قبل الحضور لزمه ترك اجابة الدعوة كما سيجيء فيكون قوله كصلوة الجنازة واجبة وان حضرتها نياحة قياس الواجب على الواجب في المال فيندفع الاشكال ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح ردا الدليل المذكور في الكتاب حيث قال لان اجابة الدعوة سنة فلا تترك بسبب بدعة كصلوة الجنازة تحتها النياحة لانه ان اراد بمطلق الدعوة فلا نسلم ان اجابتها سنة وان اراد الدعوة على وجه السنة فلا نسلم التقريب بل لان حق الدعوة يلزمه بعد الحضور لا قبله الى ههنا كلامه وقصد بعض المتاخرين الجواب عن ذلك فقال ثم المراد بالاجابة المسنونة في قوله لان اجابة الدعوة سنة ليعم الاجابة ابتداء وانتهاء والاجابة انتهاء فقط حتى يتم التقريب لان فرض المسئلة في حق دعواه اقترنت بالمعصية وفيها لا يسن الاجابة ابتداء كما سيجيء فاذا عرف المدعو ذلك قبل الاجابة لا يجب عليه الاجابة اصلا واما اذا هجم عليه ولم يعرفه كما هو المفروض بدليل قوله فوجد ثم يجب عليه الجلوس والصبر والاكل وهذا اجابة انتهاء وبهذا ينطبق الدليل على المدعى فلا يرد عليه ما قيل ان اراد بقوله لان اجابة الدعوة سنة ان اجابة مطلق الدعوة سنة فلا نسلم ذلك لما سيجيء ان الدعوة اذا اقترنت شيئا من المحرم يلزمه حق الدعوة وان اراد ان اجابة الدعوة على وجه المسنية كذلك فلا يتم التقريب ووجه الاندفاع ظاهر لانه وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء اذا هجم فقاس الى ههنا كلام ذلك البعض اقول لا يذهب على ذوي فطانة ان هذا كلام خال عن التحصيل ابتداء وانتهاء اما خلوه عن التحصيل ابتداء فلانه لا معنى لاجابة الدعوة انتهاء فقط اذ لا يتصور تحقق اجابة الدعوة انتهاء بدون تحققها ابتداء لان عدم تحقق اجابة الدعوة من المدعو ابتداء انما يتصور بعدم مجيئه الى محل الدعوة اصلا لاجل اجابة تلك الدعوة فان كيف يتصور منه اجابة تلك الدعوة انتهاء اجابتها انتهاء فرع مجيئها الى محل الدعوة اولا وليس فليست وانما الذي يتصور وقوعه عكس ذلك وهو الاجابة ابتداء فقط كما اذا دعي الى وليمة او غيرها فاجاب وذهب الى محل الدعوة فوجد ثم لعبا او غناء فلم يقعد ولم ياكل فانه يوجد هناك الاجابة

وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر لانه لم يلزمه حق الدعوة

ابتداء لا انتهاء كما لا يخفى وصورتها الشرعية فيما اذا كان المدعو مقتدى ولم يقدر على منعهم كما يجئ في الكتاب والعجب ان ذلك القائل ذكر الاجابة ابتداء وانتهاء والاجازة انتهاء فقط ولم يذكر الاجابة ابتداء فقط وكتب بحق قوله والاجابة الوقوع وبالعكس ولم يدر ان تحقق انتهاء الشئ في الخارج يستلزم تحقق ابتدائه فيه دون العكس كما لا يخفى واما خلو كلامه عن تحصيل انتهاء فلان الظاهر من قوله ووجه الاندفاع ظاهر لانه وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء اذا هجم انه اختار كون المراد ان اجابة مطلق الدعوة سنة لان عدم لزوم حق الدعوة كان من متفرعات منع ذلك ولكن ما ذكره في وجه الاندفاع ليس بسديد لانه اذا علم المدعو قبل الحضور ان الدعوة قارنت شيئا من البدعة لم يلزمه الاجابة اصلا كما يجئ في الكتاب وذكره ذلك القائل ايضا في اثناء كلامه ويكفي لسند منع ان اجابة مطلق الدعوة سنة هذه الصورة فقط فلا وجه لقوله لانه وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء اذا هجم لان لزوم حق الدعوة للمدعو انتهاء اذا هجم عليه انما يكون بان علم ذلك قبل الحضور وهو صورة اخرى غير الصورة الاولى التي هي السند للمنع المذكور ولا شك انه لا يلزمه حق الدعوة في الصورة الاولى لا ابتداء ولا انتهاء فكيف يكون ما ذكره وجها للاندفاع والصواب في الجواب عما ذكره صاحب الاصلاح والايضاح اختيار الشق الثاني من ترديده وهو كون المراد ان اجابة الدعوة على وجه السنة سنة وبيان تمام تقريب الدليل بان الدعوة على ثلثة اوجه الاول ان دعي الى وليمة او طعام ولم يكن فيه شئ من البدع اصلا والثاني ان دعي الى ذلك ولم يذكر حين الدعوة ان ثمة شيئا من البدع ولم يعلمه المدعو قبل الحضور ولكن هجم عليه والثالث ان دعي الى ذلك وذكر ان ثمة شيئا من البدع فعلمه المدعو قبل الحضور ففي الوجهين الاولين كانت الدعوة على وجه السنة فتكون الاجابة سنة وفي الوجه الثالث لم تكن الدعوة على وجه السنة فلا يكون الاجابة لازمة للمدعو اصلا والمسئلة التي نحن فيها من الوجه الثاني من تلك الاوجه فيتمشى فيها الدليل المذكور فيتم التقريب تامل تفقه **قوله** وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يقبله اقول لقائل ان يقول الحديث المذكور يعم ما بعد الحضور وما قبله اذ قد تقرر في علم الاصول ان المعرف باللام اذا لم يكن للعهد الخارجي فهو للاستغراق والدعوة في قوله عليه الصلوة والسلام من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم معرفة باللام ولم يظهر هناك معهود خارجي فهي للاستغراق فيعم كل دعوة والجواب انه ان كان عاما من حيث اللفظ فهو مخصص بالنصوص الدالة على وجوب الاجتناب عن اقتراف تلك البدع بلا ضرورة توفيقا بين النصوص عما امكن وقد دعت الضرورة الى الصبر فيما اذا علم بعد الحضور لانه قد لزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا علم قبل الحضور اذ لم يلزمه ذلك هناك كما بينه المصنف فافترقا **قوله** ودلت المسئلة على ان الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب لان محمدا رحمه الله اطلق اسم اللعب والغناء بقوله فوجد ثمة اللعب والغناء فاللعب وهو اللهو حرام كذا في العناية وهذا القدر من التعليل كاف في بيان دلالة المسئلة على ان الملاهي كلها حرام وهو الصحيح المختار عندي وقد زاد جمهور الشراح على ذلك كلاما آخر حيث قالوا فاللعب وهو اللهو حرام بالنص قال النبي صلى الله عليه وسلم لهو المؤمن باطل الا في ثلث تاديبه فرسه وفي رواية ملاعبته بفرسه رميه عن قوسه وملاعبته مع اهله وهذا الذي ذكره محمد ليس من هذه الثلث وكان باطلا انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان زيادة قولهم بالنص في قولهم فاللعب وهو اللهو حرام بالنص يدل على ان الدليل

بخلاف ما اذا جمعهم عليه لانه قد لزمه وقد علمت المسئلة على ان الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب

على حرمته اللهو هو النص والكلام في دلالة المسئلة على ذلك فلا يتم التقريب بخلاف ما اذا لم يوت بتلك الزيادة اذ يكون قولهم فاللعب وهو اللهو حرام اذ ذاك متفرعا على ما قبله وهو اطلاق محمد اسم اللعب والغنا بقوله فوجد ثمة اللعب والغنا فيصير حاصل التعليل ان محمدا لما اطلق اسم اللعب والغنا في ما يتلك المسئلة ولم يقيده بنوع علم ان اللعب الذي هو اللهو حرام مطلقا وهو جيد مفيد للمدعى واما ثانيا فلان قولهم وهذا الذي ذكره محمد ليس من هذه الثلاث فكان باطلا ينافر قولهم في اول التعليل لان محمدا اطلق اسم اللعب والغنا اذ على تقدير ان لا يكون ما ذكره محمد في ما يتلك المسئلة من هذه الثلاث يلزم ان لا يكون اسم اللعب فيها مطلقا بل ان يكون مقيدا بغير هذه الثلاث لا يقال مرادهم باطلاق محمد اسم اللعب اطلاقه بالنسبة الى ما عدا هذه الثلاث لا بالنسبة الى كل لعب فلا تنافر لانا نقول لا يساعده لفظ محمد لانهم انما اخذوا اطلاقه اسم اللعب من قوله فوجد ثمة اللعب والغنا ولا يخفى ان قوله المذكور انما يقتضي الاطلاق بالنسبة الى جنس اللعب لا بالنسبة الى بعض منه وهو ما عدا الثلاث المذكورة ثم اقول بقي شئ في اصل كلام المصنف وهو انه لو اعتبرت دلالة المسئلة المذكورة على ان الملاهي كلها حرام وجاز العمل بهذه الدلالة لزم القول بحرمة الصور الثلاث المستثناة في الحديث ايضا ولم يقل بها احد اللهم الا ان يقال تلك الثلاث مستثناة في كلام محمد تقديرا بناء على كونها مستثناة في الحديث صريحا ويجعل شهرة الحديث قرينة على ذلك ثم ان صاحب العناية قال لا يقال الحيوة الدنيا لعب ولهو لقوله تعالى اعلموا انما الحيوة الدنيا لعب ولهو والحيوة الدنيا ليست بحرام لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام وهو ما استثناه النبي صلى الله عليه وسلم في قوله لهو المومن باطل الا في ثلث تاديبه لفرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع اهله انتهى كلامه اقول اراد بالقياس في قوله لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام القياس المنطقي الذي ذكره في السوال على الشكل الثالث من الاشكال الاربعة لقسمة الاقتراني وبالحاصل منه نتيجته واشار بقوله لبعض اللهو واللعب الى جزئية تلك النتيجة بناء على ان الشكل الثالث لا ينتج الا جزئية كما تقرر في موضعه فبطل قول بعض الفضلاء وهنا لكن القياس الاول يقتضي الكلية كما لا يخفى فكانه غفل عن كون القياس المذكور على الشكل الثالث او عن كون نتيجة الشكل الثالث جزئية لا غير وقال بعض المتاخرين هنا ان شرط انتاج الشكل الثالث كلية احدى مقدمتيه وهي هنا منتفية انتهى اقول ليس هذا ايضا بصحيح اذ الظاهر ان كلتي مقدمتي القياس المذكور كليتان صغراهما موجبة كلية وكبراهما سالبة كلية وان حمل السلب في الثانية على رفع الايجاب الكلي دون السلب الكلي فكلية الاولى مقررة واداة سور الكلية هي اللام الاستغراقية الداخلة على الحيوة الدنيا وليست اداة سورها منحصرة في لفظة كل بل كل ما يدل على الكلية من الالفاظ فهو اداة سورها كما صرحوا به ثم اقول في الجواب الذي ذكره صاحب العناية نظر فان قوله لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام جيد واما قوله وهو ما استثناه النبي عليه السلام فلا لان القياس المذكور انما ينتج ان بعض اللهو واللعب وهو الحيوة الدنيا ليس بحرام فان الذي كان حدا اوسطا في ذلك القياس هو الحيوة الدنيا فهي المراد بالبعض في النتيجة ونظير هذا ما اذا قلنا كل انسان حيوان ولا شئ من الانسان بفرس فانه ينتج ان بعض الحيوان الذي هو الانسان ليس بفرس لا ان بعضه اي بعض كان ليس بفرس والا لم يكن للحد الاوسط تاثير ودخل في النتيجة وليس كذلك قطعا وهذا كله غير خاف على من له دراية بعلم الميزان فاذا كانت النتيجة في القياس المذكور ان

وكذا قول ابي حنيفة رحمه الله ابتليت كان الابتلاء بالمحرم يكون

بعض اللهو واللعب الذي هو الحيوة الدنيا ليس بحرام فلا معنى لتخصيصه بالصور الثلاث المستثناة في الحديث لان ما لا يحرم من امور الدنيا كثير لا يحصى نعم الوجه للتخصيص على ان ما ذكره من الجواب لا يحسم مادة السوال لامكان ان يورد السوال بصورة القياس الاستثنائي ويقال لو كانت الملاهي كلها حراما لكانت الحيوة الدنيا ايضا حراما لانها لعب ولهو لقوله تعالى اعلموا انما الحيوة الدنيا لعب ولهو ولكن الحيوة الدنيا ليست بحرام ينتج ان الملاهي كلها ليست بحرام ولا شك ان الجواب المذكور لا يتمشى حينئذ فالصواب في الجواب ان يقال ليس المراد بقوله تعالى اعلموا انما الحيوة الدنيا لعب ولهو انها لعب ولهو حقيقة بل المراد والله اعلم انها لعب ولهو على طريق التشبيه البليغ يعني انها كاللعب واللهو في سرعة فنائها وانقضائها صرح به في التفاسير فلا يلزم من عدم حرمة الحيوة الدنيا عدم حرمة اللعب واللهو ايضا كما لا يخفى قوله وكذا قول ابي حنيفة ابتليت لان الابتلاء بالمحرم يكون يعني وول ايضا قول ابي حنيفة ابتليت على ان الملاهي كلها حرام لان الابتلاء لا يكون الا بالمحرم وقد اشار الى هذا القصر بتقديم الجار والمجرور على الفعل في قوله بالمحرم يكون اقول لقائل ان يقول دلالة قوله ابتليت على حرمتها وجده ثم مسلمة بناء على ان الابتلاء لا يكون الا بالمحرم ودلالته على حرمة كل الملاهي كما هو المدعى ممنوعة كيف وقد قال ابتليت بهذا مرة انتهى ولا شك ان ما ابتلى به مرة لا يكون شيئا معينا منها واعترض عليه صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال في شرح الوقاية قالوا قوله ابتليت يدل على الحرمة ويمكن ان يقال ان الصبر على الحرام لاقامة السنة لا يجوز والصبر الذي قال ابو حنيفة جاز ان يكون جالسا معرضا عن ذلك اللهو منكرا له غير مشتغل ولا متلذذ به انتهى اقول ذاك ساقط لان اجابة الدعوة وان كانت سنة ابتداء الا انها تصير واجبة بقدر حيث يلزم حق الدعوة بعد الحضور لالتزامه الاجابة بالحضور كما هو الشان في سائر النوافل من الصلوة والصوم ونحوهما فان كلا منها تصير واجبة بالشروع فيما فكان الصبر على الحرام فيما قال ابو حنيفة لاقامة الواجب فيجوز كما في صلوة الجنازة اذا حضرتها النياحة وقد مر منا مثل هذا الجواب فيما قبل فتذكرتم ان جواز كون ابي حنيفة جالسا معرضا عن ذلك اللهو منكرا له غير مشتغل ولا متلذذ به لا يدفع حرمة ذلك اللهو ولا حرمة الجلوس عليه اذ قد ذكر في الكافي والشروح ان الصدر الشهيد روى في كراهيته الواقعات عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال استماع الملاهي معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ بها من الكفر ومدلول هذا الحديث ان مجرد الجلوس على اللهو فسق فاني يتصور اختيار ذلك من مثل الامام الاعظم لو لم يعارض وجوب اجابة الدعوة بعد الحضور شر ذلك فتامل وقد اورد صاحب الاصلاح والايضاح ما اورده صدر الشريعة مع زيادة بعض من المقدمات سيما في اول ايراده حيث قال بعد قوله ودل قوله على حرمة كل الملاهي وان الابتلاء بالمحرم يكون كذا قالوا وفيه نظر لان الابتلاء يستعمل فيما هو مخطور العواقب ولو كان مباحا ومنه قوله عليه السلام من ابتلي بالقضاء والحديث ثم ان الصبر على الحرام رعاية لحق الدعوة لا يجوز لان السنة تترك حذرا عن ارتكاب المحظور فالظاهر ان جلس معرضا عن ذلك اللهو منكرا له غير مستمع له فلم تتحقق سنة الجلوس على اللهو فعلى هذا لا يكون مبتلى بحرام انتهى وقد نقله بعض المتاخرين بتقصير وتحريف وغراه في الحاشية الى صاحب الاصلاح والايضاح ثم قصد رده فاتى بكلام مفصل مشوش قائل للمدخل والخرج تركنا ذكره وبيان ما فيه تحاشيا عن الاطناب والملل ومن شاء فليراجع كتابه

فصل في اللبس قال لا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء لان النبي عليه السلام نهى عن لبس الحرير وقال انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وانما حل للنساء بحديث آخر وهو ما رواه عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهم علي رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم خرج باحدى يديه حريرا وبالاخرى ذهبا وقال هذان حرامان على ذكور امتي حلال لاناثهم ويروى حل لاناثهم الا ان القليل عفو وهو مقدار ثلثة اصابع او اربع كالاعلام والمكفوف بالحرير لما روى انه عليه السلام نهى عن لبس الحرير الا موضع اصبعين او ثلث او اربع اراد الاعلام عنه عليه السلام انه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير

فصل في اللبس قال صاحب العناية لما ذكر مقدمات مسائل الكراهية ذكر ما يتوارد على الانسان مما يحتاج اليه بالفصول فقدم اللبس على الوطي لان الاحتياج الى اللبس اشد منه الى الوطي انتهى كلامه وقفى اثره صاحب الغناية في هذا المعنى ولكن بعبارة اقصر اقول صدور هذا التوجيه منهما في غاية الاستبعاد فان مقتضاه العكس عما يقدم من الفصل الاول المعقود لبيان الاكل الشرب ما ذكر فيه من مسائل كثيرة متعلقة بالاكل والشرب مقصودة بالذات غير صالحة لان تكون من مقدمات مسائل الكراهية كما ترى الصواب في وجه الترتيب ان يقال قدم فصل الاكل والشرب لان احتياج الانسان الى الاكل والشرب اشد وعقبه على فصل اللبس فقدمه على فصل الوطي لان احتياج الانسان الى اللبس اكثر من احتياجه الى الوطي والتحقيق الاول في جميع الاوقات دون الثاني وقد اشير الى هذا التوجيه في معراج الدراية فقوله

وانما حل للنساء بحديث آخر وهو ما رواه عدة من الصحابة الى آخره لما ذكر حرمة لبس الحرير على الرجال وحله للنساء واستدل على الحرمة بما يعم الرجال والنساء لزمه ان يقول وانما حل للنساء بحديث آخر فان قيل الحرام والمسيح اذا اجتمعا يجعل المحرم متاخرا كيلا يلزم النسخ مرتين وهنا لو تاخر قوله عليه السلام هذان حرامان الحديث يلزم النسخ مرتين في حق الاناث فيجعل قوله عليه السلام حل لاناثهم مقدما قلنا انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة يحتمل ان يكون بيانا لقوله حرامان على ذكور امتي لان هذا وعيد لا بيان حكم فيحمل عليه تعليلا للنسخ ولان قوله هذان حرامان الحديث نص لبيان التفرقة في حق الحل والحرمة للذكور والاناث وقوله انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة لبيان الوعيد في حق من لبس الحرام فكانا كالظاهر والنص راجح على الظاهر او نقول الدليل دل على ان مقتضى الحل للاناث متاخر وهو استعمال الاناث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير ونكير آية قاطعة على تاخره كذا ذكر السوال والجواب في شرح تاج الشريعة والكفاية قال صاحب العناية في تقرير السوال والجواب هنا فان قيل الحديث الدال على حله لهن انما يكون قبل الاول فينسخ به او بعده فيتعارضان لان العام كالخاص في افادة القطع عندنا او لا يعلم التاريخ فيجعل المحرم متاخرا للنسخ مرتين فالجواب انه بعده بدليل استعمالهن اياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير نكير وذلك آية قاطعة على تاخره فينسخ به المحرم وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع انتهى كلامه اقول تقرير السوال على الوجه الذي ذكره صاحب العناية ليس بسديد لان الترديد الثالث المذكور فيه قبيح جدا بل مختل المعنى فانه ان اراد بقوله في الشق الثاني فيتعارضان انهما حينئذ يتعارضان فليتا قطان ليس بصحيح اذ المتاخر يكون ناسخا للمتقدم البتة فحينئذ التعارض في التساوي في القوة وانما التساقط فيما اذا لم يعلم التاريخ ولم يمكن الجمع بينهما بطلب المخلص كما تقرر كله في علم الاصول وان اراد بذلك انهما يتعارضان ويكون المتاخر ناسخا للمتقدم فهو يدفع السوال عن المقام فلا وجه لدرجه في جانب السوال والاقول في الجواب الذي ذكره ايضا اشئ وهو اني ذكرني الشروح وسائر المعتبرات انه قال بعض الفقهاء ليس الحرير حراما على النساء ايضا لعموم النهي ولما حدث الطحاوي عن ابي بكرة عن ابي داود عن شعبة قال اخبرني ابو بيان قال سمعت ابن الزبير مخطب يقول يا ايها الناس لا يلبسوا نساءكم الحرير فاني سمعت عمر بن الخطاب يقول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من لبس الحرير في الدنيا لم يلبسه في الآخرة فقد ظهر ان بعض الفقهاء سيما ابن الزبير رضي الله تعالى عنه انكروا استعمال النساء الحرير فكيف يتم ان يقال في الجواب انه بعده بدليل استعمالهن اياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير نكير فتامل ثم قال صاحب العناية فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان اشارة الى جزئيين فمن اين العوام اجيب بان العموم المراد الجنس ولئن كان شخصا فغيره ملحق به بالدلالة انتهى اقول في الجواب بحث وهو انه قد تقرر في علم الاصول ان عبارة النص مترجح على اشارته واشارته ترجح على دلالته فعلى تقدير ان يكون غير الشخص المشار اليه

قال ولا باس بتوسده والنوم عليه عند ابي حنيفة وقالا يكره وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد وحده ولم يذكر قول ابي يوسف وانما ذكره القدوري وغيره من المشايخ وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الابواب لهما العمومات وكانه من زي الاكاسرة والجبابرة والتشبه بهم حرام قال عمر رضي الله عنه اياكم وزي الاعاجم وله ما روي انه عليه السلام جلس على مرفقة حرير وقد كان على بساط عبد الله بن عباس رضي الله عنهما مرفقة حرير وكان القليل من الملبوس مباح كالاعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع كونه نموذجا على ما عرف قال ولا باس بلبس الحرير والديباج في الحرب عندهما لما روي الشعبي رحمه الله انه عليه السلام رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب ولان فيه ضرورة فان الخائض منه ادفع لمعرة السلاح واهيب في عين العدو ولبريقه ويكره عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا فصل فيما رويناه والضرورة اندفعت بالمخلوط وهو الذي لحمته حرير وسداه غيره ولبس غير ذلك والمخلوط لا يستباح الا للضرورة

في قوله عليه السلام هذا ان حراما ان الحديث ملحقا به بالدلالة يلزم ان يرجح الحديث الدال عبارة او اشارة على حرمة لبس الحرير مطلقا على الذكر والانثى كقوله عليه السلام انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة على هذا الحديث في حق ما افاده دلالة وهو حل لبس الحرير الذي هو غير الشخص المشار اليه في هذا الحديث للمنافاة فلزم ان لا يتعرض هذا الحديث حجة لحل لبس الحرير الغير المشار اليه للمنافاة فمن اين ثبت العموم قوله ولا باس بتوسده والنوم عليه عند ابي حنيفة وقالا يكره قال الشراح يعني للرجل والمراة جميعا بخلاف اللبس واخذهم الخلاصة فان قال فيها والرجل والمراة في هذا سواء بخلاف اللبس وعن هذا قال في النهاية كذا في الخلاصة وقال في معراج الدراية ذكره في الخلاصة اقول تعميم قول الامامين هنا للمراة ايضا مشكل فان قول النبي صلى الله عليه وسلم حلال لاناثهم ليس بمقيد باللبس بل الظاهر انه لعم التوسد والنوم عليه ايضا وهما مع كونهما مستدلين على مدعاهما ههنا بالعمومات كيف يتركان العمل بعموم هذا الحديث المشهور الذي رواه جماعة من كبار الصحابة رضي الله عنهم قوله لهما العمومات قال صاحب النهاية وهي ما ذكره من قوله نهى عن لبس الحرير وقوله انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وما روي عن عمر رضي الله تعالى عنه اذا استقبل حبشا من الغزاة رجوا بغالكم ولبسوا الحرير فلما وقع بصره عليهم اعرض عنهم فقالوا لم اعرضت عنا قال لاني رايت عليكم ثياب اهل النار انتهى واقتفى اثره صاحب العناية في بيان المراد من العمومات لهذه المذكورات اقول حمل العمومات على هذه المذكورات لا يكاد يتم لان مدلول كل من هذه المذكورات انما هو حرمة لبس الحرير والكلام ههنا في توسده والنوم عليه والظاهر انهما ليسا بلبس اذ لا يقال لمن توسد شيئا او نام عليه انه لبسه لا في اللغة ولا في العرف فاني يوجد العموم اللهم الا ان يقال التوسد والافتراش وان لم يكونا لبسا في الحقيقة الا انهما في حكم اللبس في تحقق الاستعمال والانتفاع بهما فصار المحقين باللبس عندهما وكان مرادهما بالعموم هو العموم دلالة لا عبارة لكنه تعسف جدا كما لا يخفى وقال تاج الشريعة في بيان العمومات وهي هذا ان حراما ان الحديث وقوله عليه السلام لان اتكئ على جمرة الغضا احب الي من ان اتكئ على مرفقة حرير وعن علي رضي الله عنه انه اتي بدابة على شرجها حرير فقال هذا لهم في الدنيا ولنا في الآخرة انتهى واقتفى اثره صاحب الكفاية في هذا البيان اقول هذا اشبه من الاول ولكن فيه ايضا شيء فان العموم في الحديث الاول ظاهر حيث لم يقيد الحرمة فيه بشيء من اللبس والتوسد وغيرهما واما في الاخيرين فلا لان الشاني مخصوص بالاتكاء والثالث مخصوص بالفعل في الشرح من القعود والافتراش فلم يظهر في شيء منهما العموم الا ان ينظر في الثالث الى مجرد قوله هذا لهم في الدنيا والآخرة مع قطع النظر عما قبله فحينئذ يتحقق العموم كما ترى قوله والمخطور لا يستباح الا للضرورة قال بعض المتاخرين قوله والمخطور لا يستباح الا للضرورة يوهم ان ما لحمته حرير وسداه غيره مباح في غير الحرب ايضا فحق التعبير والضرورة اندفعت باباحة الادنى فلا حاجة الى اباحة الاعلى ولو حملنا المعنى على ان المخطور لا يستباح الا للضرورة فاذا امكن اندفاعها بالادنى منه لا يصار الى اباحة الاعلى كان الكلام من قبيل الايجاز المخل اقول ليس هذا بشيء فان جميع مقدماته مجروح اما قوله والمخطور لا يستباح الا للضرورة يوهم ان ما لحمته حرير وسداه غير مباح في غير الحرب ايضا فلان ذلك الايهام انما يتصور ان لو تحققت الضرورة في غير الحرب ايضا وليس فليس واما قوله فحق التعبير والضرورة اندفعت

ومارواه محمول على المخلوط قال وكا باس بلبس ماسداه حرير ولحمته غير حرير كالقطن والخز في الحرب وغيره كان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يلبسون الخز والخز مسدى بالحرير وكان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى وقال ابو يوسف اكره ثوب القز يكون بين القز والظهارة لا اري بحشو القز باسا لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس قال وما كان لحمته حريرا وسداه غير حرير لا باس به في الحرب للضرورة ويكره في غيره لا بعدامها والاعتبار للحمة على ما بينا

بالاباحة الادنى فلا حاجة الى استباحة الاعلى فلان حق التعبير كيف يكون ذلك ورد عليه ان يقال يجوز ان يكون استباحة الاعلى للتوسعة بها لا للحاجة اليها فلا بد في دفع ذلك من المصير الى قول المصنف والمخطور لا يستباح الا لضرورة واما قوله ولو حملنا المعنى الى قوله كان الكلام من قبيل الايجاز المخل فلانه انما يكون الكلام على ذلك المعنى من قبيل الايجاز المخل ان لو كان قوله فاذا لم يمكن اندفاعها بالادنى منه لا يصار الى استباحة الاعلى مقدرا في كلام المصنف واما اذا كان مضمون ذلك القول مفهوما من المقدمة السابقة وهي قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط كما هو حقيقة الحال فلا يوجد الايجاز المخل في الكلام الذي ذكره المص كما لا يخفى وكان ذلك البعض لم يلاحظ ارتباط هذه المقدمة اعني قوله والمخطور لا يستباح الا لضرورة بالمقدمة السابقة عليها وهي قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط ولا شك ان قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط شروع في الجواب عن دليلهما العقلي وهو قولهما ولان فيه ضرورة الى آخره وقد اعترف به ذلك البعض في شرحه المقام ثم لا يذهب على الفطن ان الجواب عن ذلك لا يتم بمقدمة واحدة فقوله والمخطور لا يستباح الا لضرورة من تمام الجواب والمعنى ان المخطور الشرعي لا يستباح الا لضرورة والضرورة فيما نحن فيه قد اندفعت بالمخلوط الذي لحمته حرير وسداه غيره ذلك فلا مجال لاستباحة الخالص منه فالمقدمة الثانية في تقرير المصنف متقدمة في المعنى الا انه اخرها في الذكر لكون مساس المقدمة الاولى بدليلهما العقلي اكثر وتاثيرها في الجواب عن ذلك الدليل اظهر فلا غبار في كلام المصنف ههنا اصلا تامل تر شد **قوله** ومارواه محمول على المخلوط اقول فيه نظر لان ما رواه ترخيص النبي صلى الله عليه وسلم في لبس الحرير والديباج في الحرب والحمل على المخلوط ان صح في الحرير لا يصح في الديباج لان الديباج في اللغة والعرف ما كان كله حريرا قال في المغرب الديباج الذي سداه ولحمته ابريسم وقال الشراح جملة وجوه هذه المسئلة ثلثة الاول ما يكون كله حريرا وهو الديباج لا يجوز لبسه في غير الحرب بالاتفاق واما في الحرب فعند ابي حنيفة لا يجوز وعندهما يجوز والثاني ما يكون سداه حريرا ولحمته غيره ولا باس بلبسه في الحرب وغيره والثالث عكس الثاني وهو مباح في الحرب دون غيره فقد صرحوا في كلامهم بان الديباج ما كان كله حريرا فلا مجال للحمل على المخلوط في حقه **قوله** ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى قال جمهور الشراح في تعليل هذا الان الحكم اذا تعلق بعلة ذات وصفين يضاف الحكم الى آخرهما واللحمة آخرهما انتهى وقال بعض المتاخرين وقد يقال ولان الثوب لا يكون ثوبا الا بهما والشئ اذا تعلق وجوده بشيئين يضاف الى آخرهما وجودا اقول لا يخفى ان المصنف لم يعتبر في التعليل كون اللحمة آخر جزء من الثوب ولم يلتفت فيه الى المقدمة القائلة اذا تعلق وجود شئ بشيئين يضاف الى آخرهما وجودا فيكون كل منهما ذكر دليلا مستقلا مقطوعا عن الآخر يرشد اليه قول الزيلعي لان الثوب لا يصير ثوبا الا بالنسج والنسج باللحمة وكانت هي المعتبرة او نقول الثوب لا يكون ثوبا الا بهما فيكون العلة ذات وجهين فيعتبر آخرهما وهو اللحمة انتهى لكن لا يخفى عليك ان القول بان النسج يكون باللحمة وبهم بل هو باللحمة والسدى معا فالتعليل على الدليل الثاني ولهذا عدل عنه صاحب الكافي وقال ولانه بالنسج يصير ثوبا وهو باللحمة والسدى فيضاف كونه ثوبا الى آخر الاخرين وهو اللحمة وجعلت حكما في الاباحة ثم الفرق بين ما ذكره المصنف وبين ما نقلناه من الدليلين مع كونه ظاهرا خفي على بعض الشراح حيث حمل الاول بالثاني الى ههنا نقط ذلك البعض اقول لم اصب ذلك في رايه ههنا بل خرج عن سنن السداد اذ لا يخفى على ذي مسكة ان الدليل الذي ذكره المصنف لا يفيد المدعى بدون المقدمة

قال ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لانها في معناه الا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة لتحقق المعنى المنوخ والفضة اغنت عن الذهب اذهما من جنس واحد كيف وقد جاء في اباحة ذلك آثار وفي الجامع الصغير ولا يتختم الا بالفضة وهذا نص على ان التختم بالحجر والحديد والصفر حرام ورأى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم على رجل خاتم صفر فقال مالي اجد منك رائحة الاصنام ورأى على اخر خاتم حديد فقال مالي ارى عليك حلية اهل النار ومن الناس من اطلق في الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه

الى المقدمة القائلة ان الحكم اذا تعلق بشيئين يضاف الى آخرهما لان النسج انما يحصل باللحمة والسدى معا لا باللحمة وحدها اذ النسج انما هو تركيب اللحمة بالسدى كما صرحوا به فلا يثبت كون الاعتبار باللحمة دون السدى الا بملاحظة تلك المقدمة فاذا لم يفد ما ذكره المص المدعى بدون المصير الى تلك المقدمة لم يبق احتمال ان يكون هذا دليلا مستقلا وتلك المقدمة دليلا آخر فلا يجدي نفعا جمهور الشراح على كون تلك المقدمة معتبرة فيفاد المصنف بنعمهم اياها اليه بطريق التعليل لقوله وكانت هي المعتبرة دون السدى واصابوا فيما فعلوا حيث حملوا الدليل الذي ذكره المصنف على المعنى الصحيح التام مع تحمل كلامه اياه فان عدم اعتباره في التعليل كون اللحمة اخر جزء من الثوب ليس اعتبار العدمه وعدم الثقات فيه الى التصريح بتلك المقدمة يجوز ان يكون بناء على ظهور اعتبارها فيه او اعتمادا على تقرره في كلمات المشايخ وليس في كلامه ما يمنعه فانه قال في اللحمة بدون القصر عليها وكانه قال وتمام النسج او آخر النسج باللحمة والعجب من ذلك البعض انه مع اعترافه ببطلان ما ذكر في كلام المصنف بدون اعتبار اضافة الحكم الى آخر الجزئين حيث قال لا يخفى عليك ان القول بان النسج يكون باللحمة وهم بل هو باللحمة والسدى معا جعل ما ذكره المصنف دليلا مستقلا بدون المصير الى تلك المقدمة فاختار بطلان ما ذكره المصنف وغيره وما غيره الا عبارة الزيلعي ولم ينظر او لم يلتفت الى ما وقع في كلام محول المشايخ ممن جعل المجموع دليلا واحدا منهم صاحب البدائع فانه قال في تقرير الدليل المذكور ان الثوب يصير ثوبا باللحمة لانه انما يصير ثوبا بالنسج والنسج تركيب اللحمة بالسدى وكانت اللحمة كالوصف الاخير فيضاف الحكم اليه انتهى ومنهم صاحب المحيط وانه ايضا قال في تقرير ذلك لان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج انما يتأتى باللحمة اخرا فيضاف حيرورته ثوبا على اللحمة فاذا كانت اللحمة من الحرير كان الكل حريرا حكما انتهى ومنهم صاحب الكافي فانه ايضا جمع كما نقله ذلك البعض ثم انه يجوز ان يكون مراد الزيلعي بقوله او نقول الى آخره تقرير ذلك الدليل بعبارة اخرى من غير تعرض لقيد النسج لا ذكر دليل آخر مستقل مغاير للاول في المعنى والمال ترشد اليه انه قال بعد ذلك ولان اللحمة هي التي تظهر في المنظر فيكون العبرة بما يظهر دون ما يخفى انتهى حيث اعاد حرف التعليل وهي اللام في هذا الدليل اشارة الى استقلاله ولو كان مراده بما ذكره بقوله او نقول الى آخره ايراد دليل آخر مستقل لاعاد تمام ما في قوله ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لانه في معناه اقول لمانع ان يمنع كونه في معناه كيف وقد صرح فيما بعد بانه ادنى منه حيث قال في تعليل حرمة التختم بالذهب على الرجال ولان الاصل فيه التحريم والاباحة بضرورة التختم او التمويه وقد اندفعت بالاولى وهو الفضة ولا يخفى ان الادنى لا يكون في معنى الاعلى وتوضيحه ان معنى المصنف بقوله لانه في معناه اثبات عدم جواز التحلي بالفضة للرجال بدلالة النص الوارد في حرمة الذهب على الرجال وهو قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان على ذكور امتي وقد تقرر في علم الاصول ان شرط دلالة النص ان يكون المسكوت عنه اولى من المنطوق في الحكم الثابت للمنطوق او مساويا له فيه ولا يجوز ان يكون ادنى منه وليس الامر في الفضة كذلك لما عرفت ومن الناس من اطلق في الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر اقول الاستدلال على عدم حرمة التختم بالبشب بانه ليس بحجر مما لا اصل له لان ما ليس بحجر قد يكون مما يحرم التختم به بلا خلاف كالحديد والصفر ولم يرد نص في حرمة التختم بالحجر كورود في الذهب والحديد والصفر حتى يكون المقصود من نفي كونه حجرا هو الاحتراز عن كونه مورد النص الحرمة بل ورد النص في جواز التختم ببعض الاحجار كالعقيق فانه روي ان

المصنف في اثناء وهو على الشراح كلامه لعدم الالة

للنبي صلى الله عليه وسلم كان يتختم بالعقيق فانه روى قال يختموا بالعقيق فانه مبارك كما ذكر في الكافي وغيره فكان التشبث بكونه مجربا الظهر لنفي اثبات مدعى من قال بعدم حرمة التختم به من نفي كونه مجربا عن هذا قال الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير في فتاواه ظاهر لفظ الكتاب يقتضي كراهة التختم بالحجر الذي يقال له يشب والصحيح انه لا باس به لانه ليس بذهب ولا حديد ولا صفر بل هو حجر وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه تختم بالعقيق انتهى كلامه

قوله ويتختم بالذهب على الرجال حرام قال بعض المتاخرين هذا التصريح لما علم من قوله الا بالخاتم الا انه توطئة لما فصله من دلالته انتهى اقول ليس كذلك بل لان معنى قوله الا بالخاتم الا انه يجوز للرجال التحلي بالخاتم لانه استثنا من النفي اثبات بلا ريب ما ذكره وهنا حرمة التختم بالذهب على الرجال فكيف يكون هذا تصريحا بما علم من قوله الا بالخاتم والتخالف بين نفي جواز الشيء واثباته ضروري ولو قال هذا تصريح بما فهم من قوله من الفضة في قوله الا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة على القول بان مفهوم المخالفة معتبر في الروايات بالاتفاق كان له وجه لما قيل

فصل في الوطء والنظر واللمس لا يذهب على الناظر في المسائل المذكورة في هذا الفصل ان ما يتعلق منها بالوطء انما هي مسئلة جواز العزل عن امته بغير اذنها وعدم جواز ذلك في الحرة وان تلك المسئلة مع كون المقصود منها بيان مجرد جواز العزل وغير محلة لابيان حال الوطء نفسه قد ذكرت في آخر هذا الفصل فالمناسب ان يؤخر ذكرها الى آخر في عنوان الفصل ايضا فيقال فصل في النظر واللمس والوطء على ترتيب ذكر المسائل الآتية كما في الكافي والا يتبين من ذلك ان يبدل الوطء بالعزل في التعبير بعد التاخير ليحصل تمام الموافقة بين عنوان الفصل ومسائله ثم ان مسائل النظر اربعة اقسام نظر الرجل الى المراة ونظر المراة الى الرجل ونظر الرجل الى الرجل ونظر المراة الى المراة والقسم الاول منها على اربعة اقسام ايضا نظر الرجل الى الاجنبية الحرة ونظره الى من يحل له من الزوجة والامة ونظره الى ذوات محارمه ونظره الى امة الغير فبدا في الكتاب باول الاقسام من القسم الاول كما ترى **قوله قال** علي وابن عباس رضي الله عنهما الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف اقول الظاهر ان المقصود من نقل قول علي وابن عباس ههنا انما هو الاستدلال على جواز ان ينظر الرجل الى وجه الاجنبية وكفها بقولهما في تفسير قوله تعالى الا ما ظهر منها فان في تفسيره اقوالا من الصحابة لا يدل على المدعى بهما شيء منها سوى قولهما لكن دلالة قولهما على ذلك غير واضح ايضا اذ الظاهر ان موضع الكحل هو العين لا الوجه كله وكذا موضع الخاتم هو الا الكف كله والمدعى جواز النظر الى وجه الاجنبية كله والى كفيها بالكلية فالاولى في الاستدلال على ذلك هو المصير الى ما جا من الاخبار في الرخصة في النظر الى وجهها وكفيها منها ما روي ان امراة عرضت نفسها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فنظر الى وجهها ولم يرد فيها رغبة ومنها ما روي ان اسما بنت ابي بكر دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليها ثياب رقاق فاعرض عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا اسما ان المراة اذا بلغت المحيض لم يصلح ان يرى منها الا هذا وهذا واشار الى وجهه وكفيه ومنها ما روي ان فاطمة رضي الله عنها لما ماولت احد ابنيها بلالا والاخر سلمانا فلقته قمراي قطعته فدل على انه لا باس بالنظر الى وجه المراة وكفيها **قوله** وهذا اذا كانت شابة تشتهى اما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا باس بمصافحتها ومسها يدها لانعدام خوف الفتنة قال بعض المتاخرين اريد ان حرمة نفس الوجه والكف تختص بما اذا كانت شابة اما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا باس بمسها انتهى اقول ليس هذا بشيء صحيح اذ لم يذكر في هذا الكتاب ولا في غيره من كتب الفقه عدم الباس

اما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومسّ يدها لانعدام خوف الفتنة وقد روى ان ابا بكر رضى الله عنه كان يدخل بعض القبائل التى كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجائز وعبد الله بن الزبير رضى الله عنه استأجر عجوزا لتمرضه وكانت تغمز رجله وتفلى رأسه وكذا اذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها لما قلنا وان كان لا يأمن عليها لا تحل مصافحتها لما فيه من التعرض للفتنة والصغيرة اذا كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها لعدم خوف الفتنة قال فى بحر الفقه اذا اراد ان يحكم عليها والشاهد اذا اراد الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف ان تشتهى للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء واداء الشهادة ولكن ينبغى ان يقصد به اداء الشهادة او الحكم عليها لا قضاء الشهوة فحرز اعما يمكنه التحرز عنه وهو قصد التلذذ واما النظر لاجل الشهادة اذا اشتهى قيل يباح والاصح انه لا يباح لانه يوجد من لا يشتهى فلا ضرورة بخلاف حالة الاداء وعن ابى يوسف ان اراد ان يتزوج امرأة فلا بأس ان ينظر اليها وان علم انه يشتهيها لقوله عليه السلام فيه ابصرها فانه احرى ان يؤدم بينكما لان مقصوده اقامة السنة كالقضاء الشهوة ويجوز للطبيب ان ينظر الى موضع المرض للضرورة وينبغى ان يعلم امرأة مداواتها كان نظر الجنس الى الجنس اسهل فان لم يقدر وأتى بمن يصف موضع المرض لها نظر اليه

بمس وجه المرأة الاجنبية وان كانت عجوزا واما المذكور هنا وفى سائر الكتب عدم البأس بمس كفها اذا كانت عجوزا والاصل فيه ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصافح العجائز فى السفر ولا يصافح الشواب كذا فى المحيط وغيره وما روى عن ابى بكر وعبد الله بن الزبير رضى كما ذكر فى الكتاب يعم ظاهر الدليل العقلى وهو قوله لانعدام خوف الفتنة لا يابى عن التعميم لكن لا مجال لاختراع مسئلة بمجرد ذلك بدون ان تذكر فى الكتب نقلا عن الائمة او المشائخ ثم ان تاج الشريعة اعترض على قوله لانعدام خوف الفتنة وأجاب حيث قال فان قلت هذا تعليل فى مقابلة النص وهو ما ذكر فى الكتاب من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيمة قلت المراد امرأة تدعو النفس الى مسها اما اذا اشتهت العين من رؤيتها وانزوى الخاطر من لقائها فلا انتهى كلامه وتبعه صاحب الكفاية اقول يرد الاعتراض المذكور على قول المصنف فيما بعد وكذا اذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها لما قلنا فان قوله لما قلنا اشارة الى قوله لانعدام خوف الفتنة كما لا يخفى وقد صرح به بعض الشراح ولا يتمشى الجواب المزبور هناك اذ الظاهر ان تلك المسئلة فيما اذا كانت شابة يشتهى ويميل على بعض ذلك عطفا على قوله اذا كانت عجوزا لا يشتهى ولا شك ان الشابة المشتهاة ممن تدعو النفس الى مسها وكانت داخلة تحت النص المذكور لا محالة فيكون التعليل بقوله لما قلنا تعليلا فى مقابلة النص وهو لا يجوز كما عرف فى علم الاصول فان قلت تلك المسئلة عقيدة بان يأمن على نفسه عليها فلا تحقق دعوتها النفس الى مسها فى تلك الصورة قلت ان لم تحقق دعوتها النفس الى مسها بالفعل فهى فى تلك الصورة قائمة لها فذلك فى كل حال والظاهر ان المراد بالمرأة المذكورة فى النص المزبور هى المرأة الصالحة لان تدعو النفس الى مسها لا التى تحققت فيها دعوتها اليه بالفعل والا لزم ان لا يثبت حرمة مس الرجل الشاب المرأة الاجنبية الشابة اذا امن على نفسه وعليها تأمل تفهم قوله وكذا اذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها قال بعض المتأخرين اشتراطا منه عليها محل تأمل لعدم كون ذلك فى وسعه لعدم الوقوف عليه انتهى اقول يمكن الوقوف عليه بالقرائن الحالية او بالتجربة فى نظائرها فجاز اشتراطا منه عليها ايضا بناء على ذلك فقوله فان كان لا يأمن عليها لا يحل مصافحتها قال بعض المتأخرين تخصيص لعدم امنه يكون عليها غير ظاهر ايضا فان جعلنا الضمير فى عليها للنفس يلزم التخصيص من وجه آخر انتهى اقول الضمير فى عليها للمرأة ووجه تخصيص عدم الامن عليها بالذكر ظاهر وهو حصول العلم بحكم عدم الامن على نفسه دلالة من بيان حكم عدم الامن عليها عبارة فانه اذا لم يحل مصافحتها عند عدم الامن عليها لما فيه من تعرض الغير للفتنة فلان لا يحل مصافحتها عند عدم الامن على نفسه اولى لما فيه من المباشرة للفتنة بنفسه قوله ويجوز للقاضى اذا اراد ان يحكم عليها وللشاهد اذا اراد الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف ان تشتهى للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء واداء الشهادة قال بعض المتأخرين قد يتوهم ذلك باباحة النظر الى العورة الغليظة عند الزنا لاقامة الشهادة عليه ثم قال خطر ببالى هنا اشكال وهو ان شهود الزنا كما صرحوا فى كتبهم يتبين قامة الحد والتحرز من الشك والستر افضل لقوله صلى الله عليه وسلم للذى شهد به عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وليس فى الحدود حقوق الناس الا فى السرقة ولهذا يجب ان يشهد بالمال فيقول اخذ حيا يحق المسروق منه ولا يقول سرق محافظة على الستر فلم يكن ما ذكر من التنوير فى شئ اصلا لانعدام الحاجة واستفاد الضرورة فى الشهادة بالزنا ثم رفعته بما ذكره بعض شراح الهداية فى كتاب الحدود من الذخيرة يعنى كون الستر افضل يجب ان يكون بالنسبة الى من لم يتعود الزنا ولم ينهتك به واما اذا اشتهر

الحال

بعض البدن ما استطعن ان يمانعن بالضرورة يتقررن بقدها وصار كنظر المحافظة والحنان وكذا يجب للرجل النظر الى وجه الاجنبية من الرجل لان وجه المرأة وجهها والرجل الفاسق على ما روى عن ابى يوسف اذا صارت المرأة عجوزا ليس للرجل ان ينظر الى شعر الرجل من الرجل الى الركبة ابن سماعة عن محمد الى سرته الى ركبته لقوله عليه السلام عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى تجاوز ركبته وبهذا ثبت ان السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله ابو عصمة والشافعي رحمهما الله والركبة عورة خلافا لما قاله الشافعي والفخذ عورة خلافا لما يقوله ابو عصمة والشافعي رحمهما الله في احد قوليه الاصح الظاهر وما دون السرة الى منتهى الركبة عورة خلافا لما يقوله الامام ابو بكر محمد بن الفضل الكماري من ائمتنا الحنفية رحمه الله تعالى كذا كلام معتبر بهم امام النص بخلافه وقد روى ابو هريرة رضي الله عنه عن النبي عليه السلام انه قال الركبة من العورة

وصل الحال الى اشاعته والتهتك به بل بعضهم ربما افتخر فيجب كون الشهادة به اولى من تركها لان مطلوب الشارع اخذ الارض من الفواحش وذلك يتحقق بالتوبة وبالزجر فاذا ظهر حال الشرة في الزنا مثلا وعدم المبالاة به باشاعته فاته خلا الارض بالتوبة احتمال يقابل بظهور عدمها فيجب تحقيق السبب الآخر للاخلاء وهو الحد بخلاف من زل مرة او مرارا مستترا متخفيا مشددا عليه فانه محل استحباب ستر الشاهد انتهى اقول ما ذكره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود لا يدفع الاشكال الذي خطر ببال ذلك القائل الآتي مادة جزئية وهي ما اذا وصل الحال الى اشاعة الفاحشة والتهتك بها لا فيما عدا ذلك من الستر فهو افضل بلا شبهة مع ان النظر الى العورة الغليظة عند الزنا لاقامة الشهادة عليه مباح هناك ايضا فكفى بذلك اشكالا فلم تتم قولهم وقد علم بما ذكره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود ثم اقول في دفع ذلك الاشكال بالكلية ان الحاجة الى النظر الى العورة غليظة عند الزنا والضرورة متحققتان في الشهادة بالزنا مطلقا في تحصيل احدى الحسبتين وهي اقامة الحد باقامة الشهادة على الزنا اذ لا يتيسر اقامة الشهادة عليه بدون النظر الى العورة الغليظة عند الزنا وان لم تتحقق الحاجة اليه ولا الضرورة في تحصيل الحسبة الاخرى وهي التحرز عن الهتك فمن اراد ان ينال الحسبة الاولى يحتاج ويضطر الى النظر اليها فيباح له النظر اليها اذ ذاك اذ يكفي في اباحة ذلك الحاجة اليه والضرورة بالنسبة الى تحصيل خصوص الحسبة ولا يتوقف اباحته على الحاجة اليه والضرورة المطلقتين اي من كل وجه ولا على ان لا يكون فوق تلك الحسبة حسبة اخرى افضل منها الا يرى ان من اراد ان يتزوج امرأة فلا باس له بان ينظر اليها وان علم انه يشتيها بنا على ان مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة كما سياتي في الكتاب مع ان الحاجة الى النظر اليها والضرورة انما تتحققان في اقامة تلك السنة لا مطلقا لامكان ترك تزوجها الداعي الى النظر اليها وان فوق تلك السنة ما هو افضل منها من الواجبات بل من بعض السنن الموكدات فقد اندفع ذلك الاشكال بخلافه قوله وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرته الى ركبته قال صاحب العناية هذا هو القسم الثاني من اصل التقسيم اقول ليس الامر كذلك بل هو القسم الثالث منه كما لا يشتبه على من نظر الى تقسيمه في صدر الفصل قوله وبهذا ثبت ان السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله ابو عصمة والشافعي قال صاحب النهاية وابو عصمة هو سعد بن معاذ المروزي فانه يقول ان السرة احد حدي العورة فتكون من العورة كالركبة ثم قال وقوله والشافعي بالعطف على ابي عصمة في اثبات ان السرة عورة عندهما كانه وقع سهوا لوجهين احدهما ما ذكرنا من تعليل ابي عصمة في اثبات ان السرة عورة بقوله انها احد حدي العورة فيكون عورة كالركبة فان هذا التعليل انما يستقيم ان لو قيل بان الركبة عورة والشافعي لا يقول بكون الركبة عورة والثاني ان الشافعي علل في اثبات ان الركبة ليست من العورة بقوله انها حد العورة فلا تكون من العورة كالسرة لان الحد لا يدخل في المحدود وبهذا انخصص منه على ان السرة ليست بعورة ورد عليه صاحب العناية حيث قال قيل عطف الشافعي على ابو عصمة غير مستقيم لان هذا التعليل انما يستقيم على قول من يقول الركبة عورة وهو لا يقول به وبهذا ساقط لان المصنف لم يعلل بهذا التعليل في هذا الكتاب وانما ذكر المذهب فيجوز ان يكون مذهبهما واحدا او المراد متعددا فالمذكور يكون تعليلا لابي عصمة وتعليل الشافعي غير ذلك وهو ان السرة محل الاشتهاء انتهى اقول قد ذكر صاحب النهاية لعدم استقامة العطف المرقوم وجهين وقد نقل صاحب العناية احد ذينك الوجهين واجاب عنه كما ترى ولم يتعرض للوجه الآخر اصلا فكانه لم يظفر بالجواب عنه

وابدى الحسن بن علي رضي الله عنهما سرته فقبلها ابو هريرة رضي الله عنه وقال عليه السلام كرهت وانرفع ثوبك ما علمت ان الفخذ عورة وكان ابو بكر ملتقى عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمبيح وفي مثله يغلب المحرم وحكم العورة في الركبة اخف منه في الفخذ وفي الفخذ اخف منه في السوءة حتى ان كاشف الركبة لا يأثم عليه بالاتفاق وكاشف الفخذ يعتقد عليه وكاشف السوءة يؤدب ان جر وما يباح النظر اليه للرجل من الرجل يباح المس كما في الخانية وغيرها بعورة سوءة

فبقي الاشكال في العطف الواقع في كلام المصنف من ذلك الوجه ولا بد من دفعه فاقول في الجواب القاطع لعرق الاشكال ان في السرة والركبة ثلاث روايات عن الشافعي احديها ان السرة عورة والركبة ليست بعورة كما هو مدلول كلام المص ههنا وفي كتاب الصلوة ايضا والثانية انهما ليستا بعورة كما ذكر في وجيز الشافعية والثالثة انهما عورة وذكر صاحب الغاية باتين الاخيرتين وقال للاولى منهما وبذا اصح الوجهين واذ قد تقرر هذا فيجوز ان يكون تعليل الشافعي في اثبات ان الركبة ليست من العورة بقوله انها احد العورة فلا يكون من العورة كالسرة بينا على قوله في الرواية الثانية وبذا الاينافي اشتراكهما مع ابي عصمة في قوله الاخير الواقع في الرواية الثالثة عنه بل لا ينافي اشتراكهما معه في تعليله بقوله انها احد حدي العورة فيكون عورة كالركبة بناء على ذلك القول فلا محذور في العطف المذكور اصلا تامل تفقه قوله وابدى الحسن بن علي

رضي الله عنهما سرته فقبلها ابو هريرة هذا جواب عن قول ابي عصمة والشافعي اخرجه احمد في مسنده وابن حبان في صحيحه والبيهقي في سننه عن ابن عون عن عمير بن اسحق قال كنت امشي مع الحسن بن علي رضي الله عنهما في بعض طرق المدينة فلقينا ابو هريرة فقال للحسن اكشف لي عن بطنك جعلت فداك حتى اقبل حيث رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبله قال فكشف عن بطنه فقبل سرته ولو كانت من العورة لما كشفها قال الشارح العيني بعد بيان هذا المحل بهذا المنوال وفي معجم الطبراني خلاف هذا حدثنا ابو مسلم الكسي حدثنا ابو عاصم عن ابن عون عن عمر بن اسحق ان ابا هريرة لقي الحسن بن علي رضي الله عنهم فقال له ارفع ثوبك حتى اقبل حيث رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل فرفع عن بطنه ووضع يده على سرته انتهى وقال بعض المتاخرين بعد نقل ما ذكره العيني قلت لا مخالفة بين الروايتين لامكان الجمع بين المس والتقبيل ولو سلم فما ذكر لا يضر نا بل يثبت مدعانا بالاولوية انتهى اقول كان ذلك البعض خبط في استخراج ما رواه الطبراني في معجمه حيث حسب ان معنى قوله ووضع يده على سرته وضع ابو هريرة يده على سرة الحسن فبنى عليه نفي المخالفة بين الروايتين بامكان الجمع بين المس والتقبيل يعني ان وضع ابو هريرة يده على سرة الحسن مس لها وهو لا ينافي تقبيله اياها فلا مخالفة بينهما ثم بنى عليه ايضا كلامه التسلي يعني لو سلم المخالفة بينهما فما رواه الطبراني لا يضر نا بل يثبت مدعانا ههنا وهو ان لا يكون السرة من العورة بالاولوية فان عدم جواز مس العورة بوضع اليد عليها اولى من عدم جواز تقبيلها فاذا وضع ابو هريرة يده على سرة الحسن ولم يمنعه الحسن ثبت ان السرة ليست من العورة لكن لا يخفى على من له ادنى تمييز ان معنى قوله ووضع يده على سرته وضع الحسن يده على سرة نفسه وعن هذا قال ووضع يده بالواو دون فوضع يده بالفاء كما قال في الرواية الاولى فقبل سرته والاسلوب المقرر في الحكاية عن الاثنين ادخال الفاء عند الانتقال الى حكاية قول الاخر او فعله او ترك العاطف وا لسلوك مسلك الاستيناف كما في قوله تعالى قالوا سلاما قال سلام واذ قد كان معنى رواية الطبراني ووضع الحسن يده على سرته كانت هذه الرواية مخالفة للرواية الاولى لعدم تيسر تقبيل سرته الحسن عند وضعه يده على سرته تم ان كان مقصود الحسن رضي الله عنه من وضع يده على سرته في رواية الطبراني التحرز عن انكشاف نفس السرة عند رفع ثوبه عن بطنه لشعر فعله المذكور بكون السرة من العورة وان كان مقصوده منه التحرز عن انكشاف ما تحت السرة لا يدل فعله المذكور على كون نفس السرة من العورة فلم يحصل منه جزم باحد الطرفين قوله وما يباح النظر من الرجل الى الرجل يباح المس لانهما فيما ليس بعورة سواء

اقول لقائل ان يقول استدلاله هذا فيه مخدوش كيف وقد مران وجه الاجنبية وكشفها ليست بعورة حيث يجوز للرجل ان ينظر اليها اذا امن الشهوة ولكن لا يجوز له ان يمسها وان امن الشهوة فلم يستو النظر واللمس فيما ذكر ان يقال الاولى انما سوا لان المراد بالنفس هي غلام ذلك كما في الصورة الماتية وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم قال من مس كف امراة ليس منها بسبيل وقف على كفه جمرة يوم القيمة فاذكره ههنا من حديث الاستدلال المنفي لما مر موجب النفي فلا منافاة بينهما بقوله لكنه يجوز للمراة ان تنظر من الرجل الى ما ينظر اليه منه اذا امن الشهوة قال صاحب العناية قوله ويجوز للمراة ان تنظر منه الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه عكس بهذا القسم الذي نحن فيه اقول ليس الامر كذلك في الظاهر اذ الظاهر ان المراد بالقسم الذي نحن فيه هو الذي ذكر قبيل هذه المسالة اعني قوله وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرته الى ركبته فانه الصالح لما يعنون بما نحن فيه ولا يذهب عليك ان هذا الذي ذكره ههنا ليس بعكس ذلك وانما هذا عكس القسم الاول المذكور في صدر الفصل ويحتمل ان يكون مراده بالقسم الذي نحن فيه هو القسم الاول المذكور في صدر الفصل بناء على ان الحصر لما لم يستوف بعد اقسام ذلك القسم الاول بل اوضح في خلالها الاقسام الثانية بالاخرة من اصل التقسيم كما ستطلع عليه لم يمكن فارغا عن بيان ذلك القسم بالكلية بل كان في عهدته الآن بيان ما بقي منه فبهذا الاعتبار جاز ان يعبر عنه الشارح المذكور بالقسم الذي نحن فيه وان كان مستبعدا عند من له سلامة الفطرة ثم ان بعض المتاخرين طعن في تحرير هذه المسالة حيث قال ولو ذكر الرجل الثاني كان اولى اقول ليس هذا الشيء اولا يخفى على ذي مسكة ان المقصود من هذه المسالة بيان حال الجنس مطلقا لا بيان بعض من افراده وان كان غير معين فالاولى ان يعرف الرجل في الموضعين مع ان تعريف الجنس لا ان ينكر الثاني ولا الاول تامل تفهم قوله وينظر المراة من المراة الى ما يجوز للرجل ان ينظر اليه من الرجل قال صاحب العناية بهذا هو القسم الثالث من اصل التقسيم اقول بل هذا هو القسم الرابع منه كما لا يشتبه على احد من اولي النهى ولله در كيف يخفى على مثل ذلك والعجب انه قد اتى بمثله فيما مر كما عرفته دون عليه ولعل حكمه لا في هذا الفصل ما وقع منه ومن سوء الظن بالمصنف حيث قال فيما بعد والتسامح في عادة الترتيب في كلام المصنف ظاهر فعلم من نفسه ما هو اشنع قبحا منه قوله وعن ابي حنيفة ان نظر المراة الى المراة كنظر الرجل الى محارمه يعني لا تنظر الى ظهرها وبطنها وهذا معنى قول صاحب الكافي حتى لا يباح لها النظر الى ظهرها وبطنها كذا قال صاحب العناية في شرح هذا المحل يعني لا تنظر الى ظهرها وبطنها وفحذها كما سياتي انتهى اقول ذكر الفخذ ههنا مستدرك بل مخل لان عدم جواز نظر المراة الى فخذ المراة قد تقرر في القول الاول لان الفخذ ليس مما يجوز ان ينظر الرجل اليه من الرجل والذي لا بد منه هنا بيان ما يمتاز به القول الثاني عن القول الاول وهو ان لا ينظر الى ظهرها وبطنها ايضا وذكر الفخذ في هذا الاثناء يوهم جواز النظر اليه في القول الاول قوله والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك الا عن امتك وامراتك قال في الكافي بعد ذكر هذا الاصل الذي هو حديث ابي هريرة وقالت عائشة رضي الله عنها كنت اغتسل انا ورسول الله من اناء واحد وكنت اقول ابق لي ابق لي وهو يقول ابقي لي ابقي لي ولو لم يكن النظر مباحا لما تجردا وكل واحد منهما بين يدي صاحبه انتهى وقصد الشارح العيني تزييف الاستدلال على المدعى ههنا بحديث عائشة رض فقال بعد ان ذكر الاستدلال بهذا لقائل ان يمنع الاستدلال بهذا لانه لا يلزم من ان يكون اغتسالهما معا يجوز ان يكونا متعاقبين ولكن في ساعة واحدة ولئن

قال وينظر الرجل من ذوات محارمه الى وجهه والرأس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها

سلمنا فلا يدل ذلك على ان كلا منهما كان ينظر الى فرج الآخر كيف وقد روى عن عايشة رضى الله عنها انها قالت قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يرني ولم ارمنه انتهى اقول ليس مبنى من كلامه المنفى والتسليمى بصحيح اما الاول فلان قولها رضى الله عنها فكنت اقول بقى لى بقى لى وهو يقول بقى لى بقى لى يدل قطعا على ان يكون اغتسالهما معا اذ لو كان على التعاقب لما صح من المتقدم منهما طلب بقية الماء من الآخر اذ المباشر اولا هو المتقدم فالواقعة وطيئة الآخر فلا معنى لطلبها من الآخر واما الثانى فلان المدعى ههنا مجرد جواز النظر الى الفرج لا لزوم وقوعه البتة ولا شك ان تجرد كل واحد منهما بين يدى صاحبه يدل على جواز ذلك فان التجرد سبب لرؤية العورة عادة فلو لم يكن النظر اليها مباحا للزوج لما وقع التجرد منهما للقطع بتحرز النبى صلى الله عليه وسلم عن مثل هذا المحرمة ثم ان مجرد جواز النظر لنا الى فرج الزوج لا ينافى عدم وقوعه منهما ناديا على مقتضى مكارم الاخلاق فلا تعارض بين حديثى عايشة اصلا قوله وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها اقول كان الانسب ان لا يذكر الفخذ ههنا فانه لما تقرر فيما مر عدم جواز ان ينظر الرجل من الرجل مطلقا اى وان كان ذا رحم محرم منه الى ما بين سرتها الى ركبتها بالاولوية لان النظر الى خلاف الجنس اغلظ وعن هذا لم يتعرض صاحب المحيط فى هذا المقام لذكر شئ مما بين السرة الى الركبة حيث قال ولا يحل ان ينظر الى بطنها ولا الى ظهرها ولا الى جنبها ولا يمس شيئا من ذلك انتهى وظهر منه ايضا ان ذكر الجنب احق من ذكر الفخذ ههنا فان قلت المقصود من ذكر الفخذ فى الكتاب بيان الواقع والتصريح بما علم التزاما مما تقدم قلت فحينئذ كان الانسب ان يقال بدل وفخذها ما بين سرتها الى ركبتها كما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولا يحل النظر الى ظهرها وبطنها والى ما بين السرة والركبة منها وبهذا انتهى فان فيه عموم الافادة فان قلت المقصود بالاكتفاء بذكر الفخذ هو السلوك مسلك الدلالة فى افادة حرمة النظر الى ما عداه ايضا فما بين السرة والركبة بالاولوية قلت فحينئذ كان الاحق الاكتفاء بذكر الركبة فان حكم العورة فى الركبة اخف منه فى الفخذ وفى الفخذ اخف منه فى السرة كما تقرر فيما مر فبذكر الفخذ لا يعلم حكم الركبة دلالة لكونها اخف منه فى حرمة النظر واما بذكر الركبة فيعلم حكم الفخذ والسرة ايضا دلالة بالاولوية لكونهما اقوى منها فى حرمة النظر ثم ان بعض المتأخرين قصد حل بعض عبارة هذه المسئلة فقال واصل التركيب ذوات الرحم المحارم على ان المحارم صفة الذوات وقد يحذف الرحم فيقال ذوات المحارم بطريق المسامحة والنكتة فيه شمول المسئلة للمحرم بسبب كما سيجى وجعل المحرم ههنا مصدرا ميميا بمعنى الحرمة مع عدم استعماله فيه لا يلائمه تفسيره بما سيجى ليس بسديد فان كلامه قابل للاصلاح هكذا واضيفت الذوات الى المحارم بطريق المسامحة كان مدلول هذه المسئلة مختصا بالمحرم بسبب اذ الرحم لا يتصور فى غير النسب فلا مجال لان يكون النكتة فى حذف الرحم واضافة الذوات الى المحارم شمول المسئلة للمحرم بسبب اذ النكتة فى العبارة لا يصلح ان تغير المعنى بالكلية حتى تنقله من الخصوص الى العموم وبالجملة بين ان يكون معنى التركيب المذكور ذوات الرحم المحارم وبين ان تشمل المسئلة المذكورة المحرم بسبب تفاوت لا يخفى واما ثانيا فلان قوله وجعل المحرم ههنا مصدرا ميميا بمعنى الحرمة مع عدم استعماله فيه تفسيره بما سيجى ليس بسديد فان كلامن قوله مع عدم استعماله فيه ومن قوله لا يلائمه تفسيره بما سيجى فى حيز المنع اما الاول فلانه قال فى المغرب والمحرم الحرام والحرمة ايضا وقال فى البدائع النسائى فى هذا الباب

والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية والمراد والله اعلم مواضع الزينة وهي ما ذكر في الكتاب ويدخل في ذلك الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك مواضع الزينة بخلاف الظهر والبطن والفخذ لانها ليست مواضع الزينة

سبعة انواع نوع منهن المنكوحات ونوع منهن المملوكات ونوع منهن ذوات الرحم المحرم كالام والبنت والعمة والخالة ونوع منهن ذوات الرحم بلا رحم من جهة الرضاع والمصاهرة ونوع منهن مملوكات الاغيار ونوع منهن من لا رحم لهن ولا محرم ومن الاجنبيات الحرائر ونوع منهن ذوات الرحم بلا محرم كبنت العم والعمة والخال والخالة انتهى ولا يخفى على الفطن ان المحرم المذكور ثمة في مواضع متعددة انما يصلح منه ان يكون بمعنى الحرمة ما ذكر في قوله ذوات الرحم المحرم والباقي منه بمعنى الحرمة لا غير كما في قوله ذوات المحرم بلا رحم وقوله من لا رحم لهن ولا محرم وقوله ذوات الرحم بلا محرم فتدبر كل ذلك بالتامل الصادق والذوق الصحيح وقال في فتاوى قاضيخان ولا بأس للرجل ان ينظر من امه وابنته واخته البالغة وكل ذات رحم محرم منه كالجدات واولاد الاولاد والعمات والخالات الى شعرها وصدرها وراسها وبدنها وعنقها وعضدها وساقها ولا ينظر الى ظهرها وبطنها ولا الى ما بين سرتها الى ان تجاوز الركبة وكذا الى كل ذات محرم برضاع او صهرية وزوجة الاب والجد وان علا وزوجة الابن واولاد الاولاد وان سفلوا وابنة المراة المدخول بها فان لم يكن دخل بها فهي كالاجنبية انتهى ولا يخفى على الفطن ايضا ان المحرم المذكور في قوله وكذا الى كل ذات محرم برضاع او صهرية بمعنى الحرمة دون الحرام اذ لا معنى لان يقال كل ذات حرام اي صاحبة حرام لان الحرام هي صاحبة الحرمة نفسها فلا معنى لاضافة الذات اليه واما الثاني فلانه انما لا يلائمه تفسيره بما سيجي لو كان مراد المصنف بما سيجي تفسير المحرم الذي هو مفرد المحارم في قوله وينظر الرجل من ذوات محارمه واما اذا كان مراده بذلك تفسير المحرم بمعنى الحرام الماخوذ من مجموع قوله ذوات محارمه لا من قوله محارمه فقط فلا يلزم عدم الملائمة كما لا يخفى واما الظاهر ان مراد المصنف هو الثاني وبه يعضده تقرير صاحب المحيط في هذه المسئلة حيث قال واما النظر الى ذوات محارمه فنقول يباح النظر الى موضع زينتها الظاهرة والباطنة ثم قال وذوات المحارم من حرم عليه نكاحهن بالنسب نحو الامهات والبنات والاخوات والعمات والخالات وبنات الاخ وبنات الاخت او بالسبب كالرضاع والمصاهرة انتهى فانه فسر ذوات المحارم بما فسر به المصنف المحرم نفسه ثم ان التحقيق في معنى التركيب المذكور وهو قولهم ذوات محارمه انه اذا اريد به من حرم عليه نكاحهن بالنسب وحده يجوز ان يكون اصله ذوات الرحم المحارم على ان يكون المحارم صفة الذوات وتكون جمع محرم بمعنى حرام ويجوز ان يكون معناه ذوات المحرمات على ان يكون المحارم جمع محرم بمعنى الحرمة واما اذا

اريد به من حرم عليه نكاحهن بنسب او سبب كما في مسئلة الكتاب فلا مجال لتقدير الرحم لكونه منافيا للتعميم بل يتعين المعنى الثاني قوله والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقوله والاصل فيه اي في جواز ما جاز وعدم جواز ما لم يجز على تاويل المذكور قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الآية وتبعه الشارح العيني اقول فيه نظر لان الآية المذكورة انما تدل على جواز ما جاز وهو النظر الى موضع الزينة ولا تدل على عدم ما لم يجز وانما يدل عليه آية اخرى وهي قوله تعالى قل للمومنين يغضوا من ابصارهم كما افصح عنه صاحب البدائع حيث قال ولا يحل النظر الى ظهرها وبطنها وما بين السرة والركبة منها ومسها لعموم قوله تعالى قل للمومنين يغضوا من ابصارهم الا انه رخص للمحارم النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة بقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية فبقي غير المرخص عاد را اما مورا به واذا لم يحل النظر فالمس اولى لانه اقوى انتهى اوآية الظهار كما اشار اليه صاحب المحيط حيث قال ولا يحل ان ينظر الى بطنها ولا الى ظهرها ولا الى جنسها ولا يمس شيئا من ذلك

وكان البعض يدخل على البعض من غير استيذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادى الى الحرج وكذا الرغبة تقلل الحرمة المؤبدة تقلل ما تشتهي بخلاف ما يراها كل يوم لانكشف عادة والمحرم من لا تجوز المناكحة بينه وبينها على التأبيد بنسب او كان سببه الرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه وسواء كانت المصاهرة بنكاح او سفاح وهو الاصح لما بينا قال ولا بأن بان من بين ملبعاز ان ينظر اليه منها لتحقق الحاجة لان ذلك في المسافرة وقلة الشهوة للحرمية بخلاف وجه الاجنبية وكفها حيث لا يباح المس وان ابيح النظر لان الشهوة مكاملة الا اذا كان يخاف عليها او على نفسه الشهوة فحينئذ لا ينظر ولا بأس لقوله عليه السلام العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش وحرمة الزنا بذوات المحارم اغلظ فيجتنب ولا بأس بالخلوة والمسافرة بهن لقوله عليه السلام لا تسافر المرأة فوق ثلثة ايام وليلياليها الا ومعها زوجها او ذو رحم محرم منها

والوجه فيه ان الله تعالى سمى الظهار في كتابه لمنكرا من القول وزورا وصورة الظهار ان يقول الرجل لامرأته انت كظهر امي ولولا ان ظهرها محرم عليه نظرا ومسا لما سمى الظهار منكرا من القول وزورا واذا ثبت هذا في الظهر ثبت في البطن والجنبين انتهى فتامل قوله ولان البعض يدخل على البعض من غير استيذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادى الى الحرج قال بعض المتاخرين وتقرير هذا الدليل واضح الا ان قوله يدخل على البعض من غير استيذان يشكل بما ذكره صاحب البدائع في مسائل الدخول في بيت الغير انه اذا كان من محارمه فلا يدخل عليه من غير استيذان فربما كانت مكشوفة العورة فتقع بصره عليها فيكره بان ذلك ثم استدل عليه بآثار انتهى كلامه اقول مراد المصنف بقوله ان البعض يدخل على البعض من غير استيذان ان العادة جرت بين الناس على دخول بعض المحارم على بعضهم من غير استيذان لا انه امر مندوب في الشرع وما ذكره صاحب البدائع حكم الشرع في امر الدخول في بيت الغير فانه قال واما حكم الدخول في بيت الغير فالداخل لا يخلو اما ان يكون اجنبيا او من محارمه فان كان اجنبيا فلا يحل له الدخول فيه ثم قال وان كان من محارمه فلا يدخل من غير استيذان ايضا وان كان يجوز له النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة ثم قال الا ان الامر في الاستيذان على المحارم اسهل واليسر لان المحرم مطلق النظر الى مواضع الزينة منها شرعا انتهى فقد تلخص منه ان الدخول في بيت الاجنبي من غير استيذان حرام والدخول في بيت محارمه من غير استيذان مكروه ولا يكفي في التأدي الى الحرج جريان العادة بين الناس بدخول بعض المحارم على بعضهم بلا استيذان وان كان ذلك مما لا يسمح في حكم الشرع والحرج مدفوع شرعا فلا اشكال قوله والمحرم من لا يجوز المناكحة بينه وبينها على التأبيد بنسب كان او بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه سيأتي بالمعنيين فيه الضرورة وقلة الرغبة كذا في الشروح وفي عبارة بعضهم يعني الحرج وقلة الرغبة قال تاج الشريعة فان قلت فعلى هذا ينبغي ان لا يقطع اذا سرق المرء من بيت امه من الرضاع لجواز الدخول من غير احتشام واستيذان فوقع نقصان في الحرز قلت لا يقطع عند البعض واما جواز الدخول من غير استيذان فممنوع ذكر خواهر زاده ان المحارم من جهة الرضاع لا يكون لهم الدخول من غير حشمة واستيذان ولهذا يقطعون بسرقة بعضهم من بعض انتهى كلامه واقتفى اثره العيني في ذكر هذا السؤال والجواب بعينهما اقول ليس الجواب بتام اما اولا فلان عدم القطع عند البعض وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف كما مر في كتاب السرقة لا يدفع السؤال على قول ابي حنيفة ومحمد وعلى قول ابي يوسف ايضا في رواية اخرى عنه فان كون المحرم بسبب الرضاع في حكم المحرم بالنسب متفق عليه واذا كانت العلة في ذلك وجود المعنيين المذكورين كما قاله المصنف يتوجه السؤال المذكور على قول الاكثر وهو القول المختار وظاهر الرواية كما تقرر في كتاب السرقة ولا يدفعه عدم القطع عند البعض كما لا يخفى واما قوله واما جواز الدخول من غير استيذان فممنوع وتأييد ذلك بما ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده فانه ان لم يكن للمحارم من جهة الرضاع الدخول من غير حشمة واستيذان لم يصح قول المصنف لوجود المعنيين فيه فان وجود احد ذينك المعنيين فيه يتوقف على ان يكون له الدخول من غير حشمة واستيذان كما تحققته ومعنى السؤال المذكور على صحة قوله كما يفصح عنه الكافي في قول السائل فعلى هذا ينبغي ان لا يقطع اذا سرق المرء من بيت امه من الرضاع فالاولى في الاستدلال على كون المحرم بسبب في حكم المحرم بنسب ان يحيل الى الدليل العقلي كما فعله صاحب البدائع حيث قال

وقوله عليه السلام لا يخلون رجل بامراة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن معهما فان احتاجت الى الركوب والا نزال فلا بأس بان يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتهما اذا امنا الشهوة فان خافا على نفسه او عليها يقينا او ظنا او شكا فليجتنب ذلك بجهده ثم ان امكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك اصلا وان لم يمكنها يتكلف النساء كيلا تصيبه حرارة عضوها او برد الثياب فدفع الشهوة مقدم على دفع البرد لان الامكان قائل ينظر الرجل من مملوكة غيره الى ما يجوز ان ينظر اليه من ذوات محارمه لانها تخرج لحوائج مولاها وتخدم اضيافه وهي في ثياب مهنتها فصار حالها خارج البيت في حوائجه كحال المرأة داخله في حق محارمه لان الاقارب يتسامحون رضي الله عنه اذا رأى جارية متقنعة على رأسها بالدرة وقال الق عنك الخمار يأمرها بالتشبه بالحرائر ولا يحل النظر الى بطنها وظهرها خلافا لما يقوله محمد رحمه الله يباح النظر الى الرأس والساق والذراع كما في المحارم لان الحاجة تندفع بالنظر الى الوجه والكفين والقدم لان الركبة ليست بعورة كما في المحارم والى الساق والذراع كما في المحارم لان الحاجة تندفع بالنظر الى الساق والذراع والمستحب في حقه غض البصر كما في المحارم لان الشهوة تندفع بالنظر الى ما ذكرنا وهذا لان الحاجة تندفع بالنظر الى ما ذكرنا والشهوة تندفع بالنظر الى ما ذكرنا ولا يباح النظر الى الفخذ والبطن والظهر لان الشهوة تندفع بالنظر الى ما ذكرنا ولا يباح النظر الى الشعر والصدر والعضد والبطن والفخذ والساق والقدم لان الحاجة تندفع بالنظر الى ما ذكرنا وال

والحاصل انه يوخذ فيه بحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص قال ولا يجوز للمملوك ان ينظر من سيدته الا الى ما يجوز للاجنبي النظر اليه منها وقال مالك رح هو كالمحرم وهو احد قولي الشافعي رح لقوله تعالى او ما ملكت ايمانهن ولان الحاجة متحققة لدخوله عليها من غير استيذان ولنا انه محل غير محرم ولان الزوج والشهوة متحققة لجواز المكاتبة في الجملة والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج البيت والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور قال ويعزل عن امته بغير اذنها ولا يعزل عن زوجته الا باذنها لانه عليه السلام نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها وقال لولي امة اعزل عنها ان شئت ولان الوطي حق الحرة فقضاء الشهوة وتحصيلا للولد ولهذا يتخير في الجب والعتة ولا حق للامة في الوطي فلهذا لا ينقص حق الحرة بغير اذنها ويستبد به المولى

وغيره وليس ذلك المعنى بصحيح ههنا اذ الا يثبت المطلوب بمجرد كون المجبوب فاعل حقيقة الانزال فان هذا يتحقق بانزاله البول ونحوه وليس ذلك بعلة لحرمة النظر الى الاجنبية لامحالة وانما العلة لها شهوة المني فلا بد من تعيين مفعول ينزل ههنا بالمني حتى يتم المطلوب قوله والحاصل انه يوخذ فيه بحكم كتاب الله تعالى المنزل فيه اي يوخذ في كل واحد منهما كذا في شرح تاج الشريعة وقال بعض الفضلاء اي في الخنث الذي في اعضائه لين وتكسر باصل الخلقة ولا تشتهي النساء على سبيل الاستخدام انتهى اقول الحق ما قاله تاج الشريعة اما اولا فلانه يصح ان يوجد في كل واحد من الاصناف الثلثة المارة اعني الخصي والمجبوب والمخنث بحكم كتاب الله تعالى بلا ريب وهو قوله تعالى قل للمومنين يغضوا من ابصارهم وكذا قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية فما معنى تخصيص ذلك بالثالث وحده مع امكان حمله على الثلثة جميعا والمقصود المصنف من كلامه هذا بيان دليل آخر اقوى مما ذكره اولا جامع للصور الثلث معا كما ترى واما ثانيا فلان كلمة الحاصل تقتضي في الاستعمال تفصيلا سابقا يكون ما ذكر في خبرها تلخيصا لذلك التفصيل وهذا انما يتصور ههنا اذا كان كلام المصنف هذا ناظرا الى مجموع الصور الثلث المارة لا الى الصورة الثالثة وحدها سيما لو اريد بالضمير المجرور في قوله يوخذ به المخنث بالمعنى الغير المذكور فيما مر على سبيل الاستخدام كما زعمه ذلك البعض فانه لا يكون حينئذ لكلمة الحاصل مساس بما قبلها اصلا كما لا يخفى على ذي فطنة قوله والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور قال صاحب النهاية اطلق اسم السعيد ولم يقيده بالنسبة ليصح تناوله للسعيدين على ما رد ينا من رواية المبسوط انتهى وتبعه جماعة من الشراح في هذا التوجيه ورده صاحب العناية حيث قال اراد به سعيد بن المسيب لما ذكرنا عن الكشاف وقال بعضهم في شرحه انما اطلق السعيد ليتناول السعيدين سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وفيه نظر لانه يلزم حينئذ ان يكون للمشترك عموم في موضع الاثبات وهو فاسد انتهى اقول نظره ساقط اذ الظاهر ان مراد هولاء الشراح بالتناول في قولهم ليتناول السعيدين هو التناول على سبيل البدل لا التناول على سبيل الشمول والعموم ولا شك ان المشترك يتناول معانيه على سبيل البدل ولقد صرحوا به حتى قال المحقق التفتازاني في التلويح والمشترك مستغرق لمعانيه على سبيل البدل والذي لا يجوز عندنا وعند الشافعي انما هو عموم المشترك لمعانيه على سبيل الشمول في اطلاق واحد كما تقرر في علم الاصول وهو غير لازم من عبارة هولاء الشراح وقال الشارح العيني بعد نقل كلام هولاء الشراح ونظر صاحب العناية فيه قلت نظره وارد ولكن تعليله غير مستقيم اما ورده فلانه لم يستعمل احد من السلف لفظ سعيد من غير نسبة واراد به سعيد بن المسيب او سعيد بن جبير واما ان تعليله غير مستقيم فلانه ادعى فيه لزوم عموم المشترك ولا نسلم ثبوت الاشتراك ههنا لان الاشتراك ما وقع لمعان انتهى اقول كلا وخليه ليس بشئ اما الاول فلانه لا شك ان العلم هو لفظ سعيد المجموع سعيد بن المسيب او سعيد بن جبير فعدم استعمال السلف لفظ سعيد من غير نسبة في سعيد بن المسيب او سعيد بن جبير على تقدير صحته ليس لعدم صحة اطلاق لفظ سعيد وحده على احدهما والا لما كان علما لكل واحد منهما بل لقصدهم زيادة اظهار المراد وتعيينه واذا كان مقصود المصنف تناول لفظ سعيد ههنا للسعيدين كما ذهب اليه هولاء الشراح لزمه ترك النسبة وصح الاطلاق واما الثاني فلان لفظ سعيد علم مشترك والاعلام المشتركة مما تقرر امره في علم النحو فكيف يمنع ثبوت الاشتراك ههنا وقوله لان الاشتراك ما وقع لمعان لا يجدي شيئا لانه ان اراد بالمعاني ما يستفاد من اللفظ فهو متحقق في العلم المشترك ايضا بلا ريب

وان كانت تحته امة غيره فقد ذكرناها في النكاح **فصل في الاستبراء وغيره**

وان اراد بها الصور العقلية المقابلة للاعيان الخارجية فليست تلك بمعتبرة في معنى المشترك فان المشترك ما وضع لمتعدد او وضع متعددا اى شئ كان ذلك المتعدد والموضوع له والامر في العلم المشترك كذلك فانه لا يتناوله لتميان بوضع واحد بل لكل واحد منها وضع مستقل كما عرف في موضعه ثم ان صاحب العناية علل كون المراد بالنص الاما يوجه آخر حيث قال ولان الذكور مخاطبون بقوله تعالى قل للمومنين يغضوا من ابصارهم فلو دخلوا في قوله عز وجل او ما ملكت ايمانهن لزم التعارض انتهى اقول ليس ذا كان الصحيح اما اولا فلانه منتقض بخطاب الاناث ايضا بقوله تعالى وقل للمومنات يغضضن من ابصارهن فان مقتضى ما ذكره ان لا تدخل الاما في قوله عز وجل او ما ملكت ايمانهن بناء على لزوم التعارض بينه وبين قوله تعالى وقل للمومنات يغضضن من ابصارهن مع ان دخول الاما فيه مجمع عليه واما ثانيا فلان اللازم من كون المذكور من المماليك مخاطبين بقوله تعالى قل للمومنين يغضوا من ابصارهم دخولهم في جانب الغاضين من ابصارهم لا في جانب من يجب غض البصر عنه وهو الذي منع النظر اليه فان كلمة من في قوله تعالى من ابصارهم للتبعيض كما صرح به المفسرون فكان المعنى يغضوا البعض من ابصارهم وهو غير معين فكانت تلك الآية مجملة في حق من منع النظر اليه فلو دخل المذكور من المماليك في قوله تعالى او ما ملكت ايمانهن لم يلزم التعارض بين الآيتين اصلا وانما يلزم ان يكون احدى الآيتين مبينة لما في الآية من الاجمال وهو معنى صحيح حسن مقرر على كل حال فان قوله تعالى او ما ملكت ايمانهن على تقدير ان لا يدخل فيه ذكور المماليك كما هو مذهبنا وكذا نظائره من قوله تعالى الا لبعولتهن او ابائهن او ابناء بعولتهن الى آخر الآية كلها مبينات للاجمال الواقع في الآية الاخرى كما لا يخفى على من رفق النظر وحقق **قوله** ولو كانت تحته امة غيره فقد ذكرناه في النكاح يعني قوله واذا تزوج امته فالاذن في العزل الى المولى عند ابي حنيفة رحمه الله وعن ابي يوسف ومحمد ان الاذن اليها قال في البدائع وجه قولهما ان لها حقا في قضاء الشهوة والعزل يوجب نقصانا فيه ولا يجوز النجس بحق الانسان من غير رضاه ووجه قول ابي حنيفة ان الكراهة في الحرة لمكان خوف فوت الولد الذي لها فيه حق والحق ههنا في الولد للمولى دون الامة وقولها فيه نقصان قضاء الشهوة فيعم لكن حقها في اصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال الا يرى ان من الرجال من لا مال له وهو يجامع امراة من غير انزال ولا يكون لها حق الخصومة فدل هذا على ان حقها في اصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال ايضا انتهى واورد عليه بعض الشارحين بعد نقله حيث قال اقول انما لم يكن لها حق الخصومة لعدم منع الزوج فيه بخلاف العزل فانه بصنعه ولهذا يحتاج الى رضاها في العزل لما فيه انتهى اقول ليس هذا شيئا لان عدم صنع الزوج فيه لا يقتضي ان لا يكون لها حق الخصومة اذ لا شك ان حقها لا يسقط بمجرد عدم صنع الزوج فيما يبطل حقها الا يرى ان للزوجة حق الخصومة في الجب والعنة بلا خلاف وان لم يكن بصنع الزوج فتعين ان الوجه في ان لا يكون لها حق الخصومة فيمن لا مال له وهو يجامعها من غير انزال كون حقها في اصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال فكذا في العزل تدبر

فصل في الاستبراء وغيره قال الشراح آخر الاستبراء لانه احترز عن وطى مقيد والمقيد غير المطلق وقال بعض الفضلاء فان قلت ان الاحتراز عن الوطى المطلق فيما سبق قلت فهم ذلك بطريق الدلالة او الاشارة فانه يتضمن اللمس فالنهى عن المس نهى عنه فلهذا اعتنوا بالوطى فقال انتهى اقول لا السوال شئ ولا الجواب اما الاول فلانهم ما قالوا ان الاحتراز عن الوطى المقيد بعد الاحتراز عن الوطى المطلق حتى يتوجه السوال

قال ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها لان فيه قوله عليه السلام في سبايا اوطاس لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة افاد وجوب الاستبراء على المولى ودل على السبب في المسبية وهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود في مورد

باين الاحتراز عن الوطى المطلق فيما سبق بل مرادهم ان الوطى المقيد نفسه بعد الوطى المطلق نفسه فاخر ما يتعلق بالوطى المقيد وهو الاستبراء انما يتعلق بالوطى المطلق وكيف يتوهم ان يكون مرادهم ان الاحتراز عن الوطى المقيد بعد الاحتراز عن الوطى المطلق وانتفاء المقيد لا يستلزم انتفاء المطلق كما لا يخفى فانما يتصور ان يكون الاحتراز عن الوطى المقيد بعد الاحتراز عن الوطى المطلق واما تحقق المقيد فيستلزم تحقق المطلق في ضمنه فيصح ان يقال الوطى المقيد بعد الوطى المطلق بناء على ان المركب بعد المفرد كما صرح به في النهاية ومعراج الدراية واما الثاني فلان بناءه على ان يكون المراد ان الاحتراز عن المقيد بعد الاحتراز عن المطلق وقد عرفت ما فيه وايضا لا معنى لقوله فلهذا عنونه بالوطى لان النهي عن المس اذا كان نهيا عن الوطى كان العنوان بالمس عنوانا بالوطى ايضا فكان ينبغي ان لا يعنون الفصل السابق بالوطى استقلالا كما لم يذكر فيه النهي عن الوطى استقلالا ثم اقول الظاهر ان مرادهم بالوطى المطلق المذكور فيما تقدم في مسالة العزل المذكورة قبيل فصل الاستبراء ان العزل ان يطأ الرجل فاذا قرب الانزال اخرج فينزل خارج الفرج وان مرادهم بالوطى المقيد ههنا ما قيد بزمان فان الوطى في الاستبراء تقيد بالزمان كما ستعرفه وفي العزل مطلق عنه وان المراد بالوطى المذكور في عنوان الفصل السابق ايضا ما في ضمن تلك المسالة كما نبهت عليه في صدر ذلك الفصل قوله ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها اقول في اطلاق هذه المسالة نظر فان من اشترى جارية كانت تحت نكاحه او كانت تحت نكاح غيره ولكن طلقها زوجها بعد ان اشتراها ذلك المشتري وقبضها او كانت معتدة الغير فانقضت عدتها بعد ان اشتراها وقبضها لم يلزمه الاستبراء في شئ من هذه الصور كما صرحوا به وسيظهر مما ذكروا في حيلة الاستبراء مع ان كلا من هاتيك الصور داخلة في اطلاق هذه المسالة كما ترى فكان المناسب تقييدها بما يخرج تلك الصور قوله لانه هو الموجود في مورد النص قال بعض الفضلاء في الحصر كلام فان اشيا من جملة ما وجد في مورد النص وهو يصلح للسببية فان الظاهر ان التملك في صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرئ صيانة لمائه ثم يباشر السبب فلا حاجة الى استبراء المتملك حينئذ انتهى اقول كلامه ساقط اذ لا شك ان مراد المص حصر ما يصلح للسببية في مورد النص في استحداث الملك واليد فالمعنى لانه انما استحداث الملك واليد هو الموجود والصالح للسببية في مورد النص وقول ذلك القائل وهو يصلح للسببية ممنوع فان ما ذكروه من الحكمة فيه والعلة الحقيقة انما يقتضي ان يكون السبب فيه هو استحداث الملك واليد من غير دخل فيه للسبي كما لا يخفى على من تامل في تقرير المص في بيان الحكمة فيه وبيان علة الحقيقة وما يكون دليلا عليها ثم ان تاج الشريعة قد تكفل ببيان عدم دخالة السبي في السببية بأوضح الوجه حيث قال لا يقال الموجب كونها مسبية لان كونها مسبية اضافة والاضافات لا مدخل لها في العلة لانا نعتبر ذلك لسد باب القياس وانه مفتوح بالنصوص فلم يبق ههنا الا كونها مملوكة رقبة ويدا وهو الموثر كما ذكر في الكتاب انتهى ثم ان قول ذلك القائل فان الظاهر ان التملك في صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرئ صيانة لمائه ثم يباشر السبب فلا حاجة الى استبراء المتملك ممنوع ايضا فان علة الاستبراء ارادة الوطى والمشتري هو الذي يريده دون البائع ولهذا يجب الاستبراء على المشتري لا على البائع كما سياتي في الكتاب فمن اين كان استبراء المتملك قبل مباشرته السبب ظاهرا ولئن سلم كونه ظاهرا بالنظر الى ما هو اللائق بحال المسلم من صيانة مائه فذاك لا ينافي وجوب الاستبراء على المتملك بناء على توهم شغل الرحم بالمحرم فان مجرد توهمه كاف في وجوبه كما سيظهر من البيان الآتي

وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل او توهم الشغل بما محترم وهو ان يكون الولد ثابت النسب ويجب على المشتري لا على البائع لان العلة الحقيقة ارادة الوطي والمشتري هو الذي يريده دون البايع فيجب عليه

في الكتاب قوله وبذا الان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه اورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال يرد عليهم انهم ينكرون انعلاق الولد الواحد من مائين لعدم امكان الاختلاط بينهما على ما مر في باب التدبير والاستيلاد فكيف نبوا ههنا حكمة الاستبراء على جوازه انتهى اقول ليس بذا الشئ اذ ليس المراد بالاختلاط المذكور في قولهم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط الاختلاط الحقيقي بل المراد به هو الاختلاط الحكمي وهو ان لا يتبين ان الولد من اي ما تعلق به شد اليه قول المص والانساب عن الاشتباه ويفصح عنه قول صاحب الكافي في تعليل الاختلاط اذ لو وطيها قبل ان تعرف براءة رحمها فجارت بولد فلا يدري انه منه او من غيره انتهى والذي ينكر دونه انما هو اختلاط المائين اختلاطا حقيقيا فلا تدافع بين الكلامين في المقامين قوله وذلك عند حقيقة الشغل او توهم الشغل بما محترم وهو ان يكون الولد ثابت النسب لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان في مرجع ضمير هو في قوله وهو ان يكون الولد ثابت النسب نوع اشتباه وعن هذا قد اختلفت الناظرون وفيه فقال صاحب الغاية قوله وهو ان يكون الولد ثابت النسب اي المراد من توهم الشغل بما محترم وهو ان يكون الولد بحيث يمكن اثبات نسبه من غيره انتهى اقول فيه خلل فان تفسيره المذكور يشير بارجاع ضمير هو الى توهم الشغل بما محترم وليس بسديد لان الامر في حقيقة الشغل بما محترم ايضا كذلك فلا وجه للتخصيص بتوهم الشغل على انه لم يذكر ما يصح عليه ان يكون الولد ثابت النسب بالمواطاة على ضمير هو الراجع الى توهم الشغل على مقتضى تقريره ولا يتم المعنى بدون ذلك اذ لا شك ان توهم الشغل بما محترم ليس تفسيرا بكون الولد ثابت النسب حتى يصح حمله عليه بالمواطاة تامل وقال بعض الفضلاء قوله وهو ان يكون الولد ثابت النسب اي الاستبراء لان يكون الولد ثابت النسب وحذف الجار مع ان وان قياس انتهى اقول فيه ايضا خلل فان الاستبراء مع كونه بعيدا من حيث اللفظ والمعنى عن ان يكون مرجعا لضمير هو ههنا ليس هو لان يكون الولد ثابت النسب بل لارادة الوطي ونظرا الى علته ولتعرف براءة الرحم نظرا الى حكمته كما تدل عليه عبارة الكتاب فيما قبل وما بعد كيف ولو لم يبع المشتري نسب الولد الذي جاءت به المشتراة بعد ان استبرأها لم يثبت نسب ذلك الولد منه لكون فراش الامة ضعيفا على ما عرف في محله فما معنى القول بان الاستبراء لان يكون الولد ثابت النسب فتامل اقول في هذا المقام ان ضمير هو ههنا راجع الى ما او محترم المذكور قبله فالمعنى وهو اي الماء المحترم بان يكون الولد ثابت النسب على حذف الجار من الكلمة ان كما هو القياس على ما عرف في علم النحو كون الولد ثابت النسب انما يتحقق بان تكون الامة ممن تحبل في ملك الغير نكاحا او ديانة فتدبر قال تاج الشريعة وانما قيده بما محترم والكان الحكم في غير المحترم كذلك فان الجارية اذا كانت حاملا من الزنا لا يحل وطيها لانه اخرج الكلام مخرج اوضاع الشرع لان وضع الشرع ان لا يكون الا في الحلال انتهى كلامه واقتفى اثره صاحب العناية في خلاصة هذا التوجيه حيث قال في بيان ما محترم بان لا يكون من بغي وقال انما قيد بذلك وان كان الحكم في غير المحترم كذلك فان الجارية الحاملة من الزنا لا يحل وطيها حملا للحال على الصلاح انتهى وسلك بعض المتاخرين في توجيه هذا التقييد بما محترم مسلكا اخر وقصد به التوجيه الاول حيث قال ولا يكون من بغي لما سبق في كتاب النكاح ان نكاح المزنية ووطئها جائز لا استبراء فاذا جاز وطيها بلا استبراء مع تحقق الزنا فجوازه مع احتماله اولى ولا يرد عليه النقض بالجارية الحامل من الزنا فانه لا يحل وطيها لان فيه شغل محقق ولا يلزم من عدم حل وطيها لذلك عدم حله لشغل محتمل على ان عدم جواز وطيها ليس لاحترام الماء بل لئلا يسقي ماؤه زرع غيره كما مر في

غير ان الارادة امر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطي والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وأدير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب استحداث ملك الرقبة الموكد باليد وتعدى الحكم الى سائر اسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والحلم والكتابة وغير ذلك ؛

كتاب النكاح الى هنا كلامه اقول فيه خلل من وجوه الاول ان قوله لما سبق في كتاب النكاح ان نكاح المزنية ووطيها جائز بلا استبراء ليس بتعليل صحيح للمدعى هنا لان جواز نكاح المزنية وجواز وطيها للزوج بلا استبراء لا يدل على جواز وطي الجارية المزنية للمتملك بلا استبراء كيف والذي سبق في كتاب النكاح هو انه اذا راى امراة تزنى فتزوجها حل له ان يطأها عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا احب له ان يطأها ما لم يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء الغير فوجب التنزه كما في الشراء ولهما ان الحكم بجواز النكاح امارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء بخلاف الشراء لانه يجوز مع الشغل فقد تلخص منه انه لا خلاف في وجوب الاستبراء في الشراء مطلقا فانما الخلاف في الاستبراء في نكاح المزنية والكلام هنا في الشراء ونحوه من التملكات فلا يتم التقريب اصلا والثاني ان قوله فاذا جاز وطيها بلا استبراء مع تحقق الزنا فجوازه مع احتماله اولى ليس بمستقيم لان مجرد احتمال الزنا لو كان مجوزا للوطء بلا استبراء لارتفع وجوب الاستبراء في باب تملك الجارية بالكلية اذ احتمال الزنا غير منتف في كل جارية مملوكة وان كان مراده انه اذا جاز وطيها بلا استبراء في صورة النكاح مع تحقق الزنا فجوازه مع احتماله اولى في تلك الصورة لا يتم التقريب كما لا يخفى والثالث ان قوله في دفع النقض بالجارية الحامل من الزنا لان ذلك شغل محقق ولا يلزم من عدم حل وطيها لذلك عدم حل شغل محتمل الماء يتم ان لو كان الاخير في قول المصنف بماء محترم قيدا للتوهم الشغل فقط للمجموع حقيقة الشغل وتوهم الشغل معا والظاهر من كلام المصنف ان يكون قيدا للمجموع وقد افصح عنه ذلك البعض من تبعه حيث قال في شرح قول المصنف وهو ان يكون الولد ثابت النسب وهو اي احتراز الماء سواء اشتغل به الرحم حقيقة او توهما ان يكون الولد الحاصل منه ثابت النسب انتهى فاذا كان قيدا للمجموع يرد النقض بالجارية الحامل من الزنا فان رحمها مشتغل حقيقة بماء غير محترم مع وجوب الاستبراء فيها ايضا والرابع ان قوله على ان عدم جواز وطيها ليس لاحترام الماء بل ليئلا يسقي ماء زرع غيره كما مر في كتاب النكاح مما لا حاصل له هنا فان مدار النقض المذكور على عدم احترام الماء فيها فانتقض بها التقييد بماء محترم عكسا والقول بان عدم جواز وطيها ليس لاحترام الماء فيها لا يدفع النقض بل يريده كما لا يخفى قوله غير ان الارادة امر مبطن فيه ان الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطي قال صاحب العناية في بيان هذا فان صحيح المزاج اذا تمكن منه اراده ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فان غير صحيح المزاج ممنوع ايضا عن الوطي ودواعيه وقال ولعل الاولى ان يقول فان الظاهر ان المتمكن منه يريده والتمكن انما يثبت الخ والمراد من التمكن الشرعي انتهى اقول كل من ايراده وما اختاره ليس بتام اما الاول فلان كون غير صحيح المزاج ممنوع ايضا عن الوطي ودواعيه ممنوع فان غير صحيح المزاج عاجز عن الوطي والمنع من الشئ انما يكون عند القدرة عليه الا يرى انه لا معنى لان يقال الاعمى ممنوع عن النظر الى المحرمات وعن هذا قال تاج الشريعة في بيان ان الاستبراء يجب على المشتري لا على البائع لان الشارع نهى عن الوطي والنهي انما يستقيم عند تمكن الوطي والتمكن للمشتري لانه هو التملك لا على البائع لانه معرض انتهى واما الثاني فلانه كيف يكون المراد من التمكن ههنا هو التمكن الشرعي والظاهر ان التمكن الشرعي مما هو محرم شرعا غير متصور والوطء قبل الاستبراء محرم قطعا ولا شك ان علة الاستبراء متحرمة عليه فلا بد ان يكون دليلا ايضا متقدما عليه والمفروض انه هو التمكن من الوطء فلو كان المراد من ذلك التمكن هو التمكن الشرعي دون التمكن الطبعي لزم ان يتمكن من المحرم الشرعي

وكذا يجب على المشتري من مال الصبي ومن المراة ومن المملوك ومن لا يحل له وطيها وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطا لتحقق السبب واما رة الاحكام على الاسباب والحكم لبطونها فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل وكذا لا يجتزأ بالحيضة التي اشتريها في اثنائها وكذا بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء او غيره من اسباب الملك قبل القبض وكذا بالاداة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافا لابي يوسف لان السبب استحقاق الملك واليد والحكم لا يستتم السبب وكذا لا يجتزأ بالحاصل قبل الاجازة في بيع الفضولي وان كانت في يد المشتري وكذا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد قبل ان كشيتريها شراء صحيحا لما قلنا ويجب في جارية للمشتري فيها شقص فاشتراه الباقي لان السبب قد تم الا ان الحكم يضاف الى تمام العلة ويجتزأ بالحيضة التي حاضتها بعد القبض وهي حسية او حكمية باقي بينهما بعد الشراء تمت المحسية او عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو استحقاق الملك واليد او هو مقتض للحل والحرمة لما مر كما في حالة الحيض ولا يجتزأ بما اذا رجعت القابلة او ردت المغرور به او المواجر او فك الراهن لعدم السبب وهو استحقاق الملك واليد وهو سبب متعين قادر الحكم عليه وجوه اوعدة انظائر كثيرة كتبناها في كفاية المنتهي واذا ثبت وجوب الاستبراء وحرم الوطء حرم الدواعي لانضمامها اليه او لاحتمال وقوعها في الملك اعتبارا لظهور الجزء بوجود الكل ولهذا حرم القبلة والمباشرة فيما دون الفرج بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعي فيها لانه لا تحتمل الوقوع في غير الملك لحرمة زمان التقرب فالطارئ في الدواعي لا يفضي الى الوطء الرغبة في المشتراة قبل الدخول اصدق الرغبات فتفضي اليه فحرم الدواعي في البيعة وعن محمد انها لا تحرم لانها لا تحتمل الوقوع في غير الملك لانه لو ظهر بالجبل لا تصح عن الجهاد

تكلما شرعيا وهو ظاهر لمحذور تامل قوله وكذلك يجب على المشتري من مال الصبي ومن المراة والمملوك ومن لا يحل له وطيها وكذلك اذا كانت المشتراة بكرا لم توطا لتحقق السبب واما رة الاحكام على الاسباب دون الحكم لخفائها وعن هذا قالوا ان الحكمة تراعى في الجنس لا في كل فرد واعترض عليه صدر الشريعة في شرح الوقاية واجاب حيث قال يرد عليه ان الحكمة لا تراعى في كل فرد ولكن تراعى في الانواع المضبوطة فاذا كانت الامة بكرا او مشتراة ممن لا يثبت نسب ولدها منه ينبغي ان لا يجب الاستبراء لان عدم الشغل بالماء المحترم متيقن في هذه الانواع والجواب انه انما يثبت بالنص لقوله عليه السلام في سبايا اوطاس الا لا توطا الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحبالى حتى يستبرئن بحيضة فان السبايا لا تخلو من ان تكون فيها بكرا او مسبية من امراة ونحو ذلك ومع هذا حكم النبي صلى الله عليه وسلم حكما عاما فلا يختص بالحكمة فاذا ثبت الحكم في السبي على العموم ثبت في سائر اسباب الملك كذلك قياسا فان العلة معلومة ثم تابد ذلك الاجماع الى هنا كلامه واجاب صاحب الاصلاح والايضاح عن الاعتراض المذكور بوجه اخر فقال ان توهم الشغل ثابت في البكر وفي المشتراة ممن لا يثبت نسب ولدها منه اما في الاول فلان احتمال وصول الماء الى الرحم قائم بدون زوال العذرة واما في الثانية فلما ذكر في الكافي من ان المعتبر التوهم سواء كان من المالك او من غيره ورد الجواب الذي ذكره صدر الشريعة بان الاعتراض المذكور ليس على الحكم حتى يندفع ببيان وجه ثبوته عامل على الحكمة بانها لا تصلح حكمة لعدم اطرادها بحسب الانواع المضبوطة انتهى وقال بعض المتاخرين بعد نقل ذلك الرد هذا الرد مردود لان مبنى الجواب المذكور على ان وجوب رعاية الحكمة في الانواع ليعم الحكمة تلك الانواع لا لتكون الحكمة حكمة فحاصله ان الحكم عام لتلك الانواع ههنا بالحديث فلا حاجة الى ثبوت الحكمة فمنها ما لا تيسر وقوف البشر عليه ومنها ما تيسر ذلك ولما كان المكره فيه من قبيل الثاني تعرض الفقهاء لبيان الحكمة فيه فقالوا انها تعرف براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل او توهم الشغل بماء محترم وهذا لا ينافي ثبوت عموم الحكم بدليل من الادلة الشرعية فان الدليل الشرعي في كل حكم شرعي مما لا بد منه وهو غير الحكمة فيه ولا يدفع الحاجة الى ثبوت الحكمة فيه فقوله فحاصله ان الحكم عام لتلك الانواع ههنا بالحديث فلا حاجة الى ثبوت الحكمة فيها خروج عن سنن الصواب هذا فان ماله الاعتراف لعدم صلاحية ما عده اساطين الفقهاء حكمة في هذه المسالة لان يكون حكمة فيها وهذا مما لا يتجاسر عليه المتشرع ثم اقول بقي شيء آخر في جواب صدر الشريعة وهو ان قوله فلا اثبت الحكم في السبي على العموم ثبت في سائر اسباب الملك كذلك قياسا ليس بتام فان النص ورد في المسبية على خلاف القياس لتحقق المطلق للاستمتاع بها وهو الملك كما صرح به في العناية وغيرها وشرط القياس ان لا يكون حكم الاصل معدولا عن سنن القياس كما عرف في علم الاصول فانى تيسر اثبات الحكم في سائر اسباب الملك بطريق القياس فالوجه ان يقال دلالة بدل قوله قياسا فان الشرط المذكور منتف في الدلالة فيستقيم المعنى تبصر قوله ولم يذكر الدواعي في المسبية وعن محمد انها لا تحرم قال في العناية واستشكل ذلك حيث تعدى الحكم من الاصل وهي المسبية الى الفرع وهو غيرها حيث حرمت الدواعي في غير المسبية دونها واجيب بان ذلك باعتبار اقتضاء الدليل المذكور في الكتاب وفيه نظر من وجهين احدهما ان التعدي ان كان بالقياس فالجواب المذكور غير دافع لان عدم التغيير بشرط القياس كما عرف موضعه وانتفاء الشرط لا يستلزم انتفاء المشروط والثاني ان الدال على حرمة الدواعي في غير المسبية امران الاقتضاء والوقوع

بخلاف المشتراة على ما بينا ولا استبراء في حامل بوضع الحمل لما مر وينا وفي رواية الاشهر بالشهر لانه اقيم في حقهن مقام الحيض كما في المعتدة وانما عنيت في اثنائه بطل الاستبراء بالايام للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل كما في العدة فان ارتفع حيضها تركت حتى اذا تبين انها ليست بحامل وقم عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية وقيل بثلثين بشهرين وثلثة وعن محمد اربعة اشهر وعشر وعنه شهران وخمسة ايام لعتبار العدة الحرة او الامة في الوفاة وعن ابي حنيفة سنتان وهو رواية عن ابي حنيفة رح قال ولا بأس بالاحتيال لاسقاط الاستبراء عند ابي يوسف خلافا لمحمد وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة والمختار قول ابي يوسف فيما اذا علم ان البائع لم يقربها فان ظهر خلاف ذلك فقول محمد فيما اذا قربها والحيلة اذا لم تكن تحت المشتري حرة ان يزوجها قبل الشراء ثم يشتريها

في غير الملك فان لم يحرم بالثاني فليحرم بالاول اذا الحرمة تؤخذ بالاحتياط ويمكن ان يجاب عنه بان التعدية ههنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد ان يكون اللاحق دلالة حكم الدليل لم يكن للملحق به لعدمه والدليل ههنا ان حرمة الدواعي في هذا الباب مجتهد فيه لم يقل بها الشافعي واكثر الفقهاء فلما كان علتها في المسبية امرا واحدا لم تعتبر ولما كان في غيرها امران تصاعدا اعتبرت الى لفظ العناية اقول في قوله فلما كان عليها في المسبية امرا واحدا لم تعتبر نظر فان العلة اذا كانت علة صحيحة تامة فوجدتها لا تنافي اعتبارها ولا يضر بالعمل بها وان كان الحكم مما وقع الاجتهاد في خلافه كيف ولم ينقل من احد ان العلة الواحدة لا تكفي في المسائل الخلافية بل ترى كثيرا من الخلافيات قد اكتفوا فيها بالعلة واحدة والحرمة مما يؤخذ فيه بالاحتياط فكان الاكتفاء فيها بعلة واحدة اولى والظاهر ان الافضاء الى الحرام علة صحيحة تامة ولهذا قالوا في تعليل حرمة الدواعي قبل الاستبراء في غير المسبية لافضائها الى الوطء الحرام او لاحتمال وقوعها في ملك الغير ولا شك ان كلمة او تدل على استقلال كل واحدة من العلتين واكتفوا في تعليل حرمة الدواعي في كثير من المسائل بالعلة الاولى كما في الظهار والاعتكاف والاحرام وفي المنكوحة اذا وطيت بشبهة كما يجيء في الكتاب هذا وقد اول بعض المتاخرين على قول صاحب العناية ويمكن ان يجاب عنه بان التعدية ههنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد ان يكون اللاحق دلالة حكم الدليل لم يكن للملحق به لعدمه حيث قال بعد نقل ذلك ولا يخفى ان كون هذا من قبيل الدلالة دون القياس غير مسلم انتهى اقول ليس هذا بمستقيم اما اولا فلان المنع وظيفة المجيب فان حاصل جوابه منع كون التعدية فيما نحن فيه بطريق القياس حتى يلزم المحذور المذكور في النظر وهو تعدية الحكم من الاصل الى الفرع بتغير كما عرف في علم الاصول واما ثانيا فلان منع كون التعدية فيما نحن فيه من قبيل الدلالة دون القياس ساقط جدا اذ قد تقرر في اصول الفقه ان من شرط القياس ان لا يكون حكم الاصل معدولا عن القياس وقد ذكر صاحب العناية فيما مر ان حكم الاستبراء ثابت على خلاف القياس فتحقق الملك المطلق للاستمتاع فلا مجال للقياس فيه وانما تيسر الالحاق بطريق الدلالة وقد اشار اليه ههنا بقوله كما تقدم فلا وجه للمنع المذكور بعد ذلك ثم ان لذلك البعض في هذا المقام كلمات اخرى واهية يطول بذكرها الكلام بلا طائل فصفحنا عن التعرض لها روما للاختصار قوله بخلاف المشتراة على ما بينا قال صاحب العناية وقوله على ما بينا اشارة الى قوله والرغبة في المشتراة اصدق الرغبات انتهى وتبعه العيني اقول هذا خبط ظاهر اذ لا فرق بين المسبية والمشتراة في كون الرغبة في كل واحد منهما اصدق الرغبات فكيف يصح ان يشير المص في بيان الخلاف بينهما الى ما لا فرق بينهما فيه اصلا وانما الصواب ان قوله على ما بينا اشارة الى قوله اولا لاحتمال وقوعها في غير الملك اعني اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع اذ هو الفارق بين المسبية والمشتراة كما يدل عليه قطعا قوله لانها تحتمل وقوعها في ملك الغير لانه لو ظهر بها حبل لا تصح دعوة الحربي قوله والاستبراء في الحامل بوضع الحمل لما مر وينا قال صاحب العناية وقوله لما مر وينا اشارة الى قوله عليه السلام ولا حبالى حتى يضعن حملهن انتهى اقول قد انتهى الشارح المذكور في لفظ الحديث الذي رواه المص فيما مر حيث قال ولا حبالى حتى يضعن حملهن مع ان لفظه الا لا توطأ حبالى حتى يضعن حملهن ولا بحبالى حتى يستبرئن فلعمري ان هذا كان ظاهرا لمن له ادنى فكان السهو قد وقع من طغيان القلم فالله خير حافظا قوله والحيلة اذا لم تكن تحت المشتري حرة ان يزوجها قبل الشراء ثم يشتريها قال البعض المتاخرين

ولو كانت فالحيلة أن يزوجها الباتع قبل الشراء او المشتري قبل القبض ممن يوثق به ثم يشتريها ويقبضها ثم يطلق الزوج لان عند وجود السبب وهو استحقاق الملك الموكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب الاستبراء وان حل بعد ذلك لان المعتبر اوان وجود السبب كما اذا كانت معتدة الغير قال ولا يقرب المظاهر ولا يلمس ولا يقبل ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يكفر لانه لما حرم الوطء الى ان يكفر حرم الدواعي للافضاء اليه لان الاصل ان سبب الحرام حرام كما في الاعتكاف والاحرام وفي المنكوحة اذا وطئت بشبهة بخلاف حالة الحيض والصوم

اطلق المسئلة ولم يقيدها بكون القبض قبل الشراء لا بعده مع وجوب هذا التقييد قال الامام قاضيخان في فتاواه في تصوير المسئلة اذا اراد ان يشتري الجارية تيزوجها المشتري قبل الشراء اذا لم تكن في نكاحه حرة ثم يسلمها اليه المولى ثم يشتري فلا يجب عليه الاستبراء ثم قال وانما شرط تسليم الجارية قبل الشراء كيلا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح يريد انه تحقق حينئذ سبب وجوب الاستبراء وهو حدوث الملك المولد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالا له بخلاف ما لو سلمها قبل الشراء فان القبض السابق بحكم التعارض التزوج وان عرض له كونه قبضا بحكم الشراء الى ههنا كلام ذلك البعض اقول فيه خلل اما اولا فلانه جزم بوجوب تقييد هذه المسئلة بكون القبض قبل الشراء لا بعده واستشهد عليه بما ذكره الامام قاضيخان في فتاواه وليس تمام فان ما ذكره الامام قاضيخان انما هو قول بعض المشائخ ومختار نفسه واما عامة المشائخ فلم يشترطوا في هذه المسئلة كون القبض قبل الشراء وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط البرهاني وان لم تكن تحت المشتري حرة فلاسقاط الاستبراء حيلة اخرى وهي ان تيزوجها المشتري قبل الشراء ثم يشتريها ويقبضها فلا يلزمه الاستبراء لان بالنكاح ثبت له عليها الفراش فانما اشتراها وهي في فراشه وقيام الفراش له عليها دليل شرعي على فراغ رحمها من ماء الغير انتهى والمصنف قد اختار قول هؤلاء فلذلك اطلق المسئلة ولم يقيدها بكون القبض قبل الشراء واما ثانيا فلان قوله يريد انه تحقق حينئذ سبب وجوب الاستبراء وهو حدوث الملك الموكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالا له ليس بسديد لان حدوث الملك الموكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا لا يجب الاستبراء وان حل بعد ذلك وكان الصواب ان يقول وهو حدوث الملك الموكد بالقبض بعد ان لم يكن فرجها حلالا له بفساد النكاح بملك اليمين تامل تقف ثم قال ذلك البعض ثم ان صاحب الكافي تبلك طريقة المص ولم يلتفت الى هذا الشرط الا انه صور المسئلة بصورة تخصيص السلم تنصيصا على عدم الاشتراط به ودلل المسئلة بما يدل على سقوط الاستبراء في الصورتين معا فقال والحيلة ان لم تكن تحت المشتري حرة ان تيزوجها قبل الشراء ثم يشتريها فيقبضها فلا يلزمه الاستبراء لان بالنكاح ثبت له عليها الفراش وانما اشتراها وهي فراشه وقيام الفراش له عليها دليل شرعي على تبين فراغ رحمها من ماء الغير ثم الحل له لم يتجدد بملك الرقبة لانها كانت حلالا له بالنكاح قبل ذلك انتهى فان قلت لانسلم عدم تجدد الحل بملك اليمين فانها وان كانت حلالا له بالنكاح الا انه زال ذلك بزواله بالشراء فزال الشراء خال عن الحل اما عن الحل الحاصل بالنكاح فظاهر لانه زمان زواله واما عن الحل الحاصل بملك اليمين فلانه يستعقبه الشراء فان المشتري ما لم يفرغ عن التلفظ بلفظ اشتريت بعد ايجاب البائع لم يحصل له الحل قلت هذه مغالطة لان وجود العلة يقارن وجود المعلول لا يستعقبه فزمان التلفظ بالحرف الاخير في اشتريت هو زمان وجود الشراء والحل وزوال النكاح لا يقال سلمنا ان نوع الحل مستمر ولا يوجد زمان خال عن الحل ولم يحدث نوع الحل الا انه حدث حل هو اثر ملك اليمين فذلك كاف في وجوب الاستبراء لانا نمنع ذلك بل من الواجب حصول الحل بملك اليمين بعد ان لم تكن حلالا له بسبب من الاسباب هذا غاية توجيه كلامه لكنه لا يعد محل نظر اذ لقائل ان يقول الشراء سبب الملك وحل الوطء حكمه وحكم الشئ يتعقبه فزمان وجود الملك خال عن الحل مطلقا فيجب الاستبراء تقدم التسليم اولا فلم يصلح ما ذكره حيلة لاسقاط اصلا فتامل فان هذا من المطارح الى ههنا لفظ ذلك البعض اقول ما اورده في خاتمة كلامه ليس بشئ فانه ان اراد بقوله وحكم الشئ يتعقبه زمانا البتة فهو ممنوع جدا وان اراد به انه يتعقبه ذاتا اي يتوقف عليه فهو مسلم ولكن لا يلزم منه ان يكون

لان الحيض يمتد شطر عمرها والصوم يمتد شهرا فرضا واكثر العمر نفلا ففي المنع عنها بعض الحرج ولا كذلك ما عددناها لقصور
مدة ما وقد صح ان النبي عليه السلام كان يقبل وهو صائم ويضاجع نساءه وهن حيض قال ومن له امتان اختان
فقبلهما بشهوة فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غير يملك
او نكاح او يعتقها واصل هذا ان الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطيا لاطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين و
لا يعارض قوله تعالى او ما ملكت ايمانكم لان الترجيح للمحرم وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لاطلاق النص ولان الداعي الى الوطء
بمنزلة الوطء في التحريم على ما مهدناه من قبل فاذا قبلهما فكانه وطيهما ولو وطيهما ليس له ان يجامع احدهما ولا ان يأتي بالداعي فيهما فكذا اذا
قبلهما وكذا اذا مسهما بشهوة او نظر الى فرجها بشهوة لما بينا الا ان يملك فرج الاخرى غير يملك او نكاح او يعتقها لانه لما حرم عليه فرجها لم يبق جامعا

زمان وجود الملك خاليا عن الحل مطلقا وبالجملة لزم تاخر حكم الشئ عن الشئ زمانا ممنوع ولزوم تاخرة عنه ذاتا مم ضرورة كون حكم الشئ متفرعا عليه ولكن
لا يلزم من خلو زمان عن الحل مطلقا خلوه عنا نحن فيه حتى يجب الاستبراء وقوله لان الحيض يمتد شطر عمرها قال صاحب النهاية اي يقرب من شطر عمرها وهو عشرة
ايام في كل شهر فكان قريبا بخمسة عشر يوما وهي نصف الشهر انتهى واقتفى اثره صاحب الكفاية وقال صاحب معراج الدراية اي قريب شطر عمرها وهو
هو الثلث والمراد البعض انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وفيه نظر لانه يشير الى ان الشطر هو النصف ويتقوى بذلك استدلال
الشافعي علينا بالحديث ان اكثر الحيض خمسة عشر يوما انتهى اقول نظره ساقط جدا فان الحديث الذي استدل به الشافعي علينا وهو قوله عليه السلام في نقصان
دين المراة تقعد احدى نسهن شطر عمرها لا تصوموا ولا تصلي وجه استدلاله ان المراد به زمان الحيض والشطر هو النصف فكان اكثر مدة الحيض خمسة عشر يوما وقال الشارح المذكور
حتى صاحب العناية نفسه ليس المراد بالشطر في الحديث حقيقته لان في عمرها زمان الصغر ومدة الجبلة وزمان الايأس والحيض في شئ من ذلك فعرفنا ان المراد به ما يقارب الشطر واذا قدرنا
بالعشرة بهذه الآثار كان مقاربا للشطر وحصل التوفيق انتهى فظهر من ذلك انه اذا كان الشطر هو النصف كما اشار اليه صاحب النهاية ههنا ونص عليه الجوهري في صحاحه والشطر في اللغة
لا يتقوى استدلال الشافعي علينا بالحديث المذكور بل لا يتمشى استدلاله به علينا اصلا حيث لم يكن مجال لكون الشطر ههنا كذلك على حقيقته بعد مساعدة
عمر المراة لها كما بينوا بل لا بد وان يحمل على المجاز بان يكون المراد به ما يقارب الشطر كما ذكر واقاطبة ههنا كذلك وعليه جرى صاحب النهاية ههنا ايضا
فكان صاحب العناية نبي ما قدمت يداه ثم ان بعض المتقدمين قال في هذا المقام وشطر الشئ نصفه وبعضه والمراد به ههنا هو الثاني دون
الاول كما ذهب اليه صاحب النهاية ولهذا اول بما يقرب من شطره وقال فانه عشرة ايام وهو قريب من خمسة عشر يوما وهي نصف الشهر فكانه زعم
ان الشطر لا يجي الا بمعنى النصف انتهى كلامه اقول ليس هذا بسديد لان مجئ الشطر بمعنى البعض انما ذكره صاحب القاموس حيث قال الشطر نصف
الشئ وجزوه منه حديث الاستبراء فوضع شطرها اي بعضها انتهى ولكن ذاك ليس بقطعي في ان يكون الشطر حقيقة في معنى البعض ايضا فان اكثر
كتب اللغة معبر متكفل بالفرق بين الحقيقة والمجاز ولئن سلم انه حقيقة في معنى البعض ايضا فليس معنى البعض بمناسب للمقام لان مجرد تحقق الحيض
في بعض عمرها لا يقتضي الحرج في المنع عن الدواعي ايضا حالة الحيض وانما الذي يقتضي الحرج في ذلك تحقق الحيض في نصف عمرها او في قريب من نصف
عمرها لطول مدة الحيض اذ ذاك وهو المفضي الى الحرج فلذلك حمل صاحب النهاية الشطر الواقع في عبارة المص ههنا على النصف واوله بالقريب
من النصف ليوافق ما ههنا في اكثر مدة الحيض قوله واصل هذا ان الجمع بين المملوكتين لا يجوز وطيا لاطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين
ولا يعارض بقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم لان الترجيح للمحرم قال تاج الشريعة فان قلت الاصل في الدلائل الجمع وامكن ههنا بان يحمل قوله وان
تجمعوا على النكاح وقوله او ما ملكت ايمانكم على ملك اليمين قلت المعنى الذي يحرم الجمع بين الاختين نكاحا وجد ههنا وهو قطيعة الرحم فيثبت الحكم ههنا
ايضا ولان قوله او ما ملكت ايمانكم مخصوص اجماعا فان امه واخته من الرضاع والامة المجوسية حرام فلا يعارض ما ليس بمخصوص وهو الحرم للجمع
انتهى كلامه واقتفى اثره صاحب الكفاية والشارح العيني اقول في كل من وجهي الجواب نظرا اما في الوجه الاول فلان حاصله انه على تقدير ان
يحمل قوله وان تجمعوا على النكاح يثبت حكم حرمة الجمع بين الاختين وطيا بملك اليمين ايضا دلالة لوجود المعنى المحرم فيه ايضا وهو قطيعة الرحم لكنه ليس

وقوله بملك اراد به ملك يمين فينتظم التمليك بسائر اسبابه بيعا اوغيره وتمليك الشقص فيه كملك الكل لان الوطي يحرم به وكذا اعتاق البعض من احدهما كاعتاق كلها وكذا الكتابة كاعتاق في هذا الثبوت حرمة الوطي بذلك كله وبرهن احدهما واجارتها وتدبيرها كالتحل لاخرى لانها لاتخرج بها عن ملكه وقوله او بنكاح اراد به النكاح الصحيح اما اذا تزوج احدهما نكاحا فاسدا لايباح له وطي الاخرى الا ان يدخل الزوج بها فيه لانه تجب العدة عليها والعدة كالنكاح الصحيح في التحريم وكوطي احدهما حل له وطي الموطوءة دون الاخرى لانه يصير جامعا بوطي الاخرى كابوطي الموطوءة وكل امرأتين لايجوز الجمع بينهما نكاحا فيما ذكرناه بمنزلة الاختين قال ويكره ان يقبل الرجل فم الرجل او يده اوشيئا منه او يعانقه وذكر الطحاوي ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رحمهم الله لابأس بالتقبيل والمعانقة لما روي ان النبي عليه السلام عانق جعفرا رضي الله عنه حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه

بتمام اذ قد تقرر في اصول الفقه ان عبارة النص واشارته ترجحان على دلالة النص عند التعارض والظاهر ان افادة عموم قوله تعالى اوما ملكت ايمانكم حل الجمع بين الاختين المملوكتين وطيا بالعبارة ولا اقل من ان تكون بالاشارة فيلزم ان يترك بها دلالة الآية الاخرى على حرمة الجمع بينهما وطيا على مقتضى قاعدة الاصول واما في الوجه الثاني فلان حاصله ان قوله تعالى اوما ملكت ايمانكم من قبيل العام الذي خص منه البعض فصار ظنيا لكن الشبهة كما عرف في علم الاصول فلا يصلح ان يعارض ما هو ليس بخصوص وهو المحرم للجمع لكونه قطعيا لكنه ليس بتام ايضا اذ قد تقرر ايضا في اصول الفقه ان العام الذي خص منه البعض انما يكون ظنيا اذا كان المخصص موصولا واما اذا كان مفصولا متاخرا فالخاص او ذاك يكون ناسخا للمقام في القدر الذي تناوله الخاص ويكون العام في الباقي قطعيا بلا شبهة والظاهر ان مخصص الام والاخت من الرضاع والامة المجوسية من قوله تعالى اوما ملكت ايمانكم ليس بموصول به فلم يكن ظنيا في الباقي بل كان قطعيا كالمحرم للجمع فلم يظهر الرجحان من ذلك الوجه حتى لايصلح للمعارضة فتامل قوله وقوله بملك اراد به ملك يمين فينتظم التمليك بسائر اسبابه بيعا اوغيره قال صاحب الغاية قوله فينتظم التمليك بسائر اسبابه اي اسباب التمليك كالشراء والوصية والميراث والخلع والكتابة والهبة والصدقة انتهى اقول في بعض تمثيلاته خطا وهو الوصية والميراث والكتابة اما في الوصية والميراث فلان تملك الغير في الوصية والميراث انما يثبت بعد موت الموصي والمورث فكيف فولك تحت قوله بملك في قوله فانه لايجامع واحدة منهما ولايقبلها ولايمسها بشهوة ولاينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك اونكاح فان شيئا من المجامعة والمس والنظر لايتصور بعد الممات على ان نفس التمليك ايضا على حقيقته غير متصور في الارث واما في الكتابة فلانها ملحقة بالاعتاق كما سيصرح به المص بقوله وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا فكانت من فروع قوله او يعتقها غيره داخلة في قوله حتى يملك فرج الاخرى غيره اذ المراد بالملك هنا ملك اليمين بدلالة عطف قوله اونكاح عليه ولايتصور تمليك الفرج غير ملك يمين بالكتابة كما لايخفى على من عرف من معنى الكتابة شرعا قوله وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا الثبوت حرمة الوطي بذلك كله قال صاحب العناية كلمة كذا في قوله وكذا الكتابة كالاعتاق زائدة وقال الشارح العيني بعد نقل ذلك قلت زيادة كذا في كلام العرب غير مشهورة انتهى اقول هذا كلام عجيب اذ لاشك ان مراد صاحب العناية ان كلمة كذا ههنا زائدة اي مستدركة لانها زائدة كزيادة بعض الحروف لتحسين اللفظ كما توهمه العيني حتى يتوجه اليه قوله زيادة كذا في كلام العرب غير مشهورة وبالجملة مراد صاحب العناية الدخل لا التوجيه فما ذكره العيني لغو محض ثم اقول يمكن توجيه عبارة المص بما يندفع به الاستدراك في كلمة كذا وهو ان مراد المص وكذا اي وكذلك ان اعتاق البعض من احدهما كاعتاق الكل الكتابة كالاعتاق اي كاعتاق الكل فح يصير المقصود من كلمة كذا ههنا هو التشبيه بما قبله كما كان المقصود من كلمة كذا في قوله وكذا اعتاق البعض من احدهما كاعتاق كلها هو التشبيه ايضا بما قبله فكانه قال وايضا الكتابة كالاعتاق في هذا والغرض من التشبيه التشريك في تعليل واحد كما يرشد اليه قوله لثبوت حرمة الوطي بذلك كله فتدبر قوله وبرهن احدهما واجارتها وتدبيرها لاتحل الاخرى لانها لاتخرج بها عن ملكه اقول كان الظاهر في التعليل ههنا ان يقول لانه لاتثبت بها حرمة الوطي فان مجرد عدم خروجها عن ملكه لايقتضي ان لاتحل له الاخرى الا يرى انها لاتخرج عن ملكه بالكتابة ايضا كما تقرر في كتاب المكاتب وصرح به الشراح ههنا ايضا فيما قيل مع انه اذا كانت احدهما تحل له الاخرى كما مر انفا

وكلما مارووى ان النبى عليه السلام نهى عن المكامعة وهى المعانقة وعن المكاعمة وهى التقبيل ومارواه محمول على ما قبل التحريم ثم قالوا الخلاف فى المعانقة فى ازار واحد اما اذا كان عليه قميص او جبة فلا بأس بها بالاجماع وهو الصحيح قال ولا بأس بالمصافحة لانه هو المتوارث وقال عليه السلام من صافح اخاه المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه

وحمل الملك فى قوله لا تخرج بها عن ملكه على ملك الوطء كما فعله بعض المتاخرين تعسف لا يخفى اذ المستعمل فى اللغة والعرف حمل الوطء لا ملك الوطء وانما يقال ملك اليمين او ملك النكاح قوله وبهما مارووى انه عليه السلام نهى عن المكامعة وهى المعانقة وعن المكاعمة وهى التقبيل قال فى غاية البيان وتفسير المكامعة بالمعانقة فيه نظر لانه قال فى ديوان الادب وغيره كامع امراته ضاجعها وكامع المراة قبلها وقال فى القاموس نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن المكاعمة والمكامعة اى عن ملائمة الرجل بالرجل ومضاجعته اياه لا ستر بينهما الى هنا لفظ غاية البيان وقال العينى بعد نقل ذلك قلت فيه نظر لان المضاجع هو المعانق غالبا والا يضاجع احد غيره الا والغالب انه يعانقه انتهى اقول ليس هذا بشئ لان كون المضاجع هو المعانق غالبا ممنوع ولو سلم ذلك فلا يلزم منه ان تكون المكامعة هى المعانقة فى الغالب وانما الذى يلزم ان تتلازم المكامعة والمعانقة فى الغالب لا شك ان احد المتلازمين لا يكون عين الاخر كالابوة والبنوة فكيف يصح تفسير احدهما بالاخرى ولو سلم صحة التفسير بالملازم بناء على المسامحة لم يفد ههنا لان المضاجعة لا وجدت بدون المعانقة وان كان فى غير الغالب كانت المعانقة اخص من المضاجعة فلم يصح تفسير المكامعة التى هى المضاجعة بالمعانقة على عدم صحة التفسير بالاخص ونظر صاحب الغاية انما هو فى تفسير المكامعة بالمعانقة لا غير وقال بعض المتاخرين وفسرها المص بالمعانقة مع ان المكامعة هى المضاجعة فى ديوان الادب وغيره كامع امراته ضاجعها بناء على ان الكلام فى المعانقة والظاهر ان ما نهى من المضاجعة هو ما كان على سبيل المعانقة لعدم الخلاف فى اباحة المضاجعة لا على ذلك الوجه على ان المكامعة بحسب اللغة هى المضاجعة المخصوصة لا مطلق المضاجعة فى القاموس كامعه ضاجعه فى ثوب واحد الى هنا كلام ذلك البعض فى شرحه وقال فى الحاشية فيه رد على صاحب الغاية اقول كل من مقدمات كلامه مجروح اما قوله بناء على ان الكلام فى المعانقة تعليلا لتفسير المص المكامعة بالمعانقة فظاهر البطلان لان كون الكلام فى المعانقة كيف يسوغ تفسير المكامعة بغير معناها وهل يقول العاقل بتغيير معنى لفظ الحديث ليكون مطابقا لمدعاه واما قوله والظاهر ان ما نهى عن المضاجعة عن ما كان على سبيل المعانقة ممنوع اولم يقل احد من الثقات بهذا التخصيص عند بيان المراد بالمكامعة المذكورة فى الحديث بل اطلقوها قال الزمخشرى فى الفائق نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن المكاعمة والمكامعة اى عن ملائمة الرجل الرجل ومضاجعته اياه لا ستر بينهما انتهى وقال الجوهرى فى الصحاح وكامعه مثل ضاجعه والمكاعمة التى نهى عنها فى الحديث ان يضاجع الرجل الرجل لا ستر بينهما انتهى وقال المطرزى فى المغرب نهى عن المكاعمة والمكامعة اى عن ملائمة الرجل الرجل ومضاجعته اياه فى ثوب واحد لا ستر بينهما هذا هو المراد بهما فى الحديث عن ابى عبيد القاسم بن سلام وابن وزيد وغيرهما وكذا حكاه الازهرى والجوهرى انتهى واما قوله لعدم الخلاف فى اباحة المضاجعة لا على ذلك الوجه فممنوع ايضا اذ لا شك ان شناعة المضاجعة الرجل الرجل فى ثوب واحد لا ستر بينهما ليست باقل من شناعة مجرد المعانقة ولو فى غير داخل الثوب فكيف يقول باباحة الاولى من لا يقول باباحة الثانية سيما عند اطلاق لفظ الحديث بل كونه حقيقة فى نفس المضاجعة واما قوله على ان المكامعة بحسب اللغة هى المضاجعة المخصوصة لا مطلق المضاجعة واستشهاده عليه بما فى القاموس فليس بمفيد اصلا لانها وان كانت هى المضاجعة المخصوصة الا ان معناها ليس عين معنى المعانقة ولا مساويا له فى التحقيق لانفكاك تحقق كل منهما عن الآخر فى بعض الصور كما عرفته من قبل فكيف يصح تفسير المكامعة بالمعانقة كما هو حاصل نظر صاحب الغاية فمن اين يحصل الرد عليه

النهاية

فصل في البيع قال ولا بأس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة وقال الشافعي رحمه الله يجوز بيع السرقين لنا انه نجس العين فشابه العذرة ولجواز الانتفاع به قبل الدباغ ولنا انه منتفع به لانه يلقى في الارض لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل البيع بخلاف العذرة لانه ينتفع بها مخلوطا ويجوز بيع المخلوط هو المروي عن محمد رحمه الله وهو الصحيح وكذا يجوز لانتفاع بالمخلوط في الصحيح والخاثور بمنزلة زبيت خالطته النجاسة قال ومن اشترى بجارية انها مغنية فرأى أخر يبيعها وقال كنت صادقا في بيعها فانه يسعه ان يتركها وبطأها لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع له وقول الواحد في المعاملات مقبول على اي وصف كان لما مر من قبل وكذا اذا قال اشتريتها منه او وهبها لي او تصدق بها علي لما قلنا وهذا اذا كان ثقة

ذكره ذلك القائل ولعمري ان مفاسد قلة التامل مما يضيق عن الاحاطة به نطاق البيان فما تد المستعان

فصل في البيع قال الشراح آخر فصل البيع عن فصل الاكل والشرب واللمس والوطي لان اثر تلك الافعال متصل بعين الانسان وهذا لا وما كان اكثر اتصالا كان احق بالتقديم انتهى اقول كان المناسب بسياق كلامهم ان يقولوا وما كان متصلا كان احق بالتقديم الا انهم قالوا وما كان اكثر اتصالا كان احق بالتقديم افادة في ضمن بيان وجه تاخير هذا الفصل ووجه تاخير الفصول السابقة بعضها عن بعض ايضا لان ما هو المتقدم منها اكثر اتصالا بعين الانسان مما هو المتاخر كما يظهر بالتامل الصادق قوله وهذا اذا كان ثقة قال صاحب العناية فان قيل قوله وهذا اذا كان ثقة ينافض قوله على اي وصف كان اجيب بان معنى قوله ثقة ان يكون ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجواز ان لا يكذب الفاسق لمروته ولوجاهته انتهى واقتفى اثره العيني وقد سبقهما الى ماخذ هذا السوال والجواب تاج الشريعة وصاحب الكفاية حيث قالا وتاويل قوله وهذا اذا كان ثقة بعد قوله على اي وصف كان يعني انه ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لانه يجوز ان يكون فاسق صادق القول لا يكذب بمروته انتهى اقول لا السوال شئ ولا الجواب اما الاول فلان المصنف لم يقتصر على قوله وهذا اذا كان ثقة بل قال بعده وكذا اذا كان غير ثقة واكبر راية انه صادق فلا يناقض ما ذكره ههنا قوله فيما قبل على اي وصف كان نعم قد ينبه بقوله واكبر راية انه كاذب لم يسعه ان يتعرض لشئ من ذلك على عدم دخول بعض جزئيات غير الثقة في الحكم السابق ولا ضير فيه لان المستفاد من قوله على اي وصف كان عموم الاوصاف لا عموم الجزئيات وكلامه ههنا تفصيل لما اجمله فيما قبل ولا بعد في ان يفيد التفصيل ما لا يفيده الاجمال واما الثاني فلانه لو كان معنى قول المصنف ثقة في قوله وهذا اذا كان ثقة ان يكون ممن يعتمد على كلامه كما توهمه هولا الشراح دون معنى العدالة كما هو الظاهر لما تم معنى قوله وكذا اذا كان غير ثقة واكبر راية انه صادق اذ يصير حينئذ معنى قوله غير ثقة ممن لا يعتمد على كلامه وفي شان من لا يعتمد على كلامه كيف يتصور ان يكون اكبر راي السامع انه صادق ولما تم تعليل ذلك بقوله لان عدالة المخبر غير لازمة لان عدمها لزوم عدالة المخبر لا يدل على عدم لزوم الاعتماد على كلامه اذا المفروض في الجواب المذكور جواز كون الفاسق ايضا ممن يعتمد على كلامه فكان من يعتمد على كلامه اعم من العدل لا شك ان عدم لزوم الاخص شئ لا يقتضي عدم لزوم الاعم له فالصواب ان مراد المصنف بقوله اذا كان ثقة اذا كان عدلا وبقوله وكذا اذا كان غير ثقة وكذا اذا كان غير عدل لانا نقض بين قوله على اي وصف كان اصلا كما تحققته آنفا ويمكن ان يصحح عن كون المراد بالثقة وبغير الثقة ههنا ما ذكرناه كلام صاحب المحيط حيث قال وهذا اذا كان المخبر عدلا وان كان المخبر غير ثقة او كان لا يدري انه ثقة او غير ثقة يريد به ان المخبر اذا كان فاسقا او مستورا نظر فيه فان كان اكبر راية انه صادق الى آخر كلامه فانه ذكر عدلا موضع ثقة وفسر غير ثقة في قول محمد وان كان المخبر غير ثقة بالفاسق ومن لا يدري انه ثقة او غير ثقة بالمستور حيث قال يريد به ان المخبر اذا كان فاسقا او مستورا ومن تتبع كلمات ثقات المشائخ في باب مسائل قبول خبر الواحد في كتبهم المعتبرة لا يشتبه عليه ان المراد بالثقة هو العدل وبغير الثقة غير العدل فانهم كثيرا ما يذكرون ان كل احد من لفظي العدل والثقة موضع الآخر وكذا الحال في غير الثقة وغير العدل

وكذا اذا كان غير ثقة او اكبر رايه انه صادق وان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة لحاجة الناس كما مر ولان اكبر رايه انه كاذب لم يسع له ان يتعرض لشيء من ذلك لان اكبر الرأي يقام مقام اليقين في كل اذا لم يعلم انها للغلان منه وكله ببيعها او اشترها منه والخبر الثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الرأي لان اخبار حجة في حقه وان لم يخبر وساحب اليد بشيء فان كان عبدا مأذونا يشتري ويبيع حتى يعلم استقالها الى ملك الثاني كما مر ويأتي دليل ذلك ان كان لا يعرف ذلك له ان يشتريها من كان في يد فاسق فلان يد الفاسق دليل الملك وحق الفاسق والعدل ولو يعلم فيه معارض كما معتبرا بكبر الرأي عند وجود الدليل الظاهر الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذ يستحب له ان يتثبت ومع ذلك لو اشتراها جاز ان يكون في سعة من ذلك لما قدمناه الدليل الشرعي فان كان الذي اتلفها عبدا او امة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسأل ان المملوك لا مال له فيعلم ان الملك فيها لغيره فان اخبره ان مولاه اذن له وصدقه قبل ان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الرأي وان لم يكن لكبر رأي لم يشترها القيام الخبر فلانه من قبل قال قد كان امرأة اخبرها فاسق انه زوجها الغائب مات عنها او طلقها ثلثا او كان غير ثقة وانا ما بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدري انه كذا به ام لا الا ان اكبر رايها انه حق يعني بعد القراءة فلا بأس بان تعتد ثم تتزوج لان القاطع طار ولا منازع وكذا لو قالت لرجل لقني زوجي وانقضت عدتي فلا بأس ان يتزوجها وكذا اذا قالت المطلقة الثلث انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي فلا بأس بان يتزوجها الزوج الاول وكذا لو قالت جارية كنت امة لفلان فاعتقني كان الله ضحى بكبر رأيها اخبرها عبد ان اصل النكاح كان فاسدا لكان الزوج حين تزوجها مرتدا او لتقادم العهد لم يقبل قولها حتى يشهد بذلك رجلان او رجل وامرأتان

وقال بعض المتأخرين في حل هذا المقام قوله وقول الواحد في المعاملات مقبول على اي وصف كان يعني عدلا كان او غير عدل صبيا كان او بالغا حرا كان او عبدا مسلما كان او كافرا رجلا كان او امرأة لكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجواز ان يعتمد على قوله اذا كان وجيها في الناس ذا مروة لانه لا يميل الى حطام الدنيا لوجاهته ولا يكذب لمروته فلا منافاة بين اشتراط عدم العدالة كما دل عليه قوله على اي وصف كان وبين اشتراط كونه ثقة كما صرح به بقوله وهذا اذا كان ثقة لان الثاني اعم من الاول ولو سلم فلا منافاة ايضا لان الاشارة بلفظ هذا الى كونه في سعة من ابتياعها بمجرد قوله وكلني صاحبها ببيعها لا الى قبول قول الواحد في المعاملات فان قوله يقبل ايضا اذا لم يكن ثقة كما صرح به بقوله وكذا اذا كان غير ثقة الا ان قبوله يكون مع ضميمة التحري الموافق الى هنا كلامه اقول فيه فساد من وجوه الاول ان قوله لكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه ينافي قول المص وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رايه انه صادق فكيف يصح شرح كلامه بما ينافيه صريح عبارته والثاني ان قوله وبين اشتراط كونه ثقة كما صرح به بقوله وهذا اذا كان ثقة ليس بصحيح لان قول المص وهذا اذا كان ثقة انما يكون تصريحا باشتراط كونه ثقة ولو اقتصر الكلام عليه ولم يقل وكذا اذا كان غير ثقة ولما قال وكذا اذا كان غير ثقة كان كلامه صريحا في عدم اشتراط كونه ثقة كما لا يخفى والثالث ان قوله ولو سلم فلا منافاة ايضا كلام فاسد المعنى لان معناه لو سلم المنافاة بين عدم اشتراط العدالة وبين اشتراط كونه ثقة فلا منافاة ايضا ولا شك ان تسليم المنافاة ينافض القول بعدم المنافاة فكان مضمون كلامه المزبور جمعا بين النقيضين اللهم الا ان يكون قوله ولو سلم ناظرا الى قوله لان الثاني اعم من الاول لا الى قوله فلا منافاة بين عدم اشتراط العدالة الى آخره فالمعنى ولو سلم عدم عموم الثاني من الاول فلا منافاة ايضا والرابع ان قوله لان الاشارة بلفظ هذا الى كونه في سعة من ابتياعها بمجرد قوله وكلني صاحبها لا الى قبول قول الواحد في المعاملات ظاهر البطلان لان المص وغيره عللوا كونه في سعة من ان ابتياعها وبيعها يكون قول الواحد في المعاملات مقبولا على اي وصف كان فلو كان الاول مشروطا بكونه ثقة دون الثاني لما صح تعليل الاول بالثاني لضرورة عدم استلزام تحقق العام تحقق الخاص والخامس ان قوله فان قوله يقبل ايضا اذا لم يكن ثقة كما صرح به بقوله وكذا اذا كان غير ثقة يدل على خلاف مدعاه من كون الاشارة بلفظ هذا الى كونه في سعة من ابتياعها بمجرد قوله وكلني صاحبها لا الى قبول قول الواحد في المعاملات اذ لا شك ان قول المص وكذا اذا كان غير ثقة عطف على قوله وهذا اذا كان ثقة ولا ريب ان محل الحكم في المعطوف والمعطوف عليه واحد وهو ما اشير اليه بلفظ هذا في المعطوف عليه فاذا كان صريح معنى قوله وكذا اذا كان غير ثقة وكذا يقبل قول الواحد اذا كان غير ثقة كما اعترف به فلا جرم ان يكون معنى قوله وهذا اذا كان ثقة وقبول قول الواحد اذا كان ثقة على ان يكون لفظ هذا اشارة الى قبول قول الواحد وهو خلاف ما ادعاه والسادس ان اعترافه هنا بكون قول الواحد مقبولا فيما اذا كان غير ثقة ايضا ويكون قول المص وكذا اذا كان غير ثقة صريحا في ذلك ينافض قوله في صدر كلامه وبالجملة ما ذكره ذلك البعض في هذا المقام برهنة خارج عن نهج الصواب كما لا يخفى على ذوي الالباب **قوله** وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رايه انه صادق لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على ما مر قلت تعليله بقوله لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة دليل واضح على كون مراده بغير الثقة غير العدل وبالثقة العدل كما سنبينه

وكذا اذا اخبره محرم انك تزوجت وهي مرتدة او اختك من الرضاعة لم يتزوج باختها واربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لانه اخبر بفساد مقارن لاقدام على العقد يدل على صحته والاقدام فساد فيثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة فاخبر الزوج انها ارتضعت مع امه او اخته حيث يقبل قول الواحد فيه لان القاطع طارئ والاقدام لا يدل على تقدمه فلم يثبت المنازع فافترقا وعلى هذا الخرف يذهب عقلها وتركت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها او بيد رجل يدعي انها له فلما كبرت ليقيمها رجل في بلد آخر فقالت انا حرة لا اصل لم يسعه ان يتزوجها لتحقق المنازع وهو ذو اليد بخلاف ما تقدم قال واذا باع المسلم خمرا واخذ ثمنها وعليه دين فانه يكره لصاحب الدين ان ياخذ منه وان كان البائع نصرانيا فلا باس به والفرق ان البيع في الوجه الاول قد بطل لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فاذا اخذ اخذه من لا حق وفي الوجه الثاني صح البيع لانه مال متقوم في حق الذمي فملكه البائع فيحل الاخذ منه قال ويكره الاحتكار في اقوات الادميين والبهائم اذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار باهله وكذلك التلقي فاما اذا كان لا يضر فلا باس به والاصل فيه قوله عليه السلام الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره اذا كان يضرهم بخلاف ما اذا لم يضر بهم كان كانت البلدة صغيرة بخلاف ما اذا لم يضر او كان المصر كبيرا لانه حابس ملكه من غير اضرار بغيره وكذلك التلقي على هذا التفصيل لان النبي عليه السلام نهى عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان قالوا واهل الذاهب يلتقي على ابواب سعر البلدة فان الثمن فيها مكروه في الجهتين لانه غادر بهم وتخصيص الاحتكار بالاقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح كل ما اضر بالعامة حبسه فهو احتكار ان كان ذهبا او فضة او ثوبا وعن محمد رح انه قال لا احتكار في الثياب فابو يوسف اعتبر حقيقة الضرر بما هو الموجود في الكراهة وابو حنيفة اعتبر الضرر المتوهم المتعارف ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر واذا طالت يكون احتكارا مكروها لتحقق الضرر كثيرا قبل هي مقدرة باربعين يوما لقول النبي عليه السلام من احتكر طعاما اربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر لان ما دونه قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير آجل وقد مر في غير موضع ويقع التفاوت من المأثور بين ان يتربص الغرة وبين ان يتربص القحط والعياذ بالله وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا اما يأثم وان قلت المدة والحاصل ان التجارة في الطعام غير محمودة

عليه من قبل اذ لو كان ساده بالثقة من يعتمد على كلامه وان كان فاسقا وبغير الثقة من لا يعتمد على كلامه كما توهمه جماعة من الشراح على ما مر لما صح التعليل فضول قول غير الثقة اذا كان اكبر الراي انه صادق بقوله لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة فانه لا يلزم من عدم لزوم عدالته عدم لزوم كونه ممن يعتمد على كلامه فلا تتم التقرير كما لا يخفى بقي في هذا المقام كلام هو ان النبي ظهر مما ذكره ههنا هو ان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة لكن لا يدفي قبول قوله اذا كان غير عدل ان يكون اكبر الرأي السامع انه صادق وقد مر في اوائل كتاب الكراهية انهم فرقوا بين المعاملات والديانات بانه يقبل في المعاملات قول الفاسق مطلقا ولا يقبل في الديانات قول الفاسق ولا المستور الا اذا كان اكبر راي السامع انه صادق فكان ما ذكره ههنا مخالفا لما مر هناك لان ما اعتبر هناك في الديانات دون المعاملات قد اعتبر ههنا في المعاملات ايضا وقد تنبه بعض الفضلاء لورود هذا الاشكال فذكر اجمال ما ذكرناه واجاب عنه حيث قال يرد على المص انه اذا كان قبول خبره متوقفا على حصول اكبر الراي لا يبقى فرق بين المعاملات والديانات فان خبر الفاسق يقبل في الديانات ايضا باكبر الراي على ما مر وجوابه ان خبر الفاسق انما يقبل في الديانات باكبر الراي اذا حصل بعد التحري بخلاف ما نحن فيه حيث لا يشترط التحري فتامل انتهى اقول جوابه ليس بشي فان اكبر الراي لا يمكن ان يتحقق بدون التحري اذ التحري طلب ما هو احرى الامرين في غالب الظن كما صرح به في عامة كتب اللغة ما لم يطلب ذلك ولم يتوجه اليه كيف يتصور حصول اكبر الراي فلا معنى لعدم اشتراط التحري فيما نحن فيه عند اشتراط اكبر الراي فيه وانما اعتبر اكبر الراي فيه اعتبار التحري بينه وبين هذا وقع التعبير في بيان هذه المسالة بعينها في المحيط البرهاني بلفظ التحري بدل اكبر الراي حيث قال فيه وان كان الذمي في يديه الجارية فاسقا لا تثبت اباحة المعاملة معه بنفس الخبر بل يتحرى في ذلك فان وقع تحريه على انه صادق حل له الشراء منه وان وقع تحريه على انه كاذب لا يحل له ان يشتري بها منه وان لم يكن له راي يبقى ما كان على ما كان كما في الديانات انتهى ثم اقول الاشكال المذكور لا يختص بهذا الكتاب بل يتجه على غيره ايضا وان ههنا قال المحقق التفتازاني في التلويح ذكر فخر الاسلام في موضع من كتابه ان اخبار غير العدل يقبل في المعاملات من غير انضمام التحري في موضع آخر انه يشترط التحري ومحمد رحمه الله ذكر القيد في كتاب الاستحسان ولم يذكره في الجامع الصغير وقال في التوجيه فقيل يجوز ان يكون المذكور في كتاب الاستحسان تفسيرا لما ذكره في الجامع الصغير فيشترط التحري ويجوز ان يشترط استحسانا ولا يشترط رخصة ويجوز ان تكون في المسالة روايتان انتهى وقد ذكرت فيما مر في اوائل كتاب الكراهية بعد نقل هذه التوجيهات عن التلويح ان المختار عندي من بينها هو التوجيه الثاني لانه هو الحاسم لمادة الاشكال الفارق بين المعاملات والديانات اذ لا رخصة في الديانات بدون التحري والان ايضا اقول كذلك فحصل به التوفيق بين الكلامين في هذا الكتاب وغيره **قوله** لان اكبر الراي يقام مقام اليقين قال صاحب العناية يعني فيما هو اعظم من هذا كالفروج والدماء الا يرى ان من تزوج امراة فادخلها عليه انسان واخبره انها امراته وسعه ان يطاها اذا كان ثقة عنده او كان اكبر رايه انه صادق وكذا اذا دخل رجل على غيره للاشاهر سيفه فلصاحب المنزل ان يقتله اذا كان اكبر رايه انه لص قصد قتله واخذ ماله وان كان اكبر رايه انه هارب من لص لم يحل له قتله انتهى ورد عليه بعض المتاخرين حيث قال قوله لان اكبر الراي يقام مقام اليقين اي في كثير من الاحكام حتى يجب شي كالتوجيه الى

قال ومن احتكر طعام ضيعته او ما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر اما الاول فلانه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة الا ترى ان له ان لا يبيع فكذلك له ان يبيع واما الثاني فكذلك هو قول ابي حنيفة رح لان حق العامة انما يتعلق بما جمعه في المصر وجلب الى فنائها وقال ابو يوسف يكره الاطلاق ملخصا وقال محمد وهو كل ما يجلب منه الى المصر في الغالب هو بمنزلة فناء المصر رح الاحتكار فيه يتعلق حق العامة به بخلاف ما اذا كان لبلد بعيد لعدم العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق به حق العامة قال رح لا ينبغي للسلطان ان يسعر على الناس لقوله عليه السلام لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ولان الثمن حق العاقد فاليه تقديره فلا ينبغي للامام ان يتعرض لحقه الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما بينا ثم وانما رفع الى القاضي هل للامر بالحكر بيع ما فضل عن قوته وقوت اهله على اعتبار السعة في ذلك وبينا ه عن الاحكار فان رفع اليه مرة اخرى حبسه وعزره على ما يرى لجره اياه ودفعا للضرر عن الناس ان كان ارباب الطعام يحكمون ويتعدون عن القيمة تعديا فاحش يجر القاضي عن صيانة حقوق المسلمين لا بالقسعير فحينئذ لا بأس به بمشورة من اهل الرأي والبصيرة واذا فعل ذلك وتعدى رجل عن حد ذلك وباع باكثر منه اجازه القاضي وهل ظاهر عند ابي حنيفة رح لانه لا يرى الجبر على الحر وكذا عندهما الا ان يكون الجبر على قوم باعيانهم ومن باع منهم بما قدره الامام صح لانه غير مكره على البيع وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه قيل هو على الاختلاف الذي عرف في بيع مال المديون وقيل يبيع بالاتفاق لان ابا حنيفة رح يرى الجبر لدفع ضرر عام وهذا كذلك قال ويكره بيع السلاح في ايام الفتنة معناه ممن يعرف انه من اهل الفتنة لانه تسبيب الى المعصية وقد بيناه في السير وان كان لا يعرف انه من اهل الفتنة لا بأس بذلك لانه يحتمل ان يستعمل في الفتنة فلا يكره بالشك قال ولا بأس ببيع العصير ممن يعلم انه يتخذه خمرا لان المعصية لا تقام بعينه بل باحداثه بخلاف بيع السلاح في ايام الفتنة لان المعصية تقوم بعينه قال ومن اجر بيتا يتخذ فيه بيت نار او كنيسة او بيعة او يباع فيه الخمر باشتراط او بغير اشتراط فلا بأس به وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا ينبغي ان يكريه شيئا من ذلك لانه اعانة على المعصية

جهة التحري ويحرم به شئ كالصلاة اذا توضأ بماء آخر بنجاسة غير ثقة وأكبر رأيه انه صادق فيعمل أكبر الرأي دليلا شرعيا ايضا فيما نحن فيه بل فيما هو اعظم منه كالفروج والدماء قال في الحاشية ومن قال تفسيره قوله لقيام مقام اليقين يعني فيما هو اعظم منه كالفروج والدماء فقد سهى انتهى اقول نسبة السهو اليه في تفسيره المذكور سهو عظيم فانه سلك في تفسيره المذكور مسالك الدلالة واثبات الحكم فيما نحن فيه بالاولوية كما في قوله تعالى فلا تقل لهما اف فانه نهى عن الضرب ايضا بالاولوية وليت شعري ماذا يقول ذلك القائل في شان الامام الرباني محمد رحمه الله تعالى فانه قال ايضا في هذا المقام واكبر الرأي يجوز للعمل فيما هو اكبر من هذا كالفروج وسفك الدماء فان من تزوج امراة فادخلها عليه انسان واخبره انها امرأته الخ كما نقل عنه في النهاية والكفاية ومعراج الدراية ولا يخفى انه ايضا مثل ما قاله صاحب العناية في كونه من تلك الدلالة بالاولوية بل ذلك ماخذ ما قاله صاحب العناية وعن هذا قال في النهاية والكفاية بعد نقل ذلك عن محمد فعلم بهذا ان فيما هو اهم الامور وهو كالفروج والدماء جاز العمل باكبر الرأي عند الحاجة مع ان الغلط اذا وقع لا يمكن تداركه فيما دون ذلك اولى انتهى قوله لان القاطع طار والاخذ اسرا الاول لا يدل على العدم امه فلم يثبت المنازع اعترض عليه بانه ان قبل خبر الواحد في اثبات النكاح بعد الصحة من هذا الوجه فوجه آخر فيه يوجب عدم القبول وهو ان الملك للزوج فيها ثابت والملك الثابت للغير لا يبطل بخبر الواحد واجيب بان ذلك اذا كان ثابتا بدليل موجب وملك الزوج فيها في الحال ليس بدليل موجب بل باستصحاب الحال وخبر الواحد اقوى من استصحاب الحال كذا في العناية وكثير من الشروح قال بعض المتاخرين بعد ذكر هذا الاعتراض والجواب فيه بحث لانه سبق في فصل الاكل والشرب ان الحل والحرمة من باب الديانات فيقبل قول الواحد فيهما اذا لم تتضمن الحرمة زوال الملك كما اذا اخبر واحد عدل بحل طعام فيوكل او حرمته فلا يوكل لان الحرمة لا تنافي الملك واما اذا تضمنت زوال الملك فلا يقبل ولا تثبت به الحرمة كما اذا اخبر عدل للمزوجين انهما ارتضعا من فلانة لان الحرمة المؤبدة لا تتصور مع بقاء ملك النكاح فافهم الجواب وبقي الاشكال انتهى كلامه اقول بحثه ساقط جدا لان الذي تقرر في فصل الاكل والشرب هو ان خبر الواحد العدل يقبل في باب الحل والحرمة اذا لم يتضمن زوال الملك واما اذا تضمن زواله فلا يقبل بناء على ان بطلان الملك لا يثبت بخبر الواحد وذلك كلام مجمل لم يفصل فيه انه اذا تضمن زوال الملك الثابت بدليل موجب لم يقبل واما اذا تضمن زوال الملك الثابت باستصحاب الحال فيقبل فبناء الاعتراض هنا نظرا الى ظاهر اجمال ما ذكر هناك فاجيب عنه بان المراد من زوال الملك هناك زوال الملك الثابت بدليل موجب لزواله ولو كان باستصحاب الحال لان خبر الواحد اقوى من استصحاب الحال لكون الاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة اصلا بخلاف خبر الواحد فكان الجواب المذكور ههنا تفصيلا للاجمال الواقع هناك في الظاهر فكان حجا باشا فيما قد يحمل به الاشكال كما لا يخفى قوله وان كان لا يعرف انه من اهل الفتنة لا بأس به لانه يحتمل ان لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك قال الفاضل المتاخر قيد لا بد منه لان احتمال ان لا يستعمل السيف في الفتنة احتمالا ضعيفا فلا يكره بالشك لوجود هذا الاحتمال فليس الشك على هذا معتاد المصطلح انتهى اقول ليس هذا الشرح صحيحا لان كون احتمال ان لا يستعمله في الفتنة ضعيفا في حق من لم يكن معروفا بكونه من اهل الفتنة ممنوع كيف وامور المسلمين محمولة على الصلاح والاستقامة كما صرح به صاحب العناية وغيره فتعليل هذه المسئلة بهذا التعليل في حق من لم يكن معروفا بكونه من اهل الفتنة ان لم يكن احتمال ان لا يستعمله في

ولذلك للمكاتب لان الكتابة اوجبت فك الحجر في حق الكسب فبقي في حق الكل على حكم الرق وهذا لانه يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج امته لانه من باب الكسب وكذا المكاتبة لانه يملك تزويج نفسها بدون اذن المولى ويملك تزويج امتها لما بينا ولكذا للمدبر وام الولد لان الملك فيهما قائم واذا تزوج العبد باذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه لان هذا دين وجب في رقبة العبد لوجود سببه من اهله وقد ظهر في حق المولى لصدوره الاذن من جهته فيتعلق برقبته دفعا للضرر عن اصحاب الديون كما في دين التجارة والمدبر والمكاتب بسعيان والمهر وان لا يباعان فيه لانهما لا يحتملان النقل من ملك الى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير فيؤدي من كسبهما لانه من بقشهما واذا تزوج العبد بغير اذن مولاه فقال المولى طلقها اوفارقها فليس هذا باجازة لانه يحتمل الرد لان رد هذا العقد متاركة يسمى طلاقا ومفارقة وهو اليق بحال العبد المتمرد او هو اد فكان الحمل عليه اولى وان قال طلقها فطلقها فملك الرجعة فهذا اجازة لان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح فتتعين الاجازة ومن قال لعبده

شيء كالمكاتب والمضارب والعبد الماذون فليس لهم تزويج الامة عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف رح يملكون وانما لم يذكر تزويج المكاتبة لنفسها لما ذكره **قوله** وكذا المكاتبة لانها تملك تزويج نفسها بغير اذن المولى وتملك تزويج امتها لما بينا من بقاء ذات المكاتب على الرق والاكتساب الذي اوجب الكتابة اطلاقه لما يوجب خللا في ذاته المملوكة والاكتساب بالنكاح انما يكون تمليك جزء منها بغير السيد اذ بدل منفعة البضع في حكم بدل جزء من العين كالارش وان هذه المنفعة لا يزول ملكها بعد صحة الا باختيار الزوج والكتابة ليست على يقين من استمرار فك الحجر فيها وافضاؤها الى زوال ملك الرقبة بجواز التعجيز والرد الى الرق فترد مملوكة البضع للغير بمتنع على السيد ولم يشرع عقد الكتابة على وجه يعود ضرره على السيد **قوله** وكذا المدبر والمدبرة يعني لا ينفذ نكاحهما الا باذن المولى وكذا ابن ام الولد يعني لو زوج ام ولده فجاءت بولد من الزوج فان حكمه حكم امه فالرق فيه قائم فلا يملك تزويج نفسه واما معتق البعض فلا يجوز نكاحه عند ابي حنيفة رح لانه كالمكاتب وعندهما يجوز لانه حر مديون وهذا فرع مهم للتجار ربما يدفع لعبده جارية ليشتري بها ولا يجوز للعبد ان يشتري اصلا اذن له مولاه او لم يأذن لان حل الوطي لا يثبت شرعا الا بملك اليمين او عقد النكاح وليس للعبد ملك يمين فانحصر حل وطيه في عقد النكاح **قوله** واذا تزوج العبد باذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه بخلاف ما اذا تزوج بغير اذنه فدخل بها ثم فرق بينهما فانه لا مهر عليه حتى يعتق لانه لم يظهر في حق المولى لعدم الاذن فيه وقوله يباع فيه اي ان لم يفده المولى وتقريره انه دين وجب في رقبته وكل دين كذلك يباع فيه اما وجوبه فلمقتضى وهو وجود السبب من اهله وانتفاء المانع وهو حق المولى للاذن واما كونه في رقبته فلاذن السيد ولدفع المضرة عن ارباب الديون يعني النساء فيباع فيه كما يباع في ديون التجارة والاصل ان الدين انما يثبت في الذمة وثبوته فيها لا يتوقف على اذنه فانه لو باشر اتلافا ونحوه ترتب في ذمته فحين اذن ظهر الدين في حقه ثم العبد نفسه مال فكان لهم ان يقبضوا من نفسه فعلى هذا لا يكون الاذن رفع المانع من الاقتضاء من نفس العبد غير انه ان فداه المولى حصل المقصود والمقتضى لذلك دفع المضرة عن ارباب الديون واذا بيع فليف ثمنه بالمهر لا يباع ثمانيا وليطالب بالباقي بعد العتق وفي دين النفقة يباع مرة بعد اخرى لانها تجب شيئا فشيئا واذا مات العبد سقط المهر والنفقة ذكره التمرتاشي واذا زوج عبده من امته لا يجب عليه مهر لها ولا للسيد ومنهم من قال يجب ثم يسقط لان وجوبه لحق الشرع والاولون يقولون لا فائدة في هذا الوجوب لانه لو وجب لوجب لوجوب في ما له وهي للمولى **قوله** المدبر والمكاتب يسعيان اذا اعتق المولى لهما ولو ترجا ان يتبع الا داء عنهما لا يسعيان لانهما لا يحتملان النقل عن ملك الى ملك وكذا معتق البعض وابن ام الولد فيؤدي من كسبهما لا من نفسهما الا ان يعجز المكاتب فيرق فيباع في المهر **قوله** فقال له طلقها او فارقها فليس ذلك باجازة تزويج العبد نفسه بلا اذن عقد فضولي في الجملة فيتوقف نفاذه على اذن المولى واذنه يثبت تارة صريحا وطورا دلالة فالصريح مثل ان يقول رضيت او اجزت او اذنت والدلالة ان يسوق اليها المهر او بعضه وسكوته لا يكون اجازة وتم الفاظ اختلف فيها والفاظ لم يختلف في عدم اعتبارها مثل قوله بذا حسن او صواب او نعم ما صنعت او بارك الله لك فيها او احسنت او اصبت او لا باس بها اختلف فيه قال الفقيه ابو القاسم ليس بشيء منها اجازة واختيار الفقيه ابي الليث وبه كان يفتي الصدر الشهيد انه اجازة ما لم يعلم انه قال استهزاء اذ هو في العرف للكتاب وهو ما اذا قال طلقها لا شك ان مقتضى حقيقة اللفظ فيها الاجازة لان الطلاق الصحيح فرع وجود النكاح الصحيح لكن قد صرف عن مقتضاه بالنظر الى حال العبد وذلك ان اثبات العبد على سيده وتمرده بما شرة سبب تثبيبه عليه ليستوجب به زجره وهو به فارق الفضولي المحض فانه معين والاعانة تنتفي بها لامضاء تصرفه وعدم الغاية ولذا لو قال للفضولي طلقها كان اجازة على ما هو الاوجه

تزوج هذه الامة فتزوجها كان عاقدا سواء وقع عن نفسه فان عباع في المهر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يؤخذ منه اذا عتق واصله ان الاذن في النكاح ينتظم الفاسد والجائز عنده فيكون هذا الامر ظاهرا في حق المولى وعندهما ينصرف الى الجائز لانه حقيقة فلا يكون ظاهرا في حق المولى فيؤاخذ به بعد العتاق لما ان المقصود من النكاح في المستقبل الاعفاف والتحصين وذلك بالجائز ولهذا الوصف لا يتزوج ينصرف الى الجائز بخلاف البيع لان بعض المقاصد حاصل وهو ملك التصرفات وله ان اللفظ مطلق فيجري على اطلاقه كما في البيع وبعض المقاصد في النكاح الفاسد حاصل كالنسب ووجوب المهر والعدة على اعتبار وجود الوطء

ولذا قلنا اول المسئلة في العبد انه فضولي في الجملة واذا كان حال العبد ذلك فاذا كان لفظ السيد له عند علمه بما صنع يحتمل الرد والاجازة لاستعمال فيهما كان بلا احتمال حال العبد ظاهرا في قصد الرد مالم يعلم قصد الاجازة تظاهر تقترن به او نص آخر مثل ان يقول طلقها تطليقة تملك الرجعة او وقع عليها الطلاق لان الايقاع والطلاق الذي تملك الرجعة بعده لا يقالان للمتاركة ولا في قصد الاستهزاء فيفيد قصد حقيقته بخلاف طلقها فانه قد يقال لمتاركة العقد الفاسد حلالا مجازا فصلت هذه المسئلة متمسكا لابي القاسم ومن قال بقوله والجواب ان لفظ الطلاق الجزء استعمل كثيرا في المتاركة العقد الفاسد فكان ذكره ذكر لفظ مشترك من حيث الاستعمال بين الاجازة والرد بخلاف ما تقدم من نحو اعتقتك فانه لم يستعمل للامرين على السواء بل لظاهر منه الاجازة وحمله على الرد لا يتحقق الا بواسطة جعله استهزاء وهو وان كان النظر الى حال العبد لا ينافيه لكن ظاهر حال العاقل المسلم ينفيه لان حقيقة فعل الجاهلين ولذا قال موسى عليه السلام في جواب قولهم اتتخذنا هزوا قال اعوذ بالله ان اكون من الجاهلين فتعارض الظاهران وبقي نفس اللفظ بمفهوم يفيد الاجازة بلا معارض بخلاف مسئلة الكتاب فان نفس اللفظ يقال للرد كما يقال لحقيقة الطلاق المستعقب بصحة النكاح ولذا لم يستعمل المقيد اعني قوله طلقها تطليقة تملك الرجعة او اقع عليها في المتاركة جعل اجازة فوجب ترجيح قول الفقيه ومن معه مالم يعلم قصد الاستهزاء لكن المصر لما لم يوجه الا بان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح افاد انه يثبت اقتضاء فيورث وعليه طلب الفرق بينه وبين ما لو قال لعبده كفرت يمينك بالمال او تزوج اربعا لا يتبع مع ان كلا منهما لا يكون الا بعد الحرية واجيب بان اثباتا الشرائط التي هي حصول لا تكون بطريق الاقتضاء كالحرية والاهلية للتحقق بالرق وليس ما نحن فيه كذلك لان النكاح ثابت للعبد بطريق الاصالة لتبوته تبعا للآدمية والعقل وانما توقف لاستلزامه تعييب مال الغير فقوله طلقها رجعيا يتضمن رفع المانع اقتضاء لاثبات ملك النكاح بطريق الاصالة والكلام شرط العتق وقوله اعتق عبدك عني بالف يثبت به تحويل الملكية اليه لا اصلها في العبد وملكيته في العبد امر زائد على ملكيته وعلى تقدير ما لا يحتاج الى تكلف هذا السؤال وجوابه ولو اذن له السيد بعد ما تزوج لا يكون اجازة فان اجاز العبد ما صنع جاز استحسانا كالفضولي اذا وكل فاجاز ما صنعه قبل الوكالة وكالعبد اذا زوجه فضولي فاذن له مولاه في التزوج فاجاز ما صنعه الفضولي ولو باع السيد العبد بيعا شرط فيه اذن فلان يشتري الاجازة وقال زفر يبطل وكذا لو مات السيد فورث العبد توقف على اجازة الوارث اما ان كانت امة فتزوجت بلا اذن ثم ملكها المولى فوطئها من يحل له وطيها بطل لطريان الحل الناقد على الموقوف وان وطئها من لا يحل له وطيها كان وطئها جاحة او امراة او ابن المولى فكذلك لان وطيها توقف على اجازت الوارث وعلى هذا قالوا في امة تزوجت بغير اذن مولاها فوطئها الزوج فباعها المولى للمشتري الاجازة لانه لا يحل له وطيها لان وطي الزوج يحرمها لانها صارت معتدة فاذا حاضت بطل العقد فيحل للمشتري ولو كان الزوج لم يطأها بطل العقد بحيضة والشراء لطريان الحل الثابت على الموقوف وقال زفر يبطل بالموت وبالبيع واصله لان الموقوف على اجازة انسان تحمل الاجازة من غيره وعنده لا لانه انما كان موقوفا على الاول فلا يفيد من الثاني قلنا انما توقف على الاول لان الملك له لا لانه هو والثاني مثلثي في ذلك فالحاصل انه دائر مع الملك فينتقل بانتقاله قوله تزوج هذه الامة التقييد بالامة والاشارة اتفاقي فان الحكم المذكور جار في الحرة وغير المسمية قوله واصله اي الخلاف الاختلاف في ان الاذن للعبد بالنكاح ينتظم الصحيح والفاسد عنده وعندهما يخص الصحيح والاتفاق على ان الاذن بالبيع يعم الصحيح والفاسد وعلى ان التوكيل بالنكاح يختص بالصحيح فالحقاه بالتوكيل بالنكاح لان علة الاصل تحصيل المقاصد في المستقبل من الاعفاف وغيره وذلك بالصحيح وكذا الوصف لا يتزوج

ومسئلة اليمين ممنوعة على هذه الطريقة ومن زوج عبد امديونا ماذونا له امرأة جاز وللمرأة أسوة للغرماء في مهرها ومعناه اذا كان النكاح بمهر المثل ووجهه ان سبب ولاية المولى ملكه الرقبة على ما مر ذكره والنكاح لا يلاقي حق الغرماء بالابطال مقصودا الا انه اذا صح النكاح وجب الدين بسبب لا مرد له فشابه دين الاستهلاك وصار كالمريض المديون اذا تزوج امرأة بمهر مثلها أسوة للغرماء ومن زوج امته فليس عليه ان يبوئها بيت الزوج وللمولى ان يخدم المولى ويقال للزوج متى طفرت بها وطئتها كما ان حق المولى في الاستخدام باق والتبوية ابطال له فان بوأها معه بيتا فلها النفقة والسكنى والا فلا لان النفقة تقابل الاحتباس ولو بوأها بيتا ثم رد له ان يستخدمها لذلك لان الحق باق لبقاء الملك فلا يسقط بالتبوية كما لا يسقط بالنكاح

تنصرف الى الجائز فلا يحنث بالفاسد لان المراد في المستقبل الحلف على الاعفاف وذلك بالصحيح بخلاف ما لو حلف ما تزوجت حيث يحنث بالفاسد لان المراد في الماضي العقد والحقه بالبيع بجامع ان بعض المقاصد حاصل من ثبوت النسب والعدة والنفقة وذلك يكفي لتصحيح التعليم واجراء اللفظ على اطلاقه فينبغي على هذا ان يباع في المهر في الفاسد اذا دخل بها فيه عندهما وعندهما لا وانه لا يجوز له تزوج اخرى بعقد صحيح عنده لانتهاء الاذن بالفاسد وعندهما له ذلك لان الاذن لم ينته بذلك **قوله** ومسئلة اليمين على هذه الطريقة اي طريقة اجراء اللفظ على عمومه ممنوعة والطريقة الاخرى ان العبد في النكاح مبقى على الحرية لانه من خواص الآدمية والحاجة الى اذن السيد ليثبت المهر في رقبته ليس غير فكانه قال له اذا قال تزوج اشغل رقبتك بمهر وهذا يتحقق بمهر مثل في نكاح فاسد وبغير وليت هذه الطريقة صحيحة لما مر ذكره من ملك السيد الكاسه وعدم ملكه طلاقه واستقلال العبد بملكه لدفع الضرر عن نفسه لانه قد يعجز عن الامساك بالمعروف لتباين الاخلاق وغير ذلك فالمعول عليه طريق الاطلاق ويجاب عن مسئلة اليمين بان الايمان مبنية على العرف والعرف فيه الحلف على الترجيح الذي هو طريق الاعفاف والتحصين وهو الصحيح لا الاعفاف بالفعل فيطل ما يقال الاعفاف باطني لا يوقف عليه فلا يلزم الصحيح ليظهر كون الحالف عليه والله اعلم **فرع** الاول تزوج العبد بلا اذن فطلقها ثلثا ثم اذن له السيد فجدد عليها جاز بلا كراهة عند ابي حنيفة ومحمد ومع الكراهة عند ابي يوسف ره الثاني زوج بنته من مكاتبه ثم مات الاب لا يفسد النكاح عندنا الا ان عجز ورد في الرق وعند الشافعي ره يفسد للحال لملك زوجته شيئا منه ولذا يصح اعتاقه اياه وبدل الكتابة لها قلنا لم يملكه لان المكاتب لا يحتمل النقل من ملك الى ملك ما لم يعجز وعند ذلك قلنا تفسد النكاح وانما ملكت ما في ذمته من بدل الكتابة وانما التحق فيه فلا يتبين عن بدل الكتابة او لا ثم يتحقق الثالث اذا عتق عبد بجزية امته فتزوجها على انها حرة فولدت فالولد عبد عند ابي حنيفة وابي يوسف ره وعند محمد حر بالقيمة كالمغرور الحر **قوله** ومن زوج عبدا ماذونا له مديونا امرأة جاز والمرأة اسوة الغرماء اذا كان النكاح بمهر المثل او اقل فلو زوجها منها باكثر طولب بالزيادة وبعد استيفاء الغرماء كدين الصحة مع دين المرض وهذا لوجود المقتضي وهو ملك الرقبة وانتفاء المانع ويحال من انه ابطال لحق الغرماء في قدر المهر ليس به لان النكاح لا يلاقي حق الغرماء بالابطال مقصودا بل وضعه لقصد حل البضع بالملك ثم يثبت الملك ثم يثبت المهر حكما له بسبب لا مرد له وهو صحة النكاح لصدوره من الاهل في المحل ثم تلزمه بطلان حقهم في مقداره اذا كان مهر مثلها او اقل الخصوص امر واقع فهو لازم للازم باتفاق الحال في نفس الامر وكان ضمنيا فلا يعتبر في انتهائه وتفيته الاحوال المتضمن له لا حاله وصار كالمريض المديون اذا تزوج امرأة صح وكانت اسوة غرماء الصحة لما ذكرنا **قوله** ومن زوج امته ليس عليه ان يبوئها وكذا اذا زوج ام ولده ومدبرته وان شرط الزوج التبوية لانه شرط لا يقتضيه العقد على الامة غير ان النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد ومعنى التبوية ان يدفعها للزوج ولا يستخدمها فلو كانت تذهب وتجيء وتخدم المولى لا يكون تبوية وعند الشافعي ره واحمد ره يستخدمها نهارا وليسلمها للزوج ليلا وعند مالك ره يسلمها ليلة بعد ثلث قلنا ملك السيد ثابت في الرقبة ليلا ونهارا وفيما بعد الثلث والتبوية ابطال له فيكون ابطال الحق الاعلى لادنى وتقدم السيد على العقد لا يستلزم رضاه بالتبوية بل بمجرد اطلاق وطيه اياها متى ظفر بها يتوفر مقتضاه وهذا القدر ثابت فاثبات القسم كذلك اثباتا بلا دليل لا يقال للملك منافع بضعها لزمه تسليمها لانا نقول التسليم بالتخلية والتبوية امر زائد عليها والنفقة على المولى لما لم يبوئها واذا ابوأها ثم بدا لان يردها الى خدمته كان له ذلك وكلما ابوأها وجبت نفقتها على الزوج وكلما اعادها سقطت فان طلقت ما الفرق بين ان يشترط الزوج التبوية فيزوجه السيد على هذا الشرط ولا يلزم المولى التبوية وبين ان يشترط الحر المتزوج بامته رجل حرية اولاده حيث يلزم في هذه وتثبت حرية ما يأتي من

قال رضي الله عنه ذكر تزويج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاهما وهذا يرجح الى مذهبنا ان للمولى اجبارهما على النكاح وعند الشافعي رحمه الله لا اجبار في العبد وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لان النكاح من خصائص الآدمية والعبد داخل تحت ملك المولى من حيث انه مال فلا يملك انكاحه بخلاف الامة لانه مالك منافع بضعها فيملك تمليكها ولنا ان الانكاح اصل ملكه لان به يحصنه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك والنقصان فيملك اعتبارا له بالامة بخلاف الكتابة والكتابة تمنع التحقاقا بالاحرار نصا فيشترط رضاها

من اولاده وهذا انما يشترط لا يتضيه نكاح الامة فالجواب ان قبول المولى الشرط والتزويج على اعتباره هو معنى تعليق الحرية بالولادة وتعليق ذلك صحيح وعند وجود التعليق فيما يصح يمتنع الرجوع عن مقتضاه فتثبت الحرية عند الولادة حيا من غير اختيار بخلاف اشتراط النبوة فانه يتعليقها لا يقع هنا عند ثبوت الشرط بل يتوقف وجودها على فعل حسي اختياري من فاعل مختار فاذا امتنع لم توجد فالحاصل ان المعلق هنا وجوب الايقاع به غير انه لم يقع به لا ثبتت متعلقه اعني نفس الموعود به ولو طلقها بائنا وهي مبوأة يجب لها نفقة العدة ولو لم تكن مثبوتة من الابتداء او طلقها بعد رجوع السيد الى استخدامها لا يجب والمكاتبة كالحرة لزوال يد المولى وهي في يد نفسها فلها النفقة اذا لم تحبس نفسها ظلما

فرع ولو جاءت الامة بولد فنفقته على مولى الامة لانه ملكه لا على الاب **قوله** قال اي صاحب الهداية ذكر اي محمد تزويج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاهما اي لم يشترطه وهذا يرجح الى مذهبنا الان المذهب ان للمولى اجبارهما اي ان يعقد لهما فينفذ عليهما عالما ورضيا او لا كاجبار الولي الصغيرة على ما سلف وعند الشافعي لا اجبار في العبد بل في الامة وهو رواية ذكرها عن ابي حنيفة رحمه الله صاحب الايضاح والطحاوي عن اصحابنا وجعلها الوبري رواية شاذة للشافعي وجهان احدهما انما يتناوله النكاح لا يملكه المولى فعقده تصرف فيما لا يملكه فانتفى كالاجنبي وتزويجه مكاتبته ومكاتبته بخلاف امته بملك ما يتناوله فيملك تمليكه ثانيهما انه لا يفيد اذ للعبد التطليق في الحال فلا يحصل المقصود ونحن نقول مناط نفاذ انكاحه عليه ملكه له المقتضي لتمكنه من اصلاحه ودفع اسباب الهلاك والنقصان عنه وفي تزويجه ذلك لانه طريق تحصينه عن الزنى الذي هو طريق الهلاك او النقصان به او في ماليته تعيبه فانما جعل مناط ملك ما يتناوله النكاح وانها علة مساوية ينتفي بانتفائها الحكم فباطل لانها منتقضة طردا في الزوج يملك ما يتناوله النكاح من زوجته ولا يملك تمليكه وعكسا بالولي لا يملكه من مولية ويملك تزويجها واما نفي الفائدة فظاهر الانتقاض بل الظاهر عدم مبادرته للطلاق من وجهين احدهما ان عقد النكاح مما ترغب فيه النفس غالبا وتدعو اليه فالظاهر عدم طلب قطعه والثاني ان حشمة السيد في قلب عبده مانعة من اجترائه عليه بالمبادرة الى نقض ما فعله وكان الظاهر وجود الفائدة لا نفيها واما الحاقه بالمكاتب وللمكاتبة فمع الفارق لانهما التحقا بالاحرار في التصرفات فلا ينفذ تصرفه عليهما الا برضاهما وعن هذا استطرفت مسئلة نقلت من المحيط هي ان المولى اذا زوج مكاتبته الصغيرة فتوقف النكاح على اجازتها لانها ملحقة بالبالغة فيما ينبني على الكتابة ثم انها لو لم تزد حتى ادت فعتقت بقي النكاح موقوفا الى اجازة المولى لا على اجازتها لانها بعد العتق لم تبق مكاتبة وهي صغيرة والصغيرة ليست من اهل الاجازة فاعتبر التوقف على اجازتها في حال قيامه ولم يعتبر بعد العتق هكذا توارده الشارحون والذي يقتضيه النظر عدم التوقف على اجازتها بعد العتق بل بمجرد عتقها ينفذ النكاح لما صرحوا به من انه اذا تزوج العبد بغير اذن سيده فاعتقه نفذ لانه لو توقف فانما على اجازة المولى وهو ممتنع لانتفاء ولايته واما على العبد فلا وجه له لانه صدر من جهته فكيف يتوقف عليه ولانه كان نافذا من جهته وانما توقف على السيد فكذا السيد هنا فانه ولي مجبر وانما التوقف على اذنها لعقد الكتابة وقد زال فبقي النفاذ من جهة السيد فهذا هو الوجه وكثيرا ما يتعلد الساهون بالساهين وهذا بخلاف الصبي اذا زوج نفسه بغير اذن وليه فانه موقوف على اجازة وليه فلو بلغ قبل ان يرده لا ينفذ حتى يجيزه الصبي لان العقد حين صدر منه لم يكن نافذا من جهته اذ لانتفاء حالة الصبي وعدم اهليته الرأي بخلاف العبد ومولى المكاتبة الصغيرة والحاصل ان الصغير والصغيرة ليسا من اهل العبارة بخلاف البالغ ويساتي زيادة في ذلك واما الاستدلال بقوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء وقدرة البطال ما امضاه سيده شيء

قال ومن كان في يده لقيط لاب له فانه يجوز قبض الهبة والصدقة له واصل هذا ان التعرض للصغار انواع ثلثة نوع هو من باب الولاية كالعقد لامر صغير والبيع والشراء والبيع من القيمة فان الولي هو الذي قام مقامه بالولاية فتصرفه كتصرفه ونوع آخر منه ما كان من ضرورة حال الصغار وهو تصرف كالانفاق على الصغير ونحوه وهذا جائز ممن ليس بوليه وينفق عليه كالاجنبي والعم والملتقط اذا كان في حجرهم واذا ملكوا هذا النوع فالولي اولى به لانه لا يثبت للولي ان يكون الصبي في حجره ونوع ثالث بما هو نفع محض كقبول الهبة والصدقة فهذا عملكه الملتقط والاجنبي والعم والبعيد بنفسه اذا كان يعقل لان الاباء بالحكمة فتح باب مثله نظرا للصغير فيملك بالعقد او لوليه الخ وصار عمزلة الانفاق قال وكذا يجوز للملتقط ان يبيع ويحوز للزم ان يجبر به اذا كان في حجرهما والا يجوز للعم ان يتملك الام تملك اتلاف منافعه وكذلك المتفقد والعم ليس كذلك لانه مشوب بالضرر لانه اذا فرغ من العمل عاد الى اهله قال ولا يجوز ان يبيع الملتقط شيئا من مال الصغير الا ان يكون في بيعه منفعة ظاهرة للصغير بان يخاف عليه الفساد او يكون ثمنه اكثر من قيمته او يكون الصغير محتاجا الى النفقة ولا شيء عنده فيبيع بقدر ما ينفق عليه لان له ولاية التصرف عند الحاجة قال ولا بأس بان يبيع العقار اذا رأى ذلك خيرا للصغير لان له ولاية التصرف عند الحاجة قال ولا بأس بان يبيع الوصي عقار الصغير

كتاب احياء الموات

قال الموات بما لا ينتفع به من الاراضي لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليه او ما اشبه ذلك مما يمنع الزراعة سمي بذلك لبطلان الانتفاع به قال فما كان منها عاديا لا مالك له او كان مملوكا والاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان من اقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت فيه هو موات قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري ومعنى العادي ما قدم خرابه وانما روى عن محمد رحمه الله انه يشترط ان لا يكون مملوكا لمسلم او ذمي مع انقطاع الارتفاق به لتكون ميتة مطلقا فانه اللائق بمملوكة لمسلم او ذمي لا تكون مواتا واذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين ولظهر له مالك ترد عليه ويضمن الزارع لقصارها والبعد عن القرية على ما قال شرطه ابو يوسف رحمه الله لان الظاهر ان ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق اهلها عنه فيدل الحكم عليه محمد رحمه الله اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية كذا ذكره الامام المعروف بخواهر زاده وشمس الائمة السرخسي رحمه الله اعتمد على ما اختاره ابو يوسف رحمه الله ثم من احياه باذن الامام ملكه وان احياه بغير اذنه لم يملكه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يملكه لقوله عليه السلام من احيى ارضا ميتة فهي له ولانه مال مباح سبقت يده اليه فيملكه كما في الحطب والصيد.

فهذا مع كونه بعيدا من اللفظ جدا لاحتياجه الى التنبيه مرتين يصير بمنزلة اللغو من الكلام في هذا المقام لا يليق بشان الامام الرباني محمد ذلك الهمام وان كان المراد لا اب له معروف اصلا اي لا حين الالتقاط ولا بعده ولا يصح ان يكون بيانا للواقع اذ لا يلزم ان لا يكون اللقيط الا كذلك فانه قد يكون له اب معروف بعد الالتقاط بان ادعى بعد انه انبه وشاع ذلك فانه مقبول في الشرع كما مر ولا فرق بينه وبين سائر الاولاد الذين يحتاج ثبوت نسبهم الى دعوة الاب كما في المولود من امته فالحق عندي ان قوله لا اب له قيد احترازي عن اللقيط الذي كان له اب حاضر فانه لا يجوز من كان في يده مثل ذلك اللقيط ان يقبض الهبة او الصدقة له على موجب ما مر في كتاب الهبة من ان زوج الصغيرة يملك قبض الهبة لها بعد الزفاف مع حضرة الاب لتفويض الاب امورها اليه دلالة بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضرة الاب لا ضرورة انتهى اذ لا شك ان الملتقط داخل في كلية قوله وكل من يعولها غيرها فلزم ان لا يملك قبض الهبة للصغيرة التي كانت في يده وعوله كما لا يخفى فتدبر

كتاب احياء الموات

قال جمهور الشراح مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز ان تكون من حيث ان في مسائل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره انتهى وقال الشارح العيني بعد نقل قولهم المذكور وهذا ليس بشيء لانه قل كتاب من الكتب يخلو عما يكره وما لا يكره انتهى اقول بل ما ذكره نفسه في الرد عليهم ليس بشيء لان ما ذكروا في ترتيب الكتب السابقة واللاحقة من المناسبات ملحوظة فيما ذكروا وهنا من المناسبة بين هذا الكتاب عقيبت كتاب الكراهية ودون غيره او لو غير ذلك لفات بعض من المناسبات السابقة او اللاحقة ولكن هذا المعنى على ذكرك فانه ينفعك في مواضع شتى قوله الموات ما لا ينتفع به من الارض لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليه او ما اشبه ذلك مما يمنع الزراعة قال بعض الفضلاء هذا تعريف بالاعم لصدقه على ما له مالك معروف لكن لا ينتفع به لاحد الامور المذكورة وذلك ان تقول هذا تفسير المعنى اللغوي انتهى اقول توجيهه الذي ذكره بقوله وذلك ان تقول الخ ليس بتام فان قيد ان لا يكون له مالك معتبر في معناه اللغوي ايضا قال في الصحاح والموات بالفتح ما لا روح فيه والموات ايضا الارض التي لا مالك لها من الادميين ولا ينتفع بها احد انتهى وقال في القاموس والموات كغراب وكسحاب ما لا روح فيه وارض لا مالك لها انتهى فعلى تقدير ان يحمل ما في الكتاب على تفسير المعنى اللغوي تكون تفسيرا بالاعم ايضا لا يقال اصل المعنى اللغوي للموات ما لا روح فيه والذي ذكره في الصحاح والقاموس ثانيا هو معناه العرفي او الشرعي فلم يكن قيد ان لا يكون له مالك معتبرا في معناه اللغوي لانا نقول الظاهر المتبادر من ان يذكر معنى اللفظ في كتب اللغة بلا اضافة الى العرف او الشرع ان يكون ذلك المعنى معناه اللغوي سيما من قيد ايضا في قوله في الصحاح والموات ايضا الارض التي لا مالك لها وان لم يكن الامر كذلك فيما نحن فيه بل كان معناه اللغوي هو الذي ذكراه فلا شك ان ما لا روح فيه اعم من الارض التي لا ينتفع بها بل من مطلق الارض فعلى تقدير ان يحمل ما في الكتاب على تعريف المعنى اللغوي يكون تعريفا بالاخص وهو ليس بقبيح من التعريف بالاعم وبهذا الذي ذكرنا يظهر انه يشكل ايضا ما ذكره تاج الشريعة وصاحب الكفاية في شرح هذا المقام حيث قالا قوله الموات ما لا ينتفع

ولابي حنيفة رح قوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه وما رويناه يحتمل انه اذن لقوم لا نصب شرع وكانه مخصوص بزمنه ولان
الى يد المسلمين بايجاف الخيل والركاب فليس لاحد ان يختص به بدون اذن الامام كما في سائر الغنائم ويجب فيه العشر كان ابتدا توظيف
الخراج على المسلم لا يجوز الا اذا سقاه بماء الخراج لانه حينئذ يكون ابقاء الخراج على اعتبار المار قلو

احياها ثم تركها وزرعها غيره فقد قيل الثاني احق بها لان الاول ملك استغلالها لما رقيتها فاذا تركها كان الثاني احق بها

من الارض تحديد لغوي وزيد عليه في الشرع اشياء اخر بانها في قوله ما كان عاديا لا مالك له او كان مملوكا في الاسلام لا يعرف له مالك بعينه
وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان في اقصى العامر فصاح لا يسمع صوته فموات انتهى تامل تقف **قوله** ولابي حنيفة قوله عليه السلام
ليس للمرء الا ما طابت نفس امامه بالقول لقائل ان يقول ان اعتبر عموم هذا الحديث يلزم ان لا يملك احد شيئا من الاملاك بغير اذن الامام
مع ظهور خلافه اذ لا شك ان كل احد يستبد في التملك بالبيع والاجارة والهبة والارث والوصية ونحوها من اسباب الملك من غير توقف على
اذن الامام وان لم يعتبر عمومه لا يتم المطلوب ههنا فان قلت عمومه غير معتبر بل هو مخصص بما يحتاج فيه الى راي الامام وما ذكرنا من اسباب الملك
لا يحتاج فيه الى راي الامام بخلاف ما نحن فيه قلت كون التملك فيما نحن فيه مما يحتاج فيه الى راي الامام اول المسئلة فيلزم المصادرة على المطلوب
قوله وما رويناه يحتمل انه اذن لقوم لا نصب لشرع تقريره ان المشروعات على نوعين احدهما نصب الشرع والاخر اذن بالشرع فالاول
كقوله عليه السلام من قاء او رعف في صلوته فلينصرف والاخر كقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه اي للامام ولايته ان ياذن للغازي
بهذا القول وكان ذلك من النبي صلى الله عليه وسلم اذنا لقوم معينين وتحريضا على القتال لا نصب شرع فكذلك في يومنا هذا من قتل قتيلا
لا يكون سلبه له الا ان ياذن الامام به فيجوز ان يكون قوله عليه السلام من احيا ارضا ميتة فهي له من ذلك القبيل وحاصله ان ذلك الحديث
يحتمل التاويل وما ذكره ابو حنيفة رح مفسر لا يقبل التاويل فكان راجحا كذا في العناية وغيرها فان قيل تاج الشريعة فان قلت ما رواه عام خص منه
الحطب والحشيش وما رويناه لم يخص فيكون العمل به اولى قلت ما ذكر لبيان انه لا يجوز الافتيات على راي الامام والحطب والحشيش لا يحتاج فيهما
الى راي الامام فلم يتناولهما عموم الحديث فلم يصر مخصوصا والارض مما يحتاج فيها الى راي الامام لانها صارت من الغنائم بايجاف الخيل والركاب
كسائر الاموال فكان ما قلنا اولى انتهى واقتفى اثره صاحب الكفاية اقول كل من السوال والجواب ليس بسديد اما الاول فلان كون
ما رواه عاما خص منه الحطب والحشيش انما يقتضي كون العمل بما رويناه اولى لكونه حاملا لخصين ان لو خص الحطب والحشيش مما رواه بكلام موصول
اذ يصير العام الذي خص منه البعض ظنيا كما عرف في علم الاصول واما اذا خص الحطب والحشيش من ذلك بما هو مفصول عنه فلا يلزم
اولوية العمل بما رويناه اذ يصير العام حينئذ منسوخا في القدر الذي تناوله الخاص ويصير قطعيا في الباقي كسائر القطعيات كما تقرر في علم الاصول
ايضا ولا شك ان تخصيص الحطب والحشيش مما رواه ليس بكلام موصول به بل انما هو دليل اخر مفصول عنه واما الثاني فلان كون الارض
مطلقا مما يحتاج عنها الى راي الامام اول المسئلة لم يقل به الامامان في الارض الموات فبناء الجواب عليه يودي الى المصادرة فان قيل انما يودي
الى المصادرة لو لم يستدل عليه بقوله لانها صارت من الغنائم الى آخره قلنا كونها من الغنائم دليل آخر عقلي لابي حنيفة مذكور في الكتاب بعده
والكلام الآن في تمشية دليل النقلي فبالمصير الى ذلك الدليل العقلي ههنا يلزم خلط الدليلين ولا يخفى ما فيه **قوله**
ويجب فيه العشر لان ابتدا توظيف الخراج على المسلم لا يجوز اقول في ابتداء التعليل شيء وهو انه سيجيء في الكتاب ان
المسلم والذمي مستويان في حكم احياء الارض الموات والتعليل المذكور انما يتمشى في حق المسلم دون الذمي فتامل

قوله والاصح ان الاول غير عما من الثاني لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التمليك وملكه لا يزول بالترك قال في العناية ولقائل ان يقول الاستدلال بهذا الحديث على مذهبهما صحيح واما على مذهب ابي حنيفة فيه نظر لانه حمله على كونه اذنا لا شرعا تكليفا ليصح الاستدلال به والجواب انه وان كان اذنا لكنه اذا اذن له الامام كان شرعا الا يرى ان من قال له الامام من قتل قتيلا فله سلبه ملك سلب من قتله انتهى واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه بحث فبينهما فرق لوجود دلالة التمليك في لفظ الامام ههنا بخلاف الاذن في الاحياء فانه لا يلزم ان يكون بلفظ التمليك انتهى اقول الفرق الذي ذكره ليس بتام لان لام التمليك مذكورة في كل واحد من الحديثين الواردين في المقامين فاذا كان كل منهما محمولا على الاذن فجعل وجود لفظ التمليك شرطا في اذن الامام في احد المقامين دون الاخر تحكم بحيث لم يسمع ذلك من ايمة الشرع قوله ومن حجر ارضا ولم يعمرها ثلث سنين اخذها الامام ودفعها الى غيره والاصل في ذلك ان المشائخ اختلفوا في كون التحجير مفيدا للملك فمنهم من قال يفيد ملكا موقتا الى ثلث سنين ومنهم من قال لا يفيد وهو مختار المص اشار اليه بقوله هو الصحيح قيل وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا جاء انسان آخر قبل مضي ثلث سنين واحياه فانه ملكه على الاول ولم يملكه على الثاني ولهم على الاول وجه الاول ما روي عن عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر حق بعد ثلث سنين نفي الحق بعد ثلث سنين فيكون له الحق في ثلث سنين والمطلق ينصرف الى الكامل والحق الكامل هو الملك ووجه الصحيح ما ذكره في الكتاب والجواب عن استدلالهم ان ذلك مفهوم وليس بحجة كذا في العناية واورد عليه بعض الفضلاء واجاب حيث قال وانت خبير بان المص ره استدل على الترك ثلث سنين بهذا الطريق وجوابه ان ثبوت الحق ليس بالحديث بل بالاجماع انتهى اقول جوابه ليس بسديد اذ لو لم يكن ثبوت الحق في ثلث سنين بالحديث بل بالاجماع كما قال المص وانما شرط ترك ثلث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر بعد ثلث سنين حق فان حاصله الاستدلال بمفهوم الحديث المذكور على ثبوت حق المتحجر قبل ثلث سنين اذ هو المقتضى اشتراط ترك ثلث سنين ومدارها اورده على ان استدلال المص بمفهوم ذلك الحديث ليس بتام لعدم كون المفهوم حجة عندنا فلا يدفعه الجواب المذكور قوله لان الدفع كان الى الاول ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر والخراج فاذا لم يعمل يدفعه الى غيره تحصيلا للمقصود اقول لقائل ان يقول لم تتم هذا التعليل لاقتضاء ان ياخذها الامام ويدفعها الى الغير بعد الاحياء ايضا اذا لم يزرعها ثلث سنين تحصيلا بمنفعة المسلمين من حيث العشر والخراج وتخليصا لها عن التعطيل فان قلت يملكها الانسان بالاحياء ولا يملكها بمجرد التحجير بل يصير احق بالتصرف فيها من الغير والامام لا يقدر ان يدفع مملوك احد الى غيره لانتفاع المسلمين ويقدر ان يدفع غير مملوك اليه لذلك قلت فح يلزم المصير الى التعليل الثاني الذي ذكره بقوله لان التحجير ليس باحياء ليملكه به فلا يكون التعليل الاول مفيدا للمدعى بدون الثاني مع ان اسلوب تحريره ياباى ذلك كما ترى قوله تحقق حاجتهم اليها حقيقة او دلالة على ما بيناه قال عامة الشراح في حل هذا التعليل تحقق حاجتهم اليها حقيقة اي عند محمد رح او دلالة اي عند ابي يوسف رح وقال صاحب معراج الدراية بعد ذلك اراد بقوله على ما بيناه قوله ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة الخ واقتفى اثره صاحب العناية والشارح العيني اقول لم يصب هو لان الثلثة من الشراح في حلهم مرادا المص

الذى فى الاراضى رخوة ويتحول الماء الى ما حفره دونها وان كانت ضفادع جرا فيها ستون ذراعا وهذا عندهما وعند ابى حنيفة هو اربعون ذراعا هما قوله عليه السلام حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن اربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ولانه قد يحتاج فيه الى ان يسير دابته للاستقاء وقد يطول الرشاء ببئر العطن للاستقاء منه بيسير فحد الحاجة فلا بد من اعتبار ذلك وله ما روياه من غير فصل العام متفق عليه قبله والعمل به اولى عنده من الخاص المختلف فيه قوله ولان القياس يابى استحقاق الحريم لان عمله فى موضع الحفر والاستحقاق يدفعه الحديثان تركناه فيما اتفق عليه الحديثان وفيما تعارضا فيه حفظناه يعنى ان الحديثين اتفقا فى الاربعين فتركنا القياس فى هذا القدر وفيما وراء الاربعين تعارضا فيه من الزكاة اما اولا فلانه كان ينبغى اذ ذاك ان يقدم قوله على ما بيناه على قوله ودلالة كما لا يشتبه على ذى فطرة سليمة واما ثانيا فلانه يلزم ح ان تقتصر حوالة البيان على صورة حقيقة الحاجة اليها مع مرور بيان صورة ودلالة الحاجة اليها ايضا وذلك مما لا ضرورة فيه بل لا وجه له قوله لان فى الاراضى رخوة ويتحول الماء الى ما حفر دونها اقول كان الظاهر ان يقال فيتحول الماء بالفاء لان سبب تحول الماء الى ما حفر دونها انما هو رخوة الاراضى لا غير اذ لو كانت فيها صلابة لم يتحول الماء الى ما حفر دونها قطعا فلا بد من اداة التفريع ثم اقول لقائل ان يقول ان هذا التعليل تعليل فى مقابلة النص لان قوله عليه الصلوة والسلام من حفر بيرا فله حريمها اربعون ذراعا ظاهر فى كون الاربعين من كل الجوانب الاربعة على ان يكون من كل جانب عشرة اذرع كما صرح به فى الكافى وعامة الشروح وقد تقرر فى علم الاصول ان التعليل فى مقابلة النص غير صحيح فكيف يتم الاستدلال بما ذكر على كون الصحيح انه من كل جانب ويمكن الجواب بان المقصود من الحريم دفع الضرر عن صاحب البير والضرر لا يندفع عنه بعشرة اذرع من كل فلو لم يكن اربعون من كل جانب منه الحرج وهو مدفوع بالنص فكان ان ما ذكره التعليل هو الاستدلال بالنص الدال على دفع الحرج وقد اكتفى فيه بما يدل على لزوم الضرر المودى الى الحرج ويرشد اليه تقرير صاحب الكافى ههنا حيث قال والصحيح ان المراد به اربعون ذراعا من كل جانب لان المقصود دفع الضرر عن صاحب البئر الاول لكيلا يحفر احفى حريمه بيرا اخرى فيتحول اليها ماء بئره وهذا الضرر لا يندفع بعشرة اذرع من كل جانب فان الاراضى تختلف صلابة ورخاوة فربما يجئ آخر فيحفر بئرا اخرى بقربه ويتحول ماء البير الاولى اليه فتتعطل عليه منفعة بيره وفى مقدار اربعين ذراعا من كل جانب يندفع هذا الضرر يقينا انتهى فتدبر قوله وله ما رويناه من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به اولى عنده من الخاص المختلف فى قبوله والعمل به يريد بقوله ما رويناه قوله عليه السلام من حفر بيرا فله ما حولها اربعون ذراعا وبقوله من غير فصل اى من غير فصل بين العطن والناضح ويريد بالعام المتفق على قبوله والعمل به قوله عليه السلام من حفر بيرا فله حولها اربعون ذراعا وبقوله اولى عنده اى عند ابى حنيفة رحمه الله ويريد بالخاص المختلف فى قبوله والعمل به حديث الزهرى وهو قوله حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بير العطن اربعون ذراعا وحريم بير الناضح ستون ذراعا كذا فى العناية وغيرها اقول هذا الدليل المذكور من قبل ابى حنيفة رح ههنا منقوض بما اذا كانت البير عينا فان حريمها خمسمائة ذراع بالاجماع كما سياتى مع ان ما رواه من قوله عليه السلام من حفر بيرا فله ما حولها اربعون ذراعا لا يفصل ذلك ايضا وان كون العام المتفق على قبوله والعمل به اولى عنده من الخاص المختلف فى قبوله والعمل به يقتضى ان يكون حريمها ايضا اربعين ذراعا عنده فليتامل فى الفرق قوله ولان القياس يابى استحقاق الحريم لان عمله فى موضع الحفر والاستحقاق به ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه يعنى ان الحديثين اتفقا فى الاربعين فتركنا القياس فى هذا القدر وفيما وراء الاربعين تعارضا

بقوله المزبور مجموع ما ذكره فيما مر بقوله والبعد عن القرية على ما قال شرطه ابو يوسف لان الظاهر ان ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق اهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية انتهى اذ يصير قوله على ما بيناه ح ناظرا الى مجموع قوله لتحقق حاجتهم اليها حقيقة او دلالة فيحسن واما على ما ذكره هو لا والشراح فيصير المزبور ناظرا الى قوله لتحقق حاجتهم اليها حقيقة فقط ولا يخفى ما فيه من الركاكة اما اولا فلانه كان ينبغى اذ ذاك ان يقدم قوله على ما بيناه على قوله ودلالة كما لا يشتبه على ذى فطرة سليمة واما ثانيا فلانه يلزم ح ان تقتصر حوالة البيان على صورة حقيقة الحاجة اليها مع مرور بيان صورة ودلالة الحاجة اليها ايضا وذلك مما لا ضرورة فيه بل لا وجه له قوله

لان العام تقييد والخاص بينة فتساقطا فعملنا بالقياس كذا في شرح تاج الشريعة وغيره اقول فيه بحث لان المتعارضين من الدليلين انما يتساقطان اذا لم يكن لاحدهما رجحان على الآخر واما اذا كان لاحدهما رجحان على الآخر فيجب العمل بالراجح وترك الاخر والامر فيما نحن فيه كذلك لان العام انما ينفي ما وراء الاربعين بطريق المفهوم وهو غير معتبر عندنا واذا سلم انه يبقى ذلك بمنطوقه فانما ينفيه بطريق الاشارة والخاص يثبته بطريق العبارة وقد تقرر في علم الاصول ان عبارة النص ترجح على اشارته عند التعارض فلزم ان لا يسقط الخاص بل وجب ان العمل به وترك القياس لظهور ان ترك القياس في مقابلة النص قال تاج الشريعة فان قلت كيف يتعارضان وقد ذكر القبول في احدهما والاختلاف في الآخر قلت يعني به صورة المعارضة كما يقال اذا تعارض المشهور مع خبر الواحد رجح المشهور وعدم التعارض معلوم انتهى واقتفى اثره صاحب الكفاية والشارح العيني اقول الجواب ليس بصحيح اذ لو كان المراد بتعارضهما ههنا صورة التعارض التي لا تنافي رجحان احدهما على الاخر لما تم قول النص وفيما تعارضا فيه حفظناه ولما صح قولهم في شرح ذلك وفيما وراء الاربعين تعارضا فتساقطا فعملنا بالقياس اذ التساقط والعمل بالقياس انما يتصور في حقيقة التعارض بان يتساويا في القوة ولم يوجد المخلص واما في صورة التعارض مع رجحان احدهما على الاخر فيجب العمل بالراجح وترك الاخر والقياس وقد عرف ذلك كله في اصول الفقه ثم اقول الظاهر في الجواب ان يقال مدار هذا الدليل على التنزل عما ذكر في الدليل السابق من كون العام المتفق على قبوله اولى من الخاص المتفق في قبوله يعني لو سلم عدم رجحان احدهما على الاخر ونساقطهما فيما تعارضا فيه وهو ما وراء الاربعين حفظنا القياس فيه وهو يكفينا فيما نحن فيه تامل ترشد قوله لانه قد يستقى من بير العطن بالناضح ومن بير الناضح بالبد وستوقف الحاجة فيها اقول هذا التعليل ضعيف جدا لانهم صرحوا بان المراد من بئر العطن ما يستقى منه باليد ومن بير الناضح ما يستقى منه بالبهيمة فكيف يتم ان يقال قد يستقى من بير العطن بالناضح ومن بير الناضح باليد ولئن سلم ذلك فهو على الندرة فكيف يتم ان يقال فاستوت الحاجة فيهما قوله وقيل ان التقدير من البئر العين بما ذكرناه في ارضيهم لصلابته بها وفي ارضنا رخاوته فيراد كيلا يتحول المراد الى الثاني فيتعطل الاول اقول فيه اشكال اذ المقادير مما لا مدخل فيه للراي اصلا وانما مداره النص من الشارع كما صرحوا به واتفقوا عليه والذي ثبت بالنص فيما نحن فيه ما ذكر فيما قبل لا غير فتقدير الزيادة عليه خلاف بالراي فيما هو من المقادير وهو لا يجوز فليتامل في الدفع قوله وما عطب في الثانية ففيه الضمان لانه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره اقول في التعليل قصور لانه لا يتمشى فيما اذا حفر الاول بغير اذن الامام على اصل ابي حنيفة فانه يجعل الحفر هناك تحجيرا كما مر آنفا وبمجرد التحجير لا تصير البئر الاولى ولا حريمها ملكا للمحجر فلا يصدق هناك على اصله ان يقال ان الثاني حفر في ملك غيره فالاولى في التعليل ان يقال لانه متعد فيه حيث حفر في حق غيره اذ لا شك ان الحق يثبت بالتحجير كما يثبت بالاحياء ولهذا لا يقدر الامام ان ياخذها من يد المحجر ويدفعها الى غيره الا اذا اجر ارضا ولم يعمرها ثلث سنين كما مر فتمشى التعليل بهذا الوجه في الصورة المذكورة ايضا على اصل ائمتنا الثلاثة جميعا قوله وله انه شبه بالارض صورة ومعنى صورة لاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة قال صاحب العناية وقوله صورة لاستوائهما يشير الى ان الخلاف فيما اذا لم يكن المساة مرتفعة على الارض فاما اذا كانت المساة ارفع من الارض فهي لصاحب النهر لان الظاهر ان ارتفاعه للعاطينه انتهى وتبعه العيني اقول ليس هذا الشرح سديدا لان الاشارة

الاختلاف ان ولاية الغرس لصاحب النهر عندهما وقيل على العكس وقيل ان لصاحب النهر الحريم عندهما وقيل لصاحب الارض عندهما وقيل لا حريم اصلا عنده وقيل لا حريم عندهما قال الفقيه ابو جعفر اخذ قوله في الغرس وقولهما في القناة البطن ثم عن ابي يوسف ان حريمه ستون ذراعا وقيل خمسون ذراعا وقيل ثلاثون ذراعا وعن محمد قدر بطن البحر من كل جانب قدر ما يترك الناس بالقرب منه لمرورهم وقيل قدر ما يترك الناس بالقرب منه لمرورهم وقيل قدر ما يترك الناس بالقرب منه لمرورهم وقيل قدر ما يترك الناس بالقرب منه لمرورهم

فصول في مسائل الشرب

فصل الماء اذا كان لرجل حول دارا او ارضا فليس لغيره ان يشق نهرا او يحفر بئرا او يغرس شجرا او يبني حائطا او يعمل عملا يضر بالماء الجاري لان الماء الجاري لكل احد ان يتوضأ منه ويسقي دوابه ويسقي ارضه ولكن ليس له ان يضر بالناس في هذه الاشياء وكذلك ليس له ان يضر بالماء الراكد لان الماء الراكد يكون لقوم مخصوصين وكذلك ليس له ان يضر بالقناة لان القناة تكون لقوم مخصوصين وكذلك ليس له ان يضر بالبئر لان البئر تكون لقوم مخصوصين وكذلك ليس له ان يضر بالشرب لان الشرب يكون لقوم مخصوصين وكذلك ليس له ان يضر بالطريق لان الطريق يكون لقوم مخصوصين وكذلك ليس له ان يضر بالمسيل لان المسيل يكون لقوم مخصوصين وكذلك ليس له ان يضر بالنهر لان النهر يكون لقوم مخصوصين وكذلك ليس له ان يضر بالحريم لان الحريم يكون لقوم مخصوصين وكذلك ليس له ان يضر بالشفة لان الشفة تكون لقوم مخصوصين وكذلك ليس له ان يضر بالمرعى لان المرعى يكون لقوم مخصوصين وكذلك ليس له ان يضر بالمحتطب لان المحتطب يكون لقوم مخصوصين وكذلك ليس له ان يضر بالمصلى لان المصلى يكون لقوم مخصوصين وكذلك ليس له ان يضر بالمقبرة لان المقبرة تكون لقوم مخصوصين وكذلك ليس له ان يضر بالمسجد لان المسجد يكون لقوم مخصوصين وكذلك ليس له ان يضر بالمدرسة لان المدرسة تكون لقوم مخصوصين وكذلك ليس له ان يضر بالخانقاه لان الخانقاه تكون لقوم مخصوصين وكذلك ليس له ان يضر بالرباط لان الرباط يكون لقوم مخصوصين وكذلك ليس له ان يضر بالمدرسة لان المدرسة تكون لقوم مخصوصين وكذلك ليس له ان يضر بالمسجد لان المسجد يكون لقوم مخصوصين وكذلك ليس له ان يضر بالمقبرة لان المقبرة تكون لقوم مخصوصين وكذلك ليس له ان يضر بالمصلى لان المصلى يكون لقوم مخصوصين وكذلك ليس له ان يضر بالمحتطب لان المحتطب يكون لقوم مخصوصين وكذلك ليس له ان يضر بالمرعى لان المرعى يكون لقوم مخصوصين وكذلك ليس له ان يضر بالشفة لان الشفة تكون لقوم مخصوصين وكذلك ليس له ان يضر بالحريم لان الحريم يكون لقوم مخصوصين وكذلك ليس له ان يضر بالطريق لان الطريق يكون لقوم مخصوصين وكذلك ليس له ان يضر بالشرب لان الشرب يكون لقوم مخصوصين وكذلك ليس له ان يضر بالمسيل لان المسيل يكون لقوم مخصوصين وكذلك ليس له ان يضر بالنهر لان النهر يكون لقوم مخصوصين وكذلك ليس له ان يضر بالحريم لان الحريم يكون لقوم مخصوصين

الى ما ذكره انما يتصوران لو كان المراد باستوائهما في قوله صورة لاستوائهما في الارتفاع والانخفاض اي الاستواء المكاني ولا يذهب على ذي مسكة ان المراد بذلك انما هو الاستواء في الحقيقة الارضية كيف لا والاستواء بمعنى الاول قد تحقق بين النهر والحريم ايضا كما لا يخفى على احد فلو كان المراد ذلك لاختل التعليل المذكور تبصر **قوله** وثمرة الاختلاف ان ولاية الغرس لصاحب الارض عنده وعندهما لصاحب النهر قال بعض الفضلا فيه بحث اذ لم يظهر كون ما ذكره ثمرة لما تقدمه بل لا يبعد ان يدعى العكس انتهى اقول لا وجه لكلامه هذا اصلا فانه لما لم يكن لصاحب النهر حريم عنده بل كان طرفا النهر لصاحب الارض وكان لصاحب النهر حريم عندهما ظهر منه ان ولاية الغرس في مقدار ذلك الحريم لصاحب الارض عنده ولصاحب النهر عندهما اذ لا شك ان ولاية الغرس في موضع ان يستحق ذلك الموضع وهذا مما لا ستره به وكيف يخفى جلي مثل ذلك القائل

فصول في مسائل الشرب

فصل في المياه لما فرغ من ذكر احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وقدم فصل المياه على فصل الكرى لان المقصود هو الماء كذا في الشروح اقول يرد على ظاهره ان يقال اذا كان الشرب مما يحتاج اليه احياء الموات كان اللائق تقديم مسائل الشرب على مسائل احياء الموات على عكس ما في الكتاب والجواب ان احياء الموات لاصالته وكثرة فروعه كما يدل عليه ترجمة الكتاب به في العنوان يستحق التقديم لامحالة وانما مقصود الشراح ههنا بيان وجه تذييله بمسائل الشرب لتحقق المناسبة والتعليق بينهما من جهة احتياج احدهما على الاخر دون بيان الترتيب بينهما فيتم المطلوب بما ذكروه **قوله** الا انه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو ما روينا حتى لو سرقه انسان في موضع لا حرز وجوده وهو يسوي نصابا وجب القطع يده واعترض عليه بانه على هذا ينبغي ان لا يقطع في الاشياء كلها لان قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا يورث الشبهة بهذا الطريق واجيب بان العمل بالحديث يوافق العمل بقوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا والا يلزم بالعمل به ابطال الكتاب بخلاف قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض فان العمل به على الاطلاق يبطل قوله تعالى الزانية والزاني والسارق والسارقة وغير ذلك فدل على ان المراد غير ما دل عليه الخصوصات كذا في العناية اقول في هذا الجواب نظر لانه وان لم يلزم بالعمل بالحديث المذكور على الاطلاق ابطال دليل شرعي اخر بانهم حكموا بان الماء المحرز في الاواني يصير مملوكا بالاحراز وينقطع حق الغير عنه وهذا حكم شرعي لا بد له من دليل شرعي لامحالة فلو عملنا بالحديث المذكور على الاطلاق لزم ابطال ذلك الدليل الشرعي الدال على ان الماء المحرز في الاواني ملك خاص لمن احرزه لا شركة فيه لغيره من الناس فدل على ان المراد بالحديث المذكور غير ما دل عليه خصوص الدليل الشرعي الدال على ان الماء المحرز في الاواني ملك مخصوص لمحرزه كما قيل في الآية المذكورة فينبغي ان لا يورث شبهة فيما لو سرق انسان ماء محرزا في الاواني كما لا تورثها الآية المذكورة فالحق في الجواب عن ذلك الاعتراض ما ذكره ما لم يشتهر بين الناس خلافه حيث قال فان قلت فعلى هذا ينبغي ان لا يقطع السارق نظرا الى قوله تعالى خلق لكم ما في الارض جميعا قلت مقابلة الجمع بالجمع يقتضي انقسام الاحاد كما في قوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ولا يجوز الزيادة على الاربع فكذا معنى الآية والله اعلم خلق لكل احد

فصل في كرى الانهار قال رضي الله عنه الانهار ثلثة قسم غير مملوك لاحد لم يدخل ماؤه في المقاسم بعد كالفرات وجيحون وقسم مملوك دخل ماؤه تحت القسمة الا انه عام وقسم مملوك دخل ماؤه في القسمة وقسم خاص فالقسم الفاصل بينهم استحقاق الشفعة به وعدمه فالاول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكرى لهم فتكون مؤنته عليهم ويصرف اليه من مؤنة اخر الخراج والجزية دون العشور والصدقات لان الثاني للفقراء والاول للنوائب فان لم يكن في بيت المال شئ فالامام يجبر الناس على كريه احياء للمصلحة العامة اذ هم لا يمنعونها بالفسهم وفي مثله قال عمر رضي الله عنه لو تركتم بعتر الاركم الا انه يخرج له من كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم واما الثاني فكريه على اهله على قدر الاملاك لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخصوص فيجبر على كريه دفعا للضرر العام فيوضع بقية الشرب ومرور الماء خاص بقوم بأبلهم عن خلا يعارض به ولو اراد ان يحفر بئرا في حافة الانهار في ارضه ليس له ذلك لانه يضر بالانهار كغرق الارض وفساد الطريق يجبر الاول والا فللثاني ان يمنعه لانه متعنت واما الثالث

وتصح دعوى الشرب بغير ارض استحسانا لانه قد يملك بدون الارض ارثا وقد يبيع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه الدعوى وان كان نهرا لرجل في ارضه فاراد صاحب الارض ان يجري النهر في ارضه ترك على حاله لانه مستحق له باجراء مائه فعند الاختلاف يكون القول قوله فان برهن كل منهما ولم يكن بيد احدهما فعلى البينة ان هذا النهر له وانه قديما كان له مجراه في هذا النهر مسوقا الى ارضه ليسقيها فيقضى له لاثباته بالحجة ملكا له واحقا مستحقا فيه وعلى هذا المتصبب في ارض غيره او على سطح الغير او الميزاب او الممشى في دار غيره لحكم الاختلاف فيها نظير في الشرب اذا كان نهر بين قوم واختصموا في الشرب كان الشرب بينهم على قدر اراضيهم لان المقصود الانتفاع بسقيها فيقدر بقدرها بخلاف الطريق لان المقصود التطرق وهو في الدار الواسعة والضيقة على نمط واحد فان كان لاحدهم نهر لا شرب لغيره فيه حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه من ابطال حق الباقين لكن يشرب بحصته فان تراضوا على ان يسكر الا على النهر حتى يشرب بحصته او اصطلحوا على ان يسكر كل رجل منهم نوبته جاز لانه يحق لهم ان يبطلوا حقوقهم اذا تمكن من ذلك بلا ضرر لا كما يتكبس به النهر من غير تراض لكونه اضرارا بهم وليس لاحدهم ان يكري منه نهرا ونصب عليه رحى او حائلا بغير رضاء اصحابه لان فيه شغل النهر وضرر مشترك بالبناء الا ان يكون رحى لا يضر بالنهر كالماء ويكون موضعها في ارض صاحبها لانه تصرف في ملك نفسه لا ضرر في حق غيره وصحة القرار بالنهر لها بناء من يسر ضفته وبالماء ان لم يتغير عن سننه الذي كان يجري عليه والدالية والساقية نظير الرحى لا يتخذ عليه شيء لا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم فيجعلونه خاصا بأحدهم اذا كان لواحد خاص ومن قوم خاص بين قوم فاراد ان يقطر عليه ليتوسع منه ذلك او كان قنطرا مستوثقا فاراد ان ينقض ذلك ليزيد ذلك في اخذ الماء حيث يكون له ذلك لانه يتصرف في خالص ملكه ضما ورفعا ولا ضرر بالنهر باخذ زيادة الماء ويمنعون ان يوسع فم النهر لانه يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه في اخذ الماء وكذا اذا كانت القسمة بالكوى وكذا اذا اراد ان يؤخرها عن فم النهر ويجعلها في رابعة ذرع منه لاجتياس الماء فيه فيزداد دخول الماء بخلاف ما اذا اراد ان يسفل كواها ويرفعها حيث يكون له ذلك لان قسمة الماء في الاصل باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار لتسفل الترفع هو العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة ولو كان بالقسمة تعيت بالكوى واحدها فليس له ذلك لان القديم يترك على قدمه بخلاف المحدث فيه ولو كان لكل منهم كوى مسماة في نهر خاص ليس لواحد ان يزيد كوة وان كان لا يضر باهله لان الشرب خاصة تجلبا اذا كان لكل في النهر الاعظم من كل منهم كوى مسماة فاراد احدهم ان يزيد كوة او يجعل كوته اوسع من كوة صاحبه ليس له ذلك لان الشرب

قوله وتصح دعوى الشرب بغير ارض استحسانا لانه قد يملك بدون الارض ارثا وقد تباع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فتصح فيه الدعوى قال في المبسوط ينبغي في القياس ان لا تقبل منه ذلك لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى في الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب كذا في العناية وغيره بما اقول فيه اشكال لان ما ذكره في الكتاب لا يدفع ذلك الوجه المذكور للقياس في المبسوط اذ لا شك ان المشروط انتفى بانتفاء الشرط فاذا انتفى الاعلام الذي هو شرط صحة الدعوى في دعوى الشرب لجهالته جهالة لا تقبل الاعلام انتفى صحة الدعوى الشرب قطعا فلا يتصور صحة دعواه بما ذكره في الكتاب من كونه مملوكا بدون الارض ارثا وباقيا بعد بيع الارض ومرغوبا فيه والا يلزم ان تتحقق المشروط بدون ان تتحقق الشرط فكيف يصلح ما ذكره في الكتاب ان يكون وجه الاستحسان في مقابلة ذلك الوجه المذكور للقياس في المبسوط على ان ما ذكره في الكتاب لو كان مصححا لدعوى الشرب مع جهالته لكان مصححا لدعوى غيره ايضا من الاعيان المجهولة مع كونها باطلة قطعا فلم يصلح ما ذكر في الكتاب ان يكون وجه الاستحسان في مقابلة وجه آخر للقياس مذكور ايضا في المبسوط ومنقول عنه ايضا في النهاية ومعراج الدراية وهو ان المدعي يطلب من القاضي ان يقضي له بالملك فيما يدعيه اذا ثبتت دعواه بالبينة والشرب لا يحتمل التمليك بغير ارض فلا يسمع القاضي فيه الدعوى كالخمر في حق المسلمين فان ما ذكر في الكتاب يدفع هذا الوجه ويصيره جوابا عنه على وجه الاستحسان تامل تفهم ثم اقول الوجه الاول من ذينك الوجهين للقياس في مسئلتنا هذه وان كان مذكورا في المبسوط والكافي وكثير من شروح هذا الكتاب بطريق النقل عن المبسوط في بعضها وبطريق الاصالة في البعض الا انه منظور فيه عندي لانهم ان اراد وا بقولهم في ذلك الوجه والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام انهم ان الشرب مطلقا مجهول جهالة لا تقبل الاعلام فهو ممنوع فانه اذا ادعى شرب يوم في الشهر مثلا يصير الشرب هناك معلوما نص عليه في الاصل فانه قال في باب الشهادات في الشرب من الاصل واذا كان نهر لرجل في ارضه فادعى رجل فيه شرب يوم في الشهر واقام على ذلك شاهدين عدلين تقبل هذه الشهادة ويقضى له بذلك استحسانا لانها شهادة قامت على شرب معلوم من غير ارض والشهادة على الشرب من غير ارض مقبولة اذا كان الشرب معلوما والشرب معلوم لانهم شهدوا له بشرب يوم من ثلثين يوما وهو معلوم الى هنا لفظ الاصل وان اراد وا بذلك ان الشرب قد يكون مجهولا فهو مسلم ولكن لا يجدي شيئا فيما نحن فيه اذ لا شك ان المراد بصحة دعوى الشرب بغير ارض استحسانا في مسئلتنا هذه صحة دعوى الشرب المعلوم فان دعوى الشرب المجهول والشهادة عليه لا تصح اصلا نص عليه في الاصل ايضا فانه قال فيه وان شهدوا ان له شربا يوما ولم يسموا عدد الايام لا تقبل هذه الشهادة لانهم شهدوا بشرب مجهول لا يمكن القضاء به لانه لا يدري ان له شرب يوم من الشهر او من السنة او من الاسبوع وجهالة المشهود به تمنع قبول الشهادة لانه يمكن القضاء بها انتهى قوله فان لم يكن في يده قال في العناية والنهاية يعني بان لم يكن مستعملا باجرائه فيه اولم تكن اشجاره في طرفي النهر انتهى اقول في المعنى الاول خلل اذ لا يخفى على الفطن انه على تقدير ان يكون مراد الخصم بقوله فان لم يكن في يده هو المعنى الاول اي بان لم يكن مستعملا باجراء مائه فيه يلزم ان يلغو قوله ولم يكن جاريا اذ يكون

ولليس لاحد من الشركاء في النهر أن يسوق شربه الى ارض له اخرى ليس لها في ذلك شرب لانه اذا تقادم العهد يستدل به على أن له حقا كذا اذا اراد ان يسقي بها ارضه اولى احد يمنع الا فرد الاخرى لانه يستوفي زيادة على حقه اذ الارض الاولى تنشف بعض الماء قبل ان يسقي الاخرى هو لطريق مشترك اذا اراد احدهم ان يفتح فيه بابا الى دار اخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار الى مفتحا في هذا الطريق ولو اراد الاعلى من الشركين في النهر الخاص فيه كوى ليتهما ان يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن ارضه كبلا تدر ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالآخر وكذا اذا اراد ان يقسم الشرب منا صفة بينهما لان القسمة بالكوى تقلب الا ان يتراضيا لان الحق لهما وبعد القراغ لصاحب الاسفل ان ينقض ذلك وكذا لو رضيا به من بعد لانه اعارة الشرب فان مبادلة الشرب بالشرب باطلة والشرب مما يورث ويوصى به كالانتفاع بعينه بخلاف البيع والصدقة والهبة والوصية بذلك حيث لا يجوز العقود حيث لا يجوز اما بالجهالة او للغرر اولانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره ولا ينعقد بالباطل باطلة ولكن الا يضمن يسقي في الكل حتى يجب بحصة الشرب ول

سمى بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها قال لاشربة المحرمة اربعة الخمر وهي عصير العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو الطلاء المذكور في الجامع الصغير ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب اذا اشتد وغلا اما الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع احدها في بيان مائيتها وهي التي من ماء العنب اذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو المعروف عند اهل اللغة واهل العلم قال الجوهري اسم لكل مسكر لقوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة ولان الاسم مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر

الخطوط السليقة والصواب ان مرادهم بالعرق المعنوي ههنا هو معنى لفظ الشرب الذي هو مصدر شرب فان كلا منها يشتق من فلك المصدر ولا يبقى الاشتقاق من التناسب بين المشتق والمشتق منه في اللفظ والمعنى وههنا ايضا كذلك لكن ههنا اعني كونهما شعبتي عرق واحد لفظا ومعنى ويرشد اليه ما ذكر في غاية البيان حيث قال ذكر كتاب الاشربة بعد الشرب لمناسبة بينهما في الاشتقاق وهو اشتراك اللفظين في المعنى الاصلي والحروف الاصول انتهى ثم ان من محاسن ذكر الاشربة بيان حرمتها اذ لا شبهة في حسن تحريم ما يزيل العقل الذي هو ملاك معرفة الله تعالى وشكر انعامه فان قيل ما الداعي للامام السابق مع احتياجهم ايضا الى العقل اجيب بان السكر حرام في جميع الاديان وحرم شرب القليل من الخمر علينا كرامة لنا من الله تعالى ليلتقع في الخطور بان يدعو شرب القليل منها الى شرب الكثير ونحن مشهود لنا بالخيرية فان قيل فلا حرمت علينا ابتداء والداعي المذكور الموجود اجيب اما بان الشهادة بالخيرية لم تكن اذ ذاك واما لتدريج النصارى لئلا ينفروا من الاسلام كذا في العناية اقول في كل من وجهي الجواب الثاني نظر اما في وجهه الاول فلان الشهادة بالخيرية وان لم تكن في ابتداء الاسلام الا ان نفس خيرية هذه الامة كانت في الابتداء والانتهاء كما لا يخفى على احد وهي كافية في الكراهة فلا تتم التقريب واما في وجهه الثاني فلان نفرة النصارى بالخمر اي المعتاد بها من الاسلام بتحريم الخمر يوجد بتحريمها في اي وقت كان فانها اذا لم تحرم في ابتداء الاسلام كان النصارى بها على حاله في ابتداء الاسلام ايضا فاذا حرم بعد ذلك لزم ان ينفروا عنه على مقتضى صعوبة ترك المعتاد وايضا احتمال كون الاعتياد باعثا على التنفر عن الاسلام عند النهي عن تعاطي ذلك الخبيث متحقق في كثير من المنكرات التي نهي عنها في ابتداء الاسلام مع انه لم يعتبر ذلك في مقابلة ظهور شرف الاسلام فههنا ايضا ينبغي ان يكون كذلك فالوجه الوجيه في الجواب عن السؤال الثاني ما ذكره صاحب النهاية حيث قال فان قيل بلا حرمت الخمر في ابتداء الاسلام مع وجود هذه الحكمة قلنا اباح الله تعالى في ابتداء الاسلام ليتمكن الفساد في الخمر حتى اذا حرم عليهم عرضوا منه الحق لديهم وليس الخبر كالمعاينة انتهى **قوله** سمى بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها يعني سمى هذا الكتاب بالاشربة اي اضيف اليها والحال ان الاشربة جمع شراب وهي اسم في اللغة لكل ما يشرب من المائعات سواء كان حراما او حلالا وفي استعمال اهل الشرع اسم لما هو حرام منه وكان مسكرا لما فيه اي وهذا الكتاب في بيان حكمها اي حكم الاشربة كما سمي كتاب الحدود لما فيه من بيان حكم الحدود وكما سمي كتاب البيوع لما فيه من بيان حكم البيوع هذا زبدة ما ذكر ههنا في جملة الشروح والكافي مع نوع زيادة في حل الالفاظ قال بعض الفضلاء في تفسير قوله من بيان حكمها اي بيان حكم انواعها قال ولعل ذلك تمهيدا لعذر بعنوانه الكتاب بصيغة الجمع يعني انما عنون بها لان فيه بيان احكام انواعها كما في البيوع او لاضافة الكتاب الى الاعيان والفقه مبحث عن افعال المكلفين فهو ان الحكم وهو الحرمة ههنا وصف للاعيان للافعال فلذلك عنون ويعلم منه حال الافعال والتفصيل في كتب الاصول خصوصا التلويح في اوائل القسم الثاني الى ههنا كلامه اقول ليس لتوجيهه الذي ذكره لاضافة الكتاب الى الاعيان معنى محصل لانه ان اراد ان الحكم وهو الحرمة ههنا وصف للاعيان حقيقة لا للافعال فهو ممنوع اذ قد تقرر في كتب الاصول سيما في التلويح في اوائل القسم الثاني

وقولنا انه اسم خاص باطباق اهل اللغة فيما ذكرناه وهذا استعمال فيه في غيره وكحرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية

ان اضافة الحل والحرمة الى الاعيان كحرمة الميتة والخمر والامهات ونحو ذلك مجاز عند كثير من المحققين من باب اطلاق اسم المحل على الحال وهو مبني على حذف المضاف اي حرم اكل الميتة وشرب الخمر ونكاح الامهات لدلالة العقل على الحذف والمقصود الاظهر على تعيين المحذوف واما عند بعضهم وان كانت اضافة الحل والحرمة الى الاعيان حقيقة لوجهين مفصلين في محله الا ان كون اضافتهما الى الافعال حقيقة مما لم ينكره احد قط بل من يقول بكون اضافتهما الى الاعيان حقيقة انما يقيس اضافتهما الى الاعيان على اضافتهما الى الافعال في كونها حقيقة وليستمد بذلك في توجيه مذهبه فلا مجال للقول بان الحرمة وصف للاعيان حقيقة لا للافعال على كلا المذهبين وان اراد ان الحرمة ههنا وصف للاعيان مجازا للافعال لا يتم قوله فلذلك معنون بالاعيان لان كون الحرمة وصفا للاعيان مجازا لا يقتضي ان يعنون الكتاب بالاعيان بل رعاية جانب الحقيقة في العنوان اولى واحسن بلاريب فكان الذي ينبغي ان يعنون بالفعل بان يقال كتاب شرب الاشربة حتى يراعى كون التقرب باعتماد عن افعال المكلفين بالكلفة ان يقال ويعلم منه حال الافعال وبالجملة توجيه المذكور ليس بتام على كل حال **قوله** احدهما في بيان ماهيتها وضع في بعض النسخ ماهيتها بدل ماهيتها قال في غاية البيان الماهية بمعنى الماهية وهو ما به الشيء هو كماهية الانسان وهي حيوان ناطق انتهى قلت وفي نسخة ماهيتها ههنا ابهام لطيف لما في قوله وهو للشيء من ماء العنب تبصر تفقه **قوله** ولنا انه اسم خاص باطباق اهل اللغة فيما ذكرناه اقول لما لم يمنع اطباق اهل اللغة على انه اسم خاص التي من ماء العنب اذا صار مسكرا الا ما يروى انه قال في قاموس اللغة الحمزة ما اسكر من عصير العنب او عام وقال والعموم اصح لانها حرمت وما بالمدينة خمر عنب وما كان شرابهم الا البسر والتمر انتهى وهذا صريح في ان الخمر عند بعض اهل اللغة يعم ماء العنب وغيره وان العموم اصح عند صاحب القاموس **قوله** ولان حرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية قال صاحب غاية البيان بيانه ان النيء المسكر من ماء العنب خمر قطعا ويقينا للثبوت ذلك بالاجماع فيترتب عليه الحرمة القطعية فاما سائر الاشربة ففي تسميتها خمرا شبهة لان فيها خلافا بين اهل العلم وادنى درجة الاختلاف ايراث الشبهة فكيف تترتب الحرمة الفائتة قطعا على ما فيه شبهة لان بالشبهة لا يثبت القطع واليقين انتهى اقول في هذا البيان خلل فانه جعل فيه مدار كون الحرمة في غير النيء المسكر من ماء العنب ظنية واختلاف العلماء في شبهة ذلك خمرا وليس بسديد اذ المص بصدد بيان بطلان ذلك الاختلاف واثبات ان غير النيء المسكر من ماء العنب لا يسمى خمرا فلو كان مدار ظنية حرمة غير ذلك اختلافهم في تسمية خمرا لزم المصادرة على المطلوب فكانه قال الخمر هي النيء من ماء العنب اذا صار مسكرا وغيره ليس بخمر كما زعمه بعض الناس لان حرمة الخمر قطعية وحرمة غير النيء من ماء العنب ظنية لانا نخالفك في كون غير ذلك خمرا وقلنا ان اسم الخمر مخصوص بالنيء من ماء العنب لا يطلق على غير ذلك فاورث خلافنا في ذلك شبهة في كونه خمرا فلم تكن حرمة قطعية وفي هذا مصادرة كما ترى وقال صاحب العناية في بيان هذا المقام يعني ان حرمة الخمر ثابتة بالاجماع فتكون

وانما سمي خمر التخمرة لالمخامرة العقل على ان ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فانه فان النجم مشتق من النجوم وهو الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر وهذا كثير النظير الحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين وهو

قطعية وما هو قطعي لا يثبت الا بقطعي وكون النيء من ماء العنب خمرا قطعي بلا خلاف فيثبت به بخلاف غيره فان فيه اختلافا بين العلماء وادنى درجات الاختلاف ايراث الشبهة فتكون الحرمة قطعية ويدل عليها ظني انتهى اقول وفيه ايضا خلل اما اولا فلما مر آنفا من استلزامه المصادرة على المطلوب فان الظاهر من قوله فان فيه اختلافا بين العلماء في مقابلة قوله وكون النيء من ماء العنب خمرا قطعي بلا اختلاف ان يكون مراده باختلاف العلماء في غير النيء من ماء العنب اختلافهم في كونه خمرا فيؤول الى ما ذكر في غاية البيان واما ثانيا فلان قوله فتكون الحرمة قطعية ويدل عليها ظني كلام غير صحيح لارتباط بما قبله لان مدلول ما قبله ان غير النيء من ماء العنب مما وقعت فيه شبهة باختلاف العلماء في حقه فالملازم منه ان تكون حرمته ظنية فان اراد بقوله فتكون الحرمة قطعية فتكون حرمة غير النيء من ماء العنب قطعية لم يكن التفريع صحيحا قطعا وان اراد به فتكون حرمة الخمر قطعية لم يصح قوله والدليل عليها ظني اذ لا شك ان دليل حرمة الخمر قطعي كما افصح عنه في صدر بيانه حيث قال يعني ان حرمة الخمر ثابتة بالاجماع فتكون قطعية وما هو قطعي لا يثبت الا بقطعي فالحق في شرح كلام المصنف ههنا ما ذكره تاج الشريعة وصاحب الكفاية حيث قالا يعني فلا يصح ان يصرف تحريمها الا الى عين تثبت الحرمة في تلك العين قطعا وغير النيء ليس بتلك المثابة لامكان الاجتهاد وفيه انتهى فانهما لم يريدا بالاجتهاد في تسمية خمرا حتى يلزم المصادرة على المطلوب بل اراد به الاجتهاد في عدم حرمته كما اشار اليه المصنف فيما بعد حيث قال في العصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه بعد بيان انه حرام عندنا وقال الاوزاعي انه مباح وقال في تقبيع التمر بعد بيان انه حرام وقال شريك بن عبد الله انه مباح وقال في تقبيع الزبيب بعد بيان انه حرام اذا اشتد وغلا وتيالي فيه خلاف الاوزاعي ثم ان بعض الفضلاء طعن في هذا التعليل المذكور من قبلنا حيث قال لا يقول الخصم بقطعية حرمة غير النيء الا ترى انهم لا يكفرون مستحله فلا يتوجه عليهم الالزام وهذا كالربوا فان حرمته قطعية وحرمته مع الحفن بالحفن متفاضلا مثلا ليس بقطعية انتهى اقول ليس هذا بشيء لان عدم قبول الخصم بقطعية حرمة غير النيء من ماء العنب لا ينافي توجه الالزام عليهم بل بذلك يتوجه الالزام عليهم لان حرمة الخمر قطعية بلا ريب لما سيأتي في الكتاب ان الله تبارك وتعالى سمى الخمر في كتابه الكريم رجسا والرجس ما هو محرم العين وقد جاءت السنة متواترة ان النبي صلى الله عليه وسلم حرم الخمر وعليه انعقد اجماع الامة وما ثبت بهذه الادلة القطعية قطعي جزما فاذا لم يقبل الخصم بقطعية حرمة غير النيء من ماء العنب تعين ان لا يكون غير النيء خمرا اذ لا شك ان قطعية الحرمة وعدم قطعيتها لا يجتمعان في محل واحد فقد توجه عليهم الالزام فتأمل قوله ان كل مسكر خمر ونظيره الذي ذكره بقوله وهذا كالربوا الخ لا يجدي شيئا لان علة الربوا عندنا الكيل مع الجنس او الوزن مع الجنس وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان ففي بيع الحفنة بالحفنة متفاضلا لما لم يوجد الربوا عندنا لعدم وجود علته فلا يحرم ذلك البيع واما عند الشافعي فيوجد فيه الربوا لوجود علته فيحرم فكون حرمة الربوا قطعية ليس بصحيح على الشافعي هناك ايضا لما قلنا ههنا فلا فائدة في التنظير اصلا قوله وانما سمي خمرا لتخمره لالمخامرة العقل قال بعض الفضلاء ولك ان تقول هذا منع لا يضر انتهى اقول ليس هذا بسديد اذ لا نسلم اولا ان هذا منع بل يجوز ان يكون معارضة يعني انما سمي خمرا لتخمره اي لتشدده وقوته وهذا المعنى لم يوجد في غير النيء من ماء العنب فلم يكن غيره خمرا ويشير اليه تقرير تاج الشريعة وصاحب الكفاية ههنا حيث قالا اي لتشدده وقوته

والثاني اريد به بيان الحكم اذ هو اللائق بمنصب الرسالة والثاني في حد ثبوت هذا الاسم وهذا الذي ذكره في الكتاب قول ابي حنيفة رح وعندهما اذا اشتد صار خمرا ولا يشترط القذف بالزبد

فان لم اشتد وقوة ليست لغير ما حتى سميت ام الخبائث انتهى ولئن سلم ان ذلك منع لا معارضة فلا وجه لقوله لا يفيد فان المقصود بهذا الكلام انما هو الجواب عن استدلال الخصم على كون الخمر اسما لكل مسكر بقوله ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر فانه اذا منع قوله لانه مشتق من مخامرة العقل تسقط هذه المقدمة من الاستدلال المذكور فلا يتم دليلا للخصم طبعا وهو عين الضرر له ثم ان صاحب العناية قال في شرح كلام المصنف هذا وقوله وانما سمي يعني غير التي من ماء العنب خمرا تخمرة اي لصيرورته مركا الخمر لمخامرته جواب عن قولهم سمي خمرا لمخامرته العقل انتهى اقول هذا شرح فاسد لا يطابق المشروح اصلا اذ لا يظهر الجواب عن قولهم المذكور ولا يرتبط به قول المصنف فيما بعد على ان ما ذكر ثم لا ينافي كون الاسم خاصا به لعمري ان هذا الشرح عجيب من مثل ذلك الشارح وكان لنا ان نحمل كلمة غير في قوله يعني غير التي على السهو من قلم الناسخ الاول لان قوله كالخمر في قوله اي لصيرورته مركا الخمر فان التشبيه بالخمر يقتضي ان يكون المشبه غير الخمر وهو غير التي من ماء العنب والصواب في شرح هذا المقام ان يقال يعني انما سمي التي من ماء العنب خمرا التخمرة اي لتغيره واشتداده وهذا المعنى غير موجود في غيره فلم يكن خمرا لا بمخامرته العقل اي ليست التسمية لمخامرته العقل اي ستره العقل حتى يوجد وجه التسمية في غير التي من ماء العنب ايضا فيكون خمرا فح ينتظم الارتباط بالسباق واللحاق كما لا يخفى وقال جماعة من الشراح في تفسير قول المصنف لتخمره اي لصيرورته خمرا اقول هذا تفسير خال عن التحصيل موهم الى تعليل الشيء بنفسه كما يشهد به العقل الصادق قوله فان النجم مشتق من الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا كل ما ظهر قال صاحب العناية في شرح هذا المحل فان النجم مشتق من نجم اذا ظهر ثم هو خاص بالثريا انتهى وتبعه العيني اقول هذا شرح غير صحيح لا يطابق المشروح لان النجم انما كان اسما خاصا بجنس الكوكب موضوعا له لظهوره ثم صار علما للثريا بلا وضع واضع معين بل لاجل الغلبة وكثرة استعماله في فرد من افراد جنسه كما هو حال سائر الاعلام الغالبة على ما تقرر في موضعه والظاهر ان مراد المصنف بقوله ثم هو اسم خاص للنجم المعروف انه اسم خاص للظاهر المخصوص وهو جنس الكوكب لا انه علم خاص لشخص معين من افراد جنس الكوكب وهو الثريا لان معنى الظهور انما لوحظ في مرتبة كون النجم اسما موضوعا لجنس الكوكب لا في مرتبة كونه علما لشخص معين من ذلك الجنس وهو الثريا فان كونه علما له انما كان بهجر ذلك الغلبة وكثرة الاستعمال فيه لا الملاحظة معنى فيه ولهذا يقال للاعلام الغالبة اعلام اتفاقية وهذا كله مما لا يستريب به عند من له دربة بالعلوم الادبية وكان صاحب العناية انما اعتبر بلفظ المعروف في قول المصنف اسم خاص للنجم المعروف الا ان مراده بالنجم المعروف الجنس المخصوص المعروف باطلاق لفظ النجم عليه من بين ما يوجد فيه معنى الظهور مطلقا وهو جنس الكوكب تامل رشدك قوله والثاني اريد به بيان الحكم قال في غاية البيان والعناية يعني اذا اسكر كثيره كان حكمه في الاسكار حكم الخمر في الحرمة وثبوت الحد انتهى اقول فيه بحث لان حاصله تفسير الحكم في قوله والثاني اريد به بيان الحكم بالحرمة وثبوت الحد عند اسكار كثيره وليس بتام لان قوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين يفيد الحصر كقوله عليه السلام الائمة من قريش على ما تقرر في موضعه فلو كان المراد منه بيان الحكم بالمعنى المذكور في ذينك الشجرتين لزم ان لا يفيد الحصر والتخصيص بهاتين الشجرتين مشيرا بهما الى الكرمة والنخلة لان المعنى المذكور فيهما وهو الحرمة وثبوت الحد عند اسكار الكثير تحقق في غير تينك الشجرتين ايضا فان نبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير وان كان حلالا عند ابي حنيفة رح

لان الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم بالاشتداد وهو المؤثر فى الفساد ولابى حنيفة رح ان الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافى من الكدر واحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحد والكفارة بالمستحل وحرمة البيع وقيل يؤخذ فى حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا والثالث ان عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه ومن الناس من انكر حرمة عينها وقال ان السكر منها حرام لان به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله وهذا كفر لانه جحود الكتاب فانه سماه رجسا والرجس ما هو محرم العين قد جاءت السنة متواترة ان النبى عليه السلام حرم الخمر وعليه انعقد الاجماع ولان قليله يدعو الى كثيره وهذا من خواص الخمر ولهذا تزداد لشاربه اللذة بالاستكثار منه بخلاف سائر المطعومات ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمه الى سائر المسكرات والشافعى رح يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة وتعليل لتعدية الاسم والتعليل فى الاحكام لا فى الاسماء

وابى يوسف اذا لم يصل مرتبة الاسكار وكان من غير العنب وطرب الا انه اذا اسكر كثيره صار حراما بالاجماع ويثبت به الحد على القول الاصح كما سيجئ فى الكتاب والحق ان المراد بالحكم الذى اريد به بيانه بالحديث الثانى هو حرمة قليله وكثيره وبهذا المعنى لا يتحقق فى المتخذ من غير تينك الشجرتين فصح الحصر المستفاد من ذلك الحديث بلا غبار وعبارة صاحب الكافى فى تفسير المراد بالحكم ههنا وان لم تكن صريحة فى حرمة القليل والكثير معا الا انها باجمالها لا تنافيهما بل تساعد لهما حيث قال والمراد بالثانى بيان الحكم وهو الحرمة لا بيان الحقيقة واقتفى اثره تاج الشريعة وصاحب الكفاية قوله لان الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر فى الفساد بالاشتداد اقول فيه نظر لان قوله لان الاسم يثبت له مصادرة على المطلوب لان مدعى ههنا ثبوت هذا الاسم بجرد الاشتداد بدون اشتراط القذف بالزبد لا يسلمه ابو حنيفة رح لما سيجئ بل يقول باشتراط القذف بالزبد فتعليل مدعاه ثبوت هذا الاسم بالاشتداد تعليل للشئ بنفسه وقوله وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر فى الفساد بالاشتداد يشعر بكون حرمة الخمر معلولة وهذا ينافى ما صرح به فيما بعد من ان عينها حرام غير معلول بالسكر وانه موقوف عليه وقد شرح الشارح السكاكى قول المصنف انها هو ظهر فى المنافاة حيث قال كذا المعنى المحرم وهو الاسكار يحصل الاشتداد وهو المؤثر فى الفساد اى الاسكار مؤثر فى ايقاع العداوة والصد عن ذكر الله تعالى انتهى اذ لا يخفى ان هذا انما يلائم قول من قال بانها معلولة بالسكر كما ذكره المص فيما بعد بقوله ومن الناس من انكر حرمة عينها وقال السكر منه حرام لان به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله تعالى فتامل قوله ولابى حنيفة رح ان الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافى من الكدر واحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحد والكفارة بالمستحل وحرمة البيع اقول يقابل ان يقول الكلام فى هذا الموضع فى حد ثبوت اسم الخمر لا فى حد ترتب الاحكام الشرعية عليه فيجوز ان يثبت اسم الخمر فى بداية الشدة و يشترط ترتب الاحكام الشرعية عليه بكمالها فلا يتم التقريب ويمكن ان يقال الكلام ههنا فى حد ثبوت اسم الخمر فى الشرع لا فى حد ثبوته فى اللغة فقط فاذا ثبت اسمها الشرعى يلزم ان يترتب عليها احكام الشرعية بلا انزاع فيتم التقريب تدبر قوله والثالث ان عينها حرام غير معلول بالسكر قال بعض الفضلا فرق ما بين السكر والاسكار فلا يخالف هذا القول لما مر من قوله وكذا المعنى المحرم انتهى اقول ليس هذا بشئ لان السكر لازم الاسكار ومتاوعه فلا يفترقان فى التحقيق فالتعليل باحدهما يودى الى التعليل بالاخر ومجرد الفرق بينهما والمفهوم لا يجدى شيئا فيما ههنا كما لا يخفى كيف ولا شك ان مراد المص ببيان كون حرمتها لعينها غير معلولة بشئ ما اصلا لا انها غير معلولة بالسكر ولكنها معلولة بشئ اخر كالاسكار لان ما ذكره فيما بعد من لزوم الكفر وجحود كتاب الله تعالى انما يترتب على ادعاء كونها معلولة بما ينافى كونها محرمة لعينها مطلقا لا على ادعاء كونها معلولة بالسكر فقط وانما قال غير معلول بالسكر لكون الواقع فى كلام المنكر هذه العبارة تبصر تفهم قوله والشافعى رح يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة قال الشراح وهى ما روى ابن عباس رض من قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب قالوا المائعات حرمتها لعينها لا يصح التعليل لان التعليل حينئذ يكون مخالفا للنص انتهى اقول لقائل ان يقول ان كان تعليلها وتعديتها الى غير ما منا فيما حرمتها لعينها يلزم من تعليلها وتعديتها الى سائر المسكرات المخالفة لكتاب الله تعالى اينما فانه سماه رجسا والرجس ما هو محرم العين كما مر والمسئلة متواترة واجماع الامة ايضا على ما مر من قبل وذلك يودى الى مجرد تلك الادلة القطعية وحاشا للشافعى رح من ذلك وان لم يكن تعليلها وتعديتها الى

وانما نجاسة غليظة كالبول لتنجسها بالادلة القطعية على ما بيناه والخاصل انه يلزم مستحلها لانكاره الدليل القطعي والسادس
تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد اباحها والتقوم يشعر بحرمتها وقال عليه السلام
ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها واختلوا في سقوط ماليتها والاظهر انه لا لان الطباع تميل اليها وتضن بها ومن كان له على مسلم دين
فاداه اياها من خمر لا يحل له ان يأخذه ولا يلزمه ان يؤديه لانه ثمن بيع باطل وهو غصب في يده او امانة على حسب ما اختلفوا فيه كما في سائر المتقومات
ولو كان الدين على ذمي فانه يؤديه من ثمن الخمر والمسلم الطالب يستوفيه لان بيعها في اعتقادهم جائز والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع
بالنجس حرام ولانه يجب الاجتناب في الانتفاع به اقتراب والمأمور ان يجتنبها وان لم يسكر منها لقوله عليه السلام من شرب الخمر
فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاقتلوه الا ان القتل للانتهاء فبقي الجلد مشروعا وعليه انعقد اجماع الصحابة رضي الله عنهم
وتقدم ما ذكرناه في الحدود والناسخ ان الطبخ لا يؤثر فيها لانه لنفي من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها الا انه لا يحد فيه ما لم يسكر منه
على ما قالوا الان الحد بالقليل الذي خامرته لما ذكرناه وهذا قد طبخ والعاشر جواز تخليلها وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وسنذكره من بعد
انشاء الله تعالى هذا هو الكلام في الخمر واما العصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو المطبوخ ادنى طبخة ويسمى الباذق والمنصف
وهو ما ذهب نصفه بالطبخ فكل ذلك حرام عندنا اذا غلا واشتد وقذف بالزبد او اذا اشتد وقذف بالزبد على الاختلاف وقال ولا دليل على انه مباح وهو قول
بعض المعتزلة لانه مشروب طيب ليس بمحرم لنا انه رقيق ملذ مطرب لهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به

منافي الحرمة عينا بل كانت حرمة عينها ثابتة بتلك الادلة القطعية وحرمة عين غيرها ثابتة بتعدية حرمة عينها الى حرمة عين غيرها بالطريق القياس
لم يتم القول بانه خلاف السنة المشهورة لان مدلول السنة المشهورة انما هو حرمة عين الخمر والنفر غير ان تعدية حرمتها الى غيرها لا ينافي حرمة عينها ثم
اقول الحق عندي ههنا ان تعليلها بالاسكار لا ينافي حرمة عينها لان قليلها ليس بمسكر فيلزم ان يكون قليلها حراما على مقتضى التعليل بالاسكار
ويلزم منه ان لا يكون عينها حراما لكن الشافعي لم يقل بتعليلها بالاسكار وانما تعليلها بما هو غير منفك عن عينها بل هو لازم لها كالخامرة و
نحوها فالظاهر انه لا ينافي حرمة عينها والشافعي انما قال بتعليلها بالخامرة فعدى حكمها الى غيرها من المسكرات حتى اوجب الحد بشرب قطرة من
الباذق قياسا على الخمر كما صرح به في الكافي والشروح فمن اين يلزمه المخالفة للسنة المشهورة **قوله** والراجح انما نجسه نجاسة غليظة كالبول
لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بيناه اقول فيه شيء وهو ان الثابت بالدلائل القطعية على ما بينه فيما مر آنفا انما هو حرمتها فان استلزمت حرمتها
القطعية كونها نجسة نجاسة غليظة فما معنى كونها نجسة نجاسة غليظة موضعا رابعا منجوثا عنه بالاصالة وان لم تستلزمه فما معنى الحوالة على تلك
الدلائل المارة نعم واحد من تلك الدلائل وهو كتاب الله تعالى يدل صراحة على كونها نجسة فانه سماها رجسا والرجس هو القذر على ما نص عليه
في عامة كتب اللغة الا انه يبقى الكلام في ضيعة الجمع في قوله لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بيناه فالاولى ههنا تحرير صاحب الكافي حيث قال
وهي نجسة نجاسة غليظة كالبول والدم لانها سميت رجسا بالنص القطعي انتهى **قوله** والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها و
غاصبها ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد اباحها والتقوم يشعر بحرمتها اقول لقائل ان يقول هذا التعليل منقوض بالسرقين فانه نجس
العين مع انه مال متقوم يجوز بيعه عندنا كما مر في فصل البيع من كتاب الكراهية حيث قال فلا بأس ببيع السرقين ويكره بيعه العذرة وقال
الشافعي لا يجوز بيع السرقين ايضا لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا انه منتفع به لانه يلقى في الاراضي لاستكثار الريع وكان
ما لا يحل للبيع بخلاف العذرة انتهى تأمل **قوله** والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس حرام اقول انتقاض هذا التعليل بالسرقين
اظهر مما مر آنفا تدبر **قوله** واما العصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو المطبوخ ادنى طبخة ويسمى الباذق قال في القاموس الباذق بكسر
الذال وفتحها ما ذبح من عصير العنب ادنى طبخة فصار شديدا وقال في المغرب الباذق من عصير العنب اذا طبخ ادنى طبخة فصار شديدا وقال في
الفائق هو تعريب باده وهو الخمر ونقل صاحب النهاية ما في المغرب وما في الفائق ولم يتكلم على شيء منهما بشيء اقول فيما ذكر في الفائق نظر لان
الخمر على ما مر هي التي من ماء العنب اذا صار مسكرا والمطبوخ ليس بني قطعا والباذق اسم لما طبخ من عصير العنب ادنى طبخة فليس بخمر لاحاله
ولهذا قال المصنف واما العصير اذا طبخ في مقابلة قوله واما الخمر فكيف يتصور ان يكون الباذق تعريب باده بمعنى الخمر اللهم الا ان يكون ما ذكر
في الفائق مبنيا على ما قاله بعض الناس من ان الخمر اسم لكل مسكر لا على ما هو المحقق عندنا من كونها اسما خاصا للتي من ماء العنب اذا اسكر
قوله والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ قال في غاية البيان قوله والمنصف يجوز ان يكون بالنصب وهو الاوجه عطفا على قوله الباذق
اي يسمى العصير الذاهب اقل من ثلثيه الباذق ويسمى المنصف ايضا والدليل على هذا ان ابا الليث قدم في شرح الجامع الصغير الذاهب

واما نقيع التمر وهو الشكر وهو النئ من ماء التمر الى الرطب

اقل من ثلثيه بالمنصف وايضا انه قد حصر الاشربة المحرمة على اربعة وهي الخمر والعصير الذاهب اقل من ثلثيه ونقيع التمر ونقيع الزبيب فاذا كان المنصف غير الباذق الذي هو المطبوخ الذاهب اقل من ثلثيه كانت الاشربة المحرمة خمسة ويجوز ان يكون المنصف بالرفع لانه نوع من الذاهب اقل من الثلثين لانه اخص من ان يكون منصفا او غيره ولهذا اجعل شيخ الاسلام خواهرزاده الباذق قسما والمنصف قسما انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل مضمون ما في غاية البيان والاول اوجه معنى وهذا اوجه لفظا لانه لو كان منصوبا يقال ايضا انتهى اقول لعل الاوجه لا وجه له اصلا فضلا عن اوجهيته اذ يصير معنى كلام المصنف على ذلك التقدير العصير الذي طبخ ادنى طبخة ليسمى باسمين احدهما الباذق والاخر المنصف وهذا يقتضي ان يكون الباذق والمنصف مختلفين في المعنى وهو العصير المطبوخ ادنى طبخة مع ان تحرير المتن ينافي ذلك اما اولا فلانه فسر المنصف بقوله وهو ما ذهب اقل من نصفه بالطبخ فكيف يتصور الاتحاد في المعنى واما ثانيا فلانه قال وكل فلك حرام عندنا اذا غلا واشتد الخ ولا يخفى ان لفظ كل يقتضي التعدد بحسب المعنى لا بحسب الاسم فقط فالحق ان قول المتن المنصف مرفوع لا غير فهو معطوف على المطبوخ في قوله وهو المطبوخ ادنى طبخة والمعنى ان العصير المطبوخ الذاهب اقل من ثلثيه على قسمين احدهما المطبوخ ادنى طبخة المسمى بالباذق والاخر المنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ وكل من هما حرام عندنا اذا غلا واشتد وقد ذب بالزبد اذا اشتد على الاختلاف واما حديث ان المنصف لو كان غير الباذق لكانت الاشربة المحرمة خمسة وقد حصرها في الاربعة فعلى طرف التمام لان الاربعة التي حصر الاشربة المحرمة فيها انما هي اصول الاشربة المحرمة واقسامها الاولية والباذق والمنصف ليسا كذلك بل انما هما قسمان من احد تلك الاصول وهي الاقسام الاولية وهو الطلاء العام للباذق والمنصف ثم ان بعض الفضلاء اورد على قول صاحب العناية وهذا اوجه لفظا لانه لو كان منصوبا يقال ايضا حيث قال فيه بحث فان المسمى بالباذق غير المسمى بالمنصف فكيف يكون التمام مقام قوله ايضا انتهى اقول هذا ساقط جدا لان كون المسمى بالباذق غير المسمى بالمنصف انما يتصور على تقدير ان يكون قوله والمنصف مرفوعا واما على تقدير ان يكون منصوبا كما هو محل كلام صاحب العناية فلا مجال لان يكون المسمى باحدهما غير المسمى بالاخر بل يقتضي معنى التركيب على ذلك التقدير انما هو تعدد الاسم دون المسمى كما لا يخفى على من له درية بقواعد العربية ثم اقول يمكن ان يناقش في قول صاحب العناية لانه لو كان منصوبا يقال ايضا بوجه اخر وهو ان الواو العاطفة في قوله والمنصف على تقدير ان يكون منصوبا معطوفا على الباذق تغني عنها كلمة ايضا فلا تنافي انه لو كان منصوبا يقال ايضا قوله واما نقيع التمر وهو السكر وهو النئ من ماء التمر اي الرطب قال صاحب العناية وتفسير صاحب الهداية التمر بالرطب فيه نظر لان التمر اذا نقع في الماء يسمى نقيعا فلا حاجة الى ان ينقع الرطب لامحالة حتى يسمى نقيعا وقياس كلامه هنا ان يقول في نقيع الزبيب اي نقيع العنب وليس بقوي انتهى وقال جمهور الشراح وفعلا ذلك للنظر وانما فسر التمر بالرطب لان المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر وهو حلال على قول ابي حنيفة وابي يوسف رح على ما سيجيء انتهى اقول فيما قاله جمهور الشراح ايضا نظر لان الذي كان اسمه نبيذ التمر وكان حلالا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح انما هو ما اتخذ من التمر وطبخ ادنى طبخة كما صرح في عامة المعتبرات وسيجيء في الكتاب في قوله وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه انه لا يسكره من غير لهو وطرب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف

فهو حرام مكروه، وقال شريك بن عبد الله انه مباح لقوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا امتن علينا به وهو بالحرام لا يتحقق ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم وقد دل عليه ما رويناه من قبل الآية محمولة على الابتداء وكانت الاشربة مباحة كلها وقيل اراد به التوبيخ معناه والله اعلم تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا اقول فيه اشكال لانهم صرحوا بان الزبيب هو التي من ماء الزبيب فهو حرام اذا اشتد وغلا ويتاتى فيه خلاف الاوزاعي وقد بنا من قبل الا ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها وتكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر ويجب بشرب قطرة من الخمر وبجاستها خفيفة في رواية وغليظة في اخرى ونجاسة الخمر غليظة في رواية ولخلا وفي رواية ويضمن متلفها عند ابي حنيفة رح خلافا لهما فيهما لانه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر فان عند ابي حنيفة رح تحريمها لا لنقصان فيها وهو منتفر فيها بوجه من الوجوه لا فيها ولا في رقبتها وعن ابي يوسف رح انه يجوز بيعها اذا كان الذاهب بالطبخ اكثر من النصف دون الثلثين وقالا في الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة كالبان قالوا هذا الجواب على عرف العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على ان ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند ابي حنيفة رح ولا يحد شاربه عنده وان سكر منه لان حرمته لم تثبت بدليل قاطع وعن محمد رح انه حرام ويحد شاربه اذا سكر منه وقع طلاقه اذا سكر منه كما في سائر الاشربة المحرمة وقال فيه ايضا وكان ابو يوسف رح يقول ما كان من الاشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة ايام ولا يفسد فانى الرجه ثم رجع الى قول ابي حنيفة رح وقوله الاول مثل قول محمد رح ان كل مسكر حرام لانه تفرد بهذا الشرط رجع عنه قوله يبلغ بغلي ويشتد رجع عنه قوله لا يفسد لكن وجهه ان شاء الله ان هذا الشراب يحفظ بالقوة والشدة بالكاف كان آية حرمته ومثل ذلك مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما وابي حنيفة رح يعتبر حقيقة الاسكار على الحد الذي ذكرناه فيما يحرم اصل شربه وفيما يحرم السكر منه على ما ذكره الشافعي رح وابو يوسف رح رجع الى قول ابي حنيفة فلم يحرم كل مسكر ورجع عن هذا الشرط ايضا وقال في المختصر نبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه انه لا يسكر من غير لهو ولا طرب هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعند محمد والشافعي رح حرام والكلام فيه كالكلام في المثلث العنبي وذكره انشاء الله تعالى

وعند محمد والشافعي حرام انتهى والذي ذكره هنا انما هو نقيع التمر اذا لم يطبخ كما افصح عنه بقوله وهو الذي من ماء التمر وهو المسمى بالسكر لا غير ولا شك انه ليس بحلال عند ائمتنا اصلا فلا حاجة الى تفسير التمر بالرطب **قوله** فهو حرام مكروه قال عامة الشراح اردف الحرام بالكراهة اشارة الى ان حرمته ليست لحرمة الخمر لان مستحل الخمر يكفر ومستحل غيره لا يكفر انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلانه لو كان مقصود المصنف بايراد الحرام بالمكروه الاشارة الى ما ذكروه لاردفه بذلك في كل واحد من الاقسام الثلثة المذكورة بعد الخمر اذ ليست حرمة شئ منها كحرمة الخمر ولو اكتفى بايراد ذلك في واحد من تلك الاقسام لكان القسم المذكور عقيب الخمر احق بذلك كما لا يخفى واما ثانيا فلان المصنف صرح بان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر فما الحاجة الى الاشارة الى ذلك ههنا **قوله** وقيل اراد به التوبيخ معناه والله اعلم تتخذون منه سكرا ويدعون رزقا حسنا اقول فيه اشكال لانهم صرحوا بعد شرح قول المصنف الآية محمولة على الابتداء وبان الآية مكية وتحريم الخمر وقع بالمدينة فكيف يتصور ان يكون معنى الآية قبل تحريم الخمر تتخذون منه سكرا حراما والخمر وقتئذ مما لم يوصف بالحرمة فاين السكر فليتامل **قوله** الا ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية اقول لقائل ان يقول من هذه الاشربة نقيع التمر وهو السكر وقد قال في اثبات حرمته ولنا اجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم وقد تقرر في علم الاصول ان اجماع الامة سيما اجماع الصحابة دليل قطعي يكفر جاحده فكيف يتم القول ههنا بان حرمة هذه الاشربة لا يكفر مستحلها لكون حرمتها اجتهادية لا قطعية ويمكن ان يجاب عنه بان نقل الاجماع قد لا يكون بالتواتر فلا يفيد مثل ذلك الاجماع القطع لعدم القطع في طريق نقله الينا كما تقرر هذا ايضا في علم الاصول فيجوز ان يكون الاجماع المنقول في حق حرمة السكر من ذلك القبيل ويكون هذا باعثا على وقوع الاجتهاد في خلافه **قوله** لانه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر اقول فيه نظر اما اولا فلانهم صرحوا بان معنى تقوم المال اباحة الانتفاع به شرعا ويجئ التصريح عن قريب بان هذه الاشربة مما لا ينتفع به بوجه من الوجوه فكيف يتصور التقوم فيها واما ثانيا فلان الدلالة القطعية انما تعتبر في حق وجوب الاعتقاد دون وجوب العمل الا يرى ان خبر الواحد من السنة يوجب العمل ولا يوجب علم اليقين بل يوجب غلبة الظن على المذهب الصحيح المختار عند الجمهور كما تقرر في علم الاصول وما نحن فيه من العمليات فينبغي ان يكتفى فيه بمجرد غلبة الظن كيف لا وقد اكتفى به في الحكم بحرمة هذه الاشربة اذ هي ايضا اجتهادية لا قطعية كما صرح به انفا **قوله** ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة اقول في التعليل بحث اذ لا يلزم من حرمة تناول الشئ عدم الانتفاع به الا ترى ان السرقين نجس العين محرم التناول قطعا مع انه مما ينتفع به حيث يلقى في الاراضي لاستكثار الريع ولهذا يجوز بيعه كما مر في فصل البيع من كتاب الكراهية وكذا الدهن النجس على ما صرحوا به وقد مر منا غير مرة نظير هذا الكلام في هذا الكتاب فتدبر **قوله** وعن ابي يوسف انه يجوز بيعه اذا كان الذاهب بالطبخ اكثر من النصف دون الثلثين اقول لا يذهب عليك ان حق هذه الرواية ان تذكر قبل قوله ولا ينتفع بها بوجه

قال ولا بأس بالخليطين لما روى عن ابن زياد انه قال سقاني ابن عمر شربة ما كدت اهتدي الى اهلي فغدوت اليه من الغد فاخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب هذا من خليطين كان مطبوخا لان المروي عنه حرمة تقيع من الخد فاخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب هذا من خليطين كان مطبوخا لان المروي عنه حرمة تقيع التمر والزبيب هو التي منه وما روى انه عليه السلام نهى عن الجمع بين التمر والزبيب والزبيب والرطب والرطب المجهول وعلى حالة الشدة وكان ذلك في الابتداء قال وبنبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال لان الطبخ وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله اذا كان من غير لهو وطرب لقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم ثم قيل يشترط الطبخ فيه لاباحته وقيل لا يشترط هو المذكور في الكتاب لان قليله لا يدعو الى كثيره كيف ما كان وهل يحد في المثلث من العنب اذا سكر منه قيل لا يحد وقد ذكرنا الوجه من قبل

من الوجوه لانها من شعب جواز بيع هذه الاشربة وقوله ولا ينتفع بها الخ مسألة مستقلة وخلت في المبين كما ترى قوله ولا بأس بالخليطين بأن روى عن ابن زياد انه قال سقاني ابن عمر شربة ما كدت اهتدي الى اهلي فغدوت اليه من الغد واخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وابن عمر كان معروفا بالفقه والزهد بين الصحابة فلا يظن به انه كان يسقي غيره مما لا يشربه او يشرب مما كان حراما كذا في الكافي والشروح اقول ههنا كلام من وجهين احدهما ان تقليد الصحابي فيما لم يعلم اتفاق سائر الصحابة عليه ولا خلافهم فيه ولم تكن الحادثة مما لا تترك بالقياس لا يجب على القول المختار كما عرف في علم الاصول والظاهر ان المخن فيه من ذلك القبيل فكيف يعلم ان يكون فعل ابن عمر او قوله في الرواية المزبورة دليلا على حل الخليطين وثانيهما ان قول ابن زياد ما كدت اهتدي الى اهلي يشعر باسكاره الشربة التي سقاه ابن عمر اياها والسكر من كل شراب حرام بالاتفاق فكيف يستدل بذلك على الحل ويمكن ان يجاب عن الثاني بوجهين احدهما ما اشار اليه تاج الشريعة بقوله وانما قال ما كدت اهتدي الى اهلي على سبيل المبالغة في بيان التاثير فيه لا حقيقة السكر فان ذلك لا يحل انتهى وثانيهما ان وجه الاستدلال مجرد ان يسقي ابن عمر ابن زياد تلك الاشربة فانها لو كانت حراما لما اقدم ابن عمر مع كمال زهده وفقهه على ان لا يسقيه اياها واما تاثيرها في الشارب بعد ان شربها بحيث يصل الى مرتبة الاسكار فليس له حد مقرر او هو مختلف باختلاف الطباع والاوقات والمشارب ان يحترز عنه بما امكن فان وصل الى تلك المرتبة في الرواية المذكورة فانما هو بالغفلة والعهدة في ذلك على الشارب لا الساقي تامل تفهم قوله وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لان قليله لا يدعو الى كثيره كيف ما كان اقول هذا التعليل منظور فيه لان مجرد ان لا يدعو قليله الى كثيره لا يقتضي ان لا يشترط الطبخ فيه لاباحته الا ترى ان نبيذ التمر والزبيب بما يشترط الطبخ فيه لاباحته بلا اختلاف مع ان قليل ذلك ايضا لا يدعو الى كثيره كيف ما كان فان دعا القليل الى الكثير مع خواص الخمر كما صرح به فيما مر والاظهر في التعليل ههنا ما ذكر في غاية البيان حيث قال فيها وفي رواية لا يشترط لان حال هذه الاشربة دون حال نقيع التمر والزبيب فان نقيع التمر والزبيب اتخذ مما هو اصل للخمر شرعا فان اصل الخمر شرعا العنب والعنب على ما قال النبي صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين وقد شرط ادنى طبخة في نقيع الزبيب والتمر فيجب ان لا يشترط ادنى طبخة في هذه الاشربة لينظهر نقصان هذه الاشربة عن نقيع التمر والزبيب انتهى قوله وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد اقول قد مرت هذه المسألة مرة اثنا بيان مسألة الجامع الصغير فيما قبل حيث قال وهو نص على ان ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند ابي حنيفة ولا يحد شاربه عنده وان سكر فالتعرض لها ههنا مرة اخرى يشبه التكرار فلعل المقصود بالذات ههنا ذكر قوله قالوا والاصح انه يحد فافهم قوله قالوا والاصح انه يحد لا يستغني عن الاعادة ههنا بالكلية قوله وقد ذكرنا الوجه من قبل قال صاحب الغاية هو اشارة الى قوله لان قليله لا يدعو الى كثيره وقال ويجوز ان يكون اشارة الى المعنى المستفاد من قوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين يعني ان هذه الاشربة ليست متخذة مما هو اصل الخمر فلا وجه لايجاد السكر منها انتهى وقال صاحب الكفاية قوله وقد ذكرنا الوجه من قبل اشارة الى ما ذكر ان السكر ان منه بمنزلة القائم ومن ذهب عقله بالنبيذ ولبن الرماك انتهى واختار صاحب العناية ما ذكره صاحب الغاية اولا ونقل ما ذكره ثانيا يقينا ثم نقل ما ذكره صاحب الكفاية بقوله وقيل اقول يرد على الوجه الاول ان عدم وعا

قالوا والاصح انه يحد فانه روى عن محمد فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا وقيل ان المتخذ من لبن الرمالك لا يحل عند ابي حنيفة رح اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه قالوا والاصح انه يحل لان كراهة لحمه لما فيه من قطع مادة الجهاد لا لحرامه فلا يتعدى الى لبنه قال وعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه حلال وان اشتد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد ومالك والشافعي رح هو حرام وهذا الخلاف فيما اذا قصد به التقوي اما اذا قصد به التلهي لا يحل بالاتفاق وعن محمد رح مثل قولهما وعنه انه كره ولم يذكر وعنهم اختلاف فيه لهم في اثبات الحرمة قوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام ما اسكر كثيره فقليله حرام وروي عنه عليه السلام ما اسكر الجرة منه فالجرعة منه حرام ولان السكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره كالخمر

التقليل الى الكثير جائز فيما سوى الخمر من الاشربة المحرمة فان دعاء التقليل الى الكثير من خواص الخمر كما صرح به المص فيما مر حيث قال ولان قليله يدعو الى كثيره وهذا من خواص الخمر انتهى مع انه اذا سكر مما سوى الخمر من الاشربة المحرمة يحد بلا خلاف فعلم انه لا تاثير لدعاء التقليل الى الكثير في سقوط الحد عن السكران ويرد على الوجه الثاني انه لو كان مراد المص بالاستفادة من قوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين ان الاية نزلت كما هو عادة المستمرة في الحوالة على ما مر من السنة ثم ان في كون ذلك المعنى مستفادا من الحديث المذكور خفاء جدا فضلا عن ان يكون مذكورا هناك فاني تيسر الاشارة اليه ههنا بقوله وقد ذكرنا الوجه من قبل قالوا وجه هو الوجه الثالث وان اخره صاحب العناية في الذكر كما لا يخفى على من تامل في سياق كلام المصنف وراجع كلمات السلف كشيخ الاسلام وغيره في هذه المسئلة قوله قالوا والاصح انه يحد فانه روي عن محمد فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل اقول تحرير المص ههنا لا يخلو عن ركاكة اذ الظاهر ان مراده بقوله وهل يحد في المتخذ من الجبوب اذا سكر انه هل يحد في ذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف لان المذكور فيما قبل انما هو قولهما والمص الان بصدد التفريع على ذلك وتكميله فيستدعي هذا ان يكون مدار قوله قيل لا يحد وقوله قالوا والاصح انه يحد على قولهما فلا يناسب في تعليل قوله والاصح انه يحد ان يقال فانه روي عن محمد فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل فان محمدا يخالفهما في اصل هذه المسئلة حيث لا يقول بحل المتخذ من الجبوب اذا اشتد وغلا فيجوز ان يقول بوجوب الحد اذا سكر منه وانما هما فيقولان بحل ذلك كما تقدم انفا فلا يكون المروي عن محمد حجة في نفيهما ولم يترك صاحب الكافي هذا التعليل واكتفى بما ذكره المص بعده بقوله وهذا لان الفساق يجتمعون عليه الخ حيث قال وذكر في الهداية ومبسوط شيخ الاسلام باستيجاب الاصح انه يحد لان الفساق يجتمعون في زماننا على شربه كما يجتمعون على سائر الاشربة انتهى قوله وعنه انه كره ذلك اقول فيه ضرب اشكال هو انه قد صرح في اول كتاب الكراهية ان كل مكروه حرام عند محمد رح وقوله هنا وعنه انه كره ذلك بعد ان صرح فيما قبل بانه حرام عنه يجر ومالك والشافعي يقتضي المغايرة بين قول محمد بحرمة وبين قوله بكراهية فيما نقرر في اول الكراهية فان قلت نعم ان كل مكروه حرام عند محمد ولكن بحرمة ظنية لا بحرمة قطعية فانه اذا لم يجد نصا قاطعا في حرمة شيء لم يطلق عليه لفظ الحرام بل يطلق عليه لفظ المكروه كما تقرر ايضا هناك فيجوز ان يكون مدار رواية الحرمة ورواية الكراهة عنده فيما نحن فيه على قطعية الحرمة في احدهما وظنيتها في الاخرى فلا تنافي بين المقامين قلت لا مجال للقول بقطعية حرمة المثلث العنبي عنده كون اجتهاد ابي حنيفة وابي يوسف في حله لان قطعية حرمة الشيء تستلزم ان يكفر مستحلها وهذا لا يتصور فيما وقع فيه اجتهاد فضلا عما وقع فيه اجتهاد مثل ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى وعن هذا قالوا فيما سوى الخمر من الاشربة المحرمة عند ائمتنا جميع وعند عامة العلماء ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية كما مر من قبل في الكتاب مع ان اجتهاد الاباحة فيها انما وقع من نحو الاوزاعي وشريك وسائر اصحاب الظواهر فتحقق ان الحرمة المروية عن محمد في حق المثلث العنبي انما هي الحرمة الاجتهادية التي مدارها الظن لا الحرمة القطعية فكيف يتصور المغايرة بينها وبين الكراهة على اصل محمد ويمكن ان يقال معنى قولهم ان كل مكروه حرام

ولها قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها ويروى بعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب خص السكر بالتحريم في غير الخمر اذ العطف للمغايرة وكان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا وانما يحرم القليل منه لانه يدعو لرقته والطافته الى الكثير فاعطى حكمه والثلث لغليظه لا يدعو وهو في نفسه غذاء فبقي على الاباحة والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه ثم هو محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ لطبخة حكمه حكم المثلث لان صب الماء لا يزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل

عند محمد ان كل مكروه كراهة التحريم ليس بحرام اصلا عندهما بل الى الحرام اقرب واما المكروه كراهة التنزيه فليس بحرام ولا الى الحرام اقرب عند احد وبذا كله يظهر بمراجعة كتب الاصول فيجوز ان يكون المراد بالكراهة في قول المص ههنا وفيه انه كره ذلك بالكراهة التنزيهية وهي مغايرة للحرمة على قول الكل فيندفع التنافي بين المقامين تامل **قوله** ولها قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها ويروى بعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب قال في النهاية ولها ايضا قوله تعالى انما الخمر والميسر الآية بين الله تعالى الحكمة في تحريم الخمر في هذه الآية وهي الصد عن ذكر الله تعالى وايراث العداوة والبغضاء وهذه المعاني لا تحصل بشرب القليل ولو خلينا وظاهر الآية لقلنا لا يحرم القليل من الخمر ايضا ولكن تركنا قضية ظاهر الآية في قليل الخمر بالاجماع ولا اجماع فيما عداه فبقي على ظاهر الآية انتهى اقول ينتقض هذا الاستدلال بما عدا الخمر من الاشربة المحرمة الثلثة فان قليلها ايضا حرام عندائمتنا قاطبة وعند مالك والشافعي واكثر العلماء مع ان المعاني المذكورة في الآية المذلولة لا تحصل بشرب قليلها كما لا يخفى **قوله** خص السكر بالتحريم في غير الخمر اذ العطف للمغايرة اقول الظاهر ان مراده بقوله خص السكر بالتحريم في غير الخمر قصر التحريم على السكر في غير الخمر على ان يكون الباء داخلة على المقصور كما في قولهم خصصت فلانا بالذكر على ما تقرر في موضعه اذ هو المفيد لمدعاهما ههنا دون العكس كما لا يخفى على ذي مسكة لكن فيه بحث وهو ان الاستدلال على مدعاهما ههنا بهذا الوجه كما يقتضي حل الثلاث يقتضي ايضا حل الاشربة المحرمة الثلثة غير الخمر وهذا ظاهر لزوما وبطلانا على ان استفادة قصر التحريم على السكر في غير الخمر من منطوق لفظ الحديث المذكور مشكل واستفادته من مفهوم المخالفة خلاف المذهب فليتامل **قوله** ولان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا فان قيل القدح الاخير انما يصير مسكرا بالقدح لا بانفراده فينبغي ان يحرم ما تقدم ايضا قلنا لما وجد السكر بشرب القدح الاخير اضيف الحكم اليه لكونه علة معنى وحكما كذا ذكره جمهور الشراح وعبر صاحب العناية على الجواب المذلول حيث قال فيه نظر لان الاضافة الى العلة اسما ومعنى وحكما اولى والمجموع بهذه الصفة انتهى اقول ان اراد بقوله والمجموع بهذه الصفة اذ كل واحد من اجزاء المجموع بهذه الصفة فليس بصحيح اذ لا يخفى ان شيئا ما قبل الجزء الاخير ليس بعلة اسما ولا معنى ولا حكما اذ العلة انما يضاف اليه الحكم والعلة معنى ما يوثر في الحكم والعلة حكما ما يتصل به الحكم ولا يتراخى عنه كما عرف كله في علم الاصول ولا شك ان شيئا ما قبل الجزء الاخير ليس بصفة من هذه المعاني فان اراد بذلك ان المجموع من حيث هو مجموع بهذه الصفة كما هو الظاهر فهو لا يقدح في مطلوبنا ههنا اذ لا شك ان حرمة مجموع الاقداح من حيث هو مجموع عند اشتماله على القدح المسكر وانما تنكر حرمة ما قبل القدح المسكر وبانفراده نعم بقي الكلام في ان اضافة الحكم الى المجموع من حيث هو مجموع اولى ام الى الجزء الاخير وحده والظاهر في بادي الراي هو الاول لان الجزء الاخير وحده علة معنى وحكما لا اسما على ما هو المشهور في كتب الاصول والحكم انما يضاف الى العلة اسما لكن الفاضل التفتازاني قال في التلويح في مباحث العلة من باب الحكم ذهب المحققون الى ان الجزء الاول يصير بمنزلة العدم في حق ثبوت الحكم ويصير الحكم مضافا الى الجزء الاخير علة اسما ايضا اي كما انه علة معنى وحكما فينتظم امر اضافة الحكم اليه وحده بلا غبار ثم قال صاحب العناية والاولى ان يقال الحرام هو المسكر واطلاقه على المتقدم مجاز وعلى القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا انتهى اقول ليس هذا شيئا فضلا عن ان يكون اولى

[illegible]

اذ ليس الكلام ههنا في اطلاق لفظ المسكر على شيء وعدم اطلاقه عليه حتى يفيد التشبث بالمجاز شيئا بل انما الكلام ههنا في ان المفسد للعقل هو القدح المسكر اي المزيل للعقل سواء اطلق عليه لفظ المسكر حقيقة ام لا دون غيره من الاقداح المتقدمة فكان الحرام هو القدح المزيل للعقل لا غير وبالجملة مدار الاستدلال ههنا على المعنى وهو ازالة العقل دون اللفظ فلما ورد السؤال بان القدح الاخير لا يزيل العقل بانفراده بل بانضمام ما تقدم فكان لما تقدم من الاقداح مدخل ايضا في ازالة العقل فينبغي ان يحرم ايضا لم يفد ان يقال ان لفظ المسكر انما يطلق على ما تقدم مجازا وعلى القدح الاخير حقيقة شيئا في دفع ذلك السؤال اصلا وانما يتمشى ذلك في الجواب عن استدلال الخصم بقوله عليه السلام كل مسكر خمر ومحله قول المص ثم هو محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة وقصد بعض الفضلاء ان يرد على صاحب العناية قوله المذكور بوجه آخر فقال اطلاقه على ما تقدم على القدح الاخير مجازا بلا شبهة فاما اطلاقه على المجموع من القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا انتهى اقول وهذا ايضا ليس بشيء لان اطلاقه على ما تقدم على القدح الاخير اذا كان مجازا بلا شبهة كيف يتصور ان يكون اطلاقه على المجموع حقيقة فان المجموع مشتمل على ما تقدم على القدح الاخير ايضا ولا شك ان اطلاق اللفظ على المجموع المركب مما هو حقيقة فيه ومما هو مجاز فيه لا يكون حقيقة لان الحقيقة هي الكلمة المستعملة فيما وضعت له والمجموع المركب مما وضعت له ومما لم توضع له ليس مما وضعت قطعا ولو سلم ان يكون اطلاقه على المجموع من حيث هو مجموع حقيقة فلا يضرنا اذ لا يلزم من كون المجموع من حيث هو مجموع مسكرا كون المتقدم على القدح الاخير ايضا مسكرا حتى يلزم كون ما تقدم على القدح الاخير حراما ايضا تامل تفق **قوله وانما يحرم القليل من الخمر لانه** يدعو اراقته ولطافته الى الكثير فاعطى حكمه اقول فيه كلام وهو ان هذا التقرير يقتضي كون حرمة الخمر معللة وقد صرح فيما مر بان الخمر عندنا حرام غير معلول عندنا الشيء لان تعليله خلاف السنة المشهورة وهي قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب فكان الذي ينبغي ههنا ان يقال وانما يحرم القليل من الخمر لورود النص فيه وهو قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها الحديث اللهم الا ان يحمل كلام المص ههنا على التنزل والزام الخصم بان يكون هذا الكلام منه جوابا عن قول الخصم ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره فتبصر والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه قال بعض الفضلاء وكان على المص ان يتعرض للحديثين الاخيرين ولم يفعل كانه اكتفى بمعارضته ما رواه لهما انتهى اقول توجيهه ليس بشيء لان دلالة الحديثين الاخيرين اللذين رواهما الخصم على حرمة قليل ما اسكر كثيره انما هي بطريق العبارة ودلالة ما رواه المص من قبل ابي حنيفة وابي يوسف على حل قليل ذلك انما هي بطريق الاشارة او الاقتضاء وقد تقرر في كتب الاصول ان عبارة النص ترجح على اشارته واقتضائه عند التعارض فان اراد ذلك القائل بمعارضته ما رواه لهما المعارضة الموجبة للتساقط وهي المعارضة بدون الرجحان في احد الجانبين فليس بصحيح وان اراد بها المعارضة مع الرجحان في جانب الحديثين اللذين رواهما الخصم فليس بمفيد بل مخل كما لا يخفى **قوله لان المائين ذهب** اولا للطافته او يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي الباقي والعنب قال الشراح اي على القطع والثبات وقال بعض الفضلاء فيه بحث لان الحرمة تثبت بالشبهة انتهى اقول مدار هذا البحث على عدم فهم مراد الشراح فان مرادهم بقولهم اي على القطع والثبات تقييد المنفي في قول المص فلا يكون الذاهب ثلثي الباقي لا تقييد النفي فالمعنى ان ذهاب ثلثي الباقي والعنب على القطع والثبات لا يكون لان ذهاب ثلثي الباقي والعنب لا يكون على القطع والثبات وحاصله

[illegible]

قال ويكره شرب دردي الخمر والانتشاط به لان فيه اجزاء الخمر والانتفاع بالمحرم حرام ولهذا لا يجوز ان يداوى به جرحا ودبرة دابة ولا ان يسقى ذميا ولا ان يسقى صبيا للتداوي والوبال على من سقاه ولكن لا يسقيها الدواب وقيل لا تحمل الخمر اليها اما اذا اقيمت الى الخمر فلا بأس به كما في الكلب والميتة ولو القى الدردي في الخل كره بأس به لانه يصير خلا لكن يباح حمل الخل اليه لا عكسه لما قلنا **قال** ولا يحد شاربه اى شارب الدردي ان لم يسكر وقال الشافعي رح يحد لانه شرب جزءا من الخمر ولنا ان قليله لا يدعو الى كثيره لما في الطباع من النبوة عنه فكان ناقصا فاشبه غير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر ولان الغالب تحمله النفس فصار كما اذا غلب عليه الماء بالامتزاج ويكره الاكل من الخمر واقطارها في الادهان لانه انتفاع بالمحرم ولا يجب الحد بعدم الشرب وهو السبب لو جعل الخمر في عجين ثم طبخ لا يؤكل تنجسا بها ولا يحد ما لم يسكر منه لانه اصابه الطبخ ويكره اكل خبز عجن بالخمر لقيام اجزاء الخمر فيه **فصل** في طبخ العصير الاصل ان ما ذهب بعلاجه بالنار دون ثلثيه يحل كان لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثي ما بقي ليحل الثلث الباقي مثاله عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق بالوزيد يطبخ الباقي حتى يذهب ستة بعلاجه بالنار دون ثلثيه يحل كان لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثي ما بقي ليحل الثلث الباقي مثاله عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق بالوزيد يطبخ الباقي حتى يذهب ستة دوارق ويبقى الثلث فيحل لان الذي يذهب ذبل اهل العصير اذا ما كان جعل كان العصير تسعة دوارق فيكون ثلثها ثلاثة واصل آخر ان العصير اذا صب عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بماء ان كان الماء مستهلكا فذاب الرقيق وتطاير قبل ان يطبخ اليا بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لان الذاهب اولا هو الماء والباقي في العصير فلا بد من ذهاب ثلثي العصير

ان ذهابها قطعي لم يثبت لان عدم ذهابها قطعي فلما لم يثبت ذهابها على القطع والثبات بل احتمل ان يكون الذاهب اقل منها بان يذهب الماء اولا لاطافته قلنا بحرمته شرب ذلك العصير احتياطا بناء على ان الحرمة تثبت بالشبهة فلا محل للبحث المذكور والفرق بين تعلق القيد بالنفي وبين تعلقه بالمنفي في امثال هذا المقام اصل كثير قد نبه عليه في مواضع شتى من علم البلاغة فكيف خفي على ذلك الفاضل **قوله** ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر او بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه قال صاحب غاية البيان ولنا في قوله او بين التمر والزبيب نظر لان ماء الزبيب كماء التمر يكتفى فيها بادنى طبخة وقد صرح بذلك القدوري قبل هذا وهو قوله ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حل وان اشتد انتهى اقول وقول القدوري بعده ولا باس بالخليطين اظهر في ترويح نظر صاحب الغاية من قوله ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حل وان اشتد اذ لقائل ان يقول يجوز ان يكون في الاجتماع ما لا يكون في الانفراد فلا يستلزم الحل في الثاني الحل في الاول وقد تشبث صاحب الغاية في ترويح نظره لقول القدوري الاول ولم يتعرض لقوله الثاني وكان صاحب الكافي فهم ركاكة فيما ذكره المص هنا حيث غير عبارته في الصورة الثانية فقال ولو جمع بالطبخ بين العنب والتمر او بين العنب والزبيب لا يحل ما لم يذهب بالطبخ منه ثلثاه انتهى ويحتمل ان يقع لفظ التمر في قول المص او بين التمر والزبيب بدل لفظ العنب سهوا من نفس المص او من الناسخ الاول الا انه يبقى نوع قصور في التعليل الذي ذكره هنا عن افادة المدعى في الصورة الثانية على كل حال اذ لم يتعرض بالزبيب في التعليل فتدبر واعلم ان تاج الشريعة وجد ما وقع في نسخ الهداية ههنا حيث قال فان قلت هذا المعنى لا يتاتى في التمر والزبيب على ما قال في المختصر انه يكتفى فيهما بادنى طبخة قلت ان هذا على ما روى هشام في النوادر عن ابي حنيفة وابي يوسف انه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ انتهى واقتفى اثره العيني قلت ويؤيده ما ذكر في الفصل الثاني من كتاب الاشربة من المحيط البرهاني حيث قال فيه واذا طبخ الزبيب ادنى طبخة فهو النبيذ ويحل شربه ما دام حلوا واذا غلا واشتد وقذف بالزبد فعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف رح في ظاهر الرواية يحل الشرب وعلى قول محمد والشافعي رح لا يحل وروى هشام في نوادره عن ابي حنيفة وابي يوسف انه ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ لا يحل انتهى

فصل في طبخ العصير قال جماعة من الشراح لما كان طبخ العصير من اسباب منعه عن التخمر الحقه بالاشربة تسهيلا للالتقائها هو حلال على حاله وقال بعضهم لما ذكر فيما تقدم ان العصير لا يحل ما لم يذهب ثلثاه شرع ههنا بين كيفية طبخ العصير الى ان يذهب ثلثاه **قوله** لان الذي يذهب زيدا هو العصير او ما يزيد ما كان جعل كان العصير تسعة فيكون ثلثاها ثلثة اقول فيه بحث وهو ان وجه العصير تسعة دوارق على تقدير ان يكون الذاهب زيدا هو العصير غير ظاهر اذ لا يكون ح فرق بين الذاهب زيدا من عشرة دوارق وبين الباقي منها في كونها عصيرا فاذا جاز اعتبار بعض منها وهو الذاهب زيد في حكم العدم بلا امر يوجبه فلم لا يجوز اعتبار بعض من التسعة الباقية منها النصفي حكم العدم عند ذهابه بالطبخ والاظهر في تعليل هذا الاصل ان يقال لان الذي يذهب زيدا جعل كان لم يكن لان الزبد ليس بعصير فصار كما لو صب فيه دورق من ماء ولو كان كذلك لم يعتبر الماء كذلك هذا ويفصح عن ذلك ما ذكره صاحب الغاية نقلا عن اصل محمد رحمه الله حيث قال قال محمد في الاصل عشرة دوارق

وان كان يذهب ثلثا ويبقى ثلثه يطبخ حتى يذهب ثلثان ماء وعصير فالثلث الباقي ماء وعصير فصار كما اذا ذهب الماء فيه بعد ما ذهب من العصير ثلثاه فيبقى عشرة ودرق من عصير وعشرون ودرقا من ماء ففي الوجه الاول يطبخ حتى يبقى تسع المرتل لان ثلث العصير في الوجه الثاني حتى يذهب ثلثا الكل لما قلنا وذلك بذهاب ثمانية ودرقين وثلثي درق من ماء وعصير فيبقى مع الثلثين يبقى الثلث لان النار تفعل في الثلثين ما تفعل في الكل فيبقى من العصير اربعة دراهم وثلثا درهم وثلثا درق من الماء فيكون الباقي بعد الطبخ قبل ان ينقسم على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ ثلاثة عشر درهما وثلث درهم وثلثا درق ثم ينقسم على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ قبل ان ينقسم ثلاثة وثلاثون درهما وثلث درهم وثلثا درق ثم يقسم العشرون على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل ان ينقسم ثلثه فيخرج من كل عشرة درهمان وثلثا درهم وثلثا درق فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل ان ينقسم منه شيء وذلك تسعة فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وثلثان فهو فان الحلال ما بقي منه رطلان وتسعان وعلى هذا تخرج المسائل ولها طريق آخر وفيما اكتفينا به كفاية وهداية الى تخريج غيرها من المسائل والله اعلم بالصواب

كتاب الصيد

الصيد الاصطياد ويطلق على ما يصاد والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا

وعصير نصب في قدر فطبخ فتعلق فتقارف بالزبد فجعل يأخذ ذلك الزبد حتى جمع من ذلك الزبد قدر درق ثم طبخ الباقي حتى بقي ثلثه دوارق وهو ثلث الباقي بعد الدرق الذي اخذ منه وذلك لان ما اخذ من الدرق زبد فجعل كأنه لم يكن لان الزبد ليس بعصير واذا لم يكن الزبد عصيرا يعتبر بما لو كان نصب فيه درق من ماء ولو كان كذلك لا يعتبر الماء وانما يعتبر العصير وهي تسعة دوارق فكذلك هذا الى ههنا لفظه **قوله** وفي ما اكتفينا به كفاية وهداية الى تخريج غيرها من المسائل

قلت فيه ايهام لطيف لكتابة المسمى احدهما بكفاية المنتهى والاخر بالهداية

كتاب الصيد

قال صاحب غاية البيان مناسبة كتاب الصيد بكتاب الاشربة من حيث ان كل واحد من الاشربة والصيد من المباحات التي تورث السرور والنشاط في الادمي الا ان السرور في الاشربة المباحة اكثر لانه بامر يدخل في الباطن والسرور في الصيد بامر خارجي فكان الاول اقوى وصار بالتقديم اولى انتهى اقول فيه نظر اما اولا فلان وضع كتاب الاشربة لبيان الاشربة المحرمة دون الاشربة المباحة والا لذكر فيه كل اشربة مباحة على التفصيل مع انه لم يذكر فيه من الاشربة المباحة الا نبذ قليل له مناسبة مع بعض الاشربة المحرمة في وجه ما حتى وقع لاجله الخلاف من بعض العلماء في حله على انهم صرحوا في اول كتاب الاشربة بان الاشربة جمع شراب والشراب عند اهل الشرع اسم لما هو حرام من المائعات فما معنى قوله ان كل واحد من الاشربة والصيد من المباحات التي تورث السرور واما ثانيا فلان ما ذكره ههنا لا يناسب ما ذكره في اول كتاب الاشربة فانه قال هناك وذكر كتاب الاشربة بعد الشرب لمناسبة بينهما في الاشتقاق ولكن قدم الشرب لانه حلال والاشربة فيها الحرام كالخمر انتهى فقد جعل هناك وجه تاخير الاشربة عن الشرب حرمتها وجعل ههنا وجه مناسبتها بالصيد اباحتهما مع ايراث السرور فبين كلاميه في المقامين تنافر لا يخفى فالوجه الظاهر في مناسبة كتاب الصيد بكتاب الاشربة وفي تقديم الاشربة على الصيد ما ذكر في الشروح الاخر فراجعها **قوله** الصيد هو الاصطياد ويطلق على ما يصاد يعني ان الصيد مصدر بمعنى الاصطياد وهو اخذ الصيد كالاحتطاب هو اخذ الحطب ثم يراد به ما يصاد مجازا اطلاقا لاسم المصدر على المفعول وهو الممتنع الوحش عن الادمي باصل الخلقة ماكولا كان او غير ماكول كذا في غاية البيان قال في الخلاصة وانما يحل الصيد بخمسة عشر شرطا خمسة في الصياد وهو ان يكون من اهل الزكوة وان يوجد منه الارسال وان لا يشارك في الارسال من لا يحل صيده وان لا يترك التسمية عمدا وان لا يشتغل بين الارسال والاخذ بعمل وخمسة في الكلب منها ان يكون معلما وان يذهب على سنن الارسال وان لا يشارك في الاخذ ما لا يحل صيده وان يقتله جرحا وان لا يأكل منه وخمسة في الصيد منها ان لا يكون متقويا بانيابه او مخلبه وان لا يكون من الحشرات وان لا يكون من نبات الماء سوى السمك وان يمنع نفسه بجناحيه او قوائمه وان يموت بهذا قبل ان يوصل الى ذبحه انتهى وذكرت هذه الشروط في النهاية وغاية البيان ايضا نقلا عن الخلاصة وذكرها صاحب العناية ايضا وقال كذا في النهاية ماسويا الى الخلاصة وقد بعض الفضلا في واحد من باب تيك الشروط حيث قال قوله وان يموت بهذا قبل ان يوصل الى ذبحه مستدركا بعد قوله وان يقتله جرحا انتهى اقول لا استدراك فيه لان الشرط الذي اريد بقوله وان يقتله جرحا ليس مجرد قتله بل قتله جرحا والمقصود منه الاحتراز عن قتله خنقا فانه لا يحل اكله كما ستقف عليه وكذا الشرط الذي اريد بقوله او يموت بهذا قبل ان يوصل الى ذبحه ليس مجرد موته بل موته

ولقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما وقوله عليه السلام لعدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وان اكل منه فلا تأكل لانه انما امسكه على نفسه وان شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك وعلى اباحته انعقد الاجماع ولانه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استبقاء المكلف وتمكنه من اقامة التكاليف فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب ثم جملة ما يتوصل به الكتاب فصلان احدهما في الصيد بالجوارح والثاني في الاصطياد بالرمي **فصل** في الجوارح **قال** يجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة وفي الجوامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا ان تدرك ذكاته

قبل ان يوصل الى ذبحه اذ لو مات بذلك بعد ان ارسل المرسل الى ذبحه لم يحل اكله ان لم يذبحه المرسل كما ستعرفه ايضا ولا شك ان اشتراط ان يقتله الكلب جميعا لا يغني عن اشتراط ان يموت الصيد بجرح الكلب قبل ان يصيل المرسل الى ذبحه لجواز ان يقتله الكلب جرحا بعد ان يصيل المرسل الى ذبحه فلم يحل اكله فلا بد من بيان الشرط الاخر ايضا على الاستقلال وطعن صاحب العناية في جملة ما نقل عن الخلاصة حيث قال فيه تسامح لان هذا شرط الاصطياد والاكل بالكلب لا غير على انه لو انتفى بعضه لم يحرم كما لو اشتغل بعمل لكن ادركه حيا فذبحه وكذا اذا لم يمت بهذا الكلب فذبحه فاذ صيد وهو حلال انتهى اقول يمكن ان يعتذر عما ذكره في علاوته بان الكلام في شرائط حل الصيد المحض وهو الذي لم يدركه اصطيادا حيا بل مات بجرح آلة الصيد كالكلب والسهم والرمي وصار مذبوحا بالذبح الاضطراري وما ادركه حيا فذبحه لا يكون صيدا محضا بل يصير ملحقا بسائر ما يذبح بالذبح الاختياري فيكون خارجا عن محل الاشتراط وطعن بعض الفضلاء في قول صاحب العناية فيه تسامح لان هذا شرط الاصطياد والاكل بالكلب حيث قال فيه تسامح بل شرط حل الصيد اقول الظاهر ان مراد صاحب العناية بالاصطياد في قوله لان هذا شرط الاصطياد والاكل هو الاصطياد الشرعي وهو ما كان حلالا فيؤول معنى قوله شرط الاصطياد الى شرط حل الصيد فان عد هذا تسامحا فهو من قبيل التسامح في التعبير بناء على ظهور المراد ولا يبالى بمثله بخلاف ما ذكره صاحب العناية من التسامح في كلام صاحب الخلاصة فانه راجع الى المعنى تدبر تفهم ثم قصد ذلك البعض دفع ما ذكره صاحب العناية في علاوته حيث قال مراد صاحب الخلاصة بيان شرائط حل صيد قتله الكلب ولم يكن فيه الة غيره فتامل انتهى اقول لا يذهب عليك ان كلام صاحب الخلاصة مع عدم مساعدته لهذا التقييد وعدم قيام قرينة عليه لا يدفع كون مراده هذا المعنى التسامح الذي حاصله التقصير في البيان فانه لا وجه لبيان شرائط حل نوع مخصوص من انواع الصيد وترك بيان شرائط سائر انواعه بلا ضرورة داعية اليه **قوله** ولقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما مد التحريم الى غاية فيقتضي الاباحة فيما وراء تلك الغاية كذا قالوا واعترض عليه صاحب العناية حيث قال فيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة انتهى اقول لانه ان مفهوم الغاية ليس بحجة بل هو حجة بالاتفاق كما نص عليه العلامة التفتازاني في التلويح في باب المعارضة والترجيح بصدد بيان المخلص لرفع التعارض بين قراءة التشديد وقراءة التخفيف في قوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن

فصل في الجوارح قدم فصل الجوارح على فصل الرمي لان الة الصيد هنا حيوان وفي الرمي جماد وللحيوان فضل على الجماد والفاضل يقدم على المفضول كذا في الشروح **قوله** وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا ان تدارك ذكوته قال صاحب العناية انما اورد رواية الجامع الصغير لقوله ولا خير فيما سوى ذلك اي فيما سوى المعلمة من ذي الناب والمخلب فان رواية القدوري تدل على الاثبات لا غير ورواية الجامع الصغير تدل على الاثبات والنفي جميعا انتهى اقول فيه شيء اذ قد صرحوا في شروح هذا الكتاب وغيرها بان تخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بالاتفاق فرواية القدوري ايضا تدل على اثبات جواز الاصطياد بما ذكر ونفي جوازه بما سوى ذلك فلم يتم قوله ان رواية القدوري تدل على الاثبات لا غير اللهم الا ان يكون مراده ان رواية القدوري تدل بمنطوقها على الاثبات لا غير وان دلت بمفهومها على النفي ايضا وان رواية الجامع الصغير تدل بمنطوقها على الاثبات

والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين

والنفي معا لكن لا يظهر في ايراد رواية الجامع الصغير كثير نفع كما لا يخفى قال جماعة من الشراح انما ذكر في الجامع الصغير بلفظ الاباس مع ثبوت اباحة الاصطياد بالكتاب لان قوله تعالى وما علمتم من الجوارح قد خص منه البعض وهو الخنزير والاسد والذب والنص اذا خص منه البعض يصير ظنيا فتتمكن فيه الشبهة كما عرف في الاصول فلذلك ذكر بلفظ لا باس انتهى اقول فيه نظر لان الخنزير مخصوص من النص المذكور بالعقل لانه نجس العين والعقل يدل على عدم جواز الانتفاع بالنجس وقد عرف في علم الاصول ان النص الذي خص منه شيء بالعقل لا يصير ظنيا بل يكون قطعيا لكونه في حكم الاستثناء وقد اشار اليه النص بقوله فيما بعد والخنزير مستثنى لانه نجس العين ولا يجوز الانتفاع به واما الاسد والذب فليسا بداخلين تحت النص المذكور لانهم صرحوا بان الاسد والذب لا يصلحان للتعليم لانهما لا يعلمان للغير فلم يدخلا تحت قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ولا يخفى ان تخصيص شيء من شيء فرع دخوله فيه اولا فاذا لم يدخلا في النص المذكور لم يكونا مخصوصين منه ولين سلم كل من تلك الثلثة مخصوصا من النص المذكور وكون تخصيص كل واحد منها منه بالكلام المستقل دون العقل فلا نسلم كون ذلك النص بعده ظنيا اذ قد تقرر في علم الاصول ان العام الذي اخرج منه البعض بكلام مستقل انما يصير ظنيا اذا كان المخرج موصولا بذلك واما اذا لم يكن موصولا به فيكون قطعيا في الباقي ويطلق على مثل هذا الاخراج في عرف اهل الاصول النسخ دون التخصيص ولا شك ان مخرج تلك الجوارح الثانية من النص المزبور ليس بموصول بذلك النص فلا يصير ظنيا لامحالة تبصر قوله والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين وذلك لانه عطف على الطيبات في قوله تعالى قل احل لكم الطيبات اي احل لكم الطيبات وصيد ما علمتم من الجوارح فحذف المضاف كذا في الكافي والشروح قال صاحب العناية بعد ذلك فيه نظر لان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم والجواب ان في لك اذا لم يدل الدليل على القران وههنا قد دل فان قوله تعالى قل احل لكم الطيبات جواب عن قوله تعالى يسالونك ماذا احل لهم فان لم يكن وما علمتم من الجوارح مقارنا له لم يكن ذكره على ما ينبغي انتهى اقول نظره فاسد وجوابه كاسد اما الاول فلان اشتراك المعطوف مع المعطوف عليه في الحكم السابق واجب لامحالة مقرر في علم النحو بلا ارتياب فيلزم في الآية المذكورة الاشتراك في حكم الاحلال ضرورة وقول الاصوليين القران في النظم لا يوجب القران في الحكم ليس بانكار لمثل هذه القاعدة المقررة في علم النحو بل معناه ان مجرد المقارنة في النظم لا يوجب المقارنة في الحكم بدون ان تحقق امر مقتض للمقارنة في الحكم ايضا وفيما نحن فيه قد تحقق ذلك وهو قضية العطف واما الثاني فلان للسائل ان يقول بما يلزم من ان لا يكون وما علمتم من الجوارح مقارنا لاحل لكم الطيبات ان لا يكون ذكره على ما ينبغي ولو كان وما علمتم من الجوارح داخلا تحت جواب قوله تعالى يسالونك ماذا احل لهم ومن يقول ان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم كيف يسلم ذلك بل للقائل ان يجوز ان يكون جواب ذلك قل احل لكم الطيبات فقط ويكون ما بعده كلاما مستقلا مسوقا لبيان حكم جديد ولا فائدة فائدة اخرى ثم قال صاحب العناية ويجوز ان يكون وما علمتم من الجوارح شرطية وجوابه فكلوا مما امكن عليكم وهو سالم عن الاعتراض المذكور فالحمل عليه اولى انتهى اقول في تفريع قوله فالحمل عليه اولى نظر لان الاعتراض المذكور لا يرد على معنى الآية بالتفسير الاول بل على الاستدلال به على مسئلتنا بعده ولا يخفى ان تعين معنى الآية او جحان احد محتمليها لا يتوقف على تمام الاستدلال بها بل الامر بالعكس فما معنى تفريع قوله فالحمل عليه اولى

والجوارح التواسب تأول والمكلبين المسلطين متناول الكل بعمومه دل عليه ما روينا من حديث عدي رضي الله عنه وسمى الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد وعن ابي يوسف لا حد يستثنى من ذلك الا الاسد والذئب لانهما لا يعلمان لعدم الفهم والتعلم والذئب بخاسته والحق بهما سبع الحدأة لخباسته والخنزير مستثنى لانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به ثم لا بد من التعليم لان ما لم يتعلم من السبع لم يتناوله اسم الكلب والحديث به وبالارسال لانه انما سمي آلة بالتعليم ليكون عاملا له فيسترسل بارساله ويمسكه عليه قال تعليم الكلب ان يترك الاكل ثلث مرات وتعليم البازي ان يرجع بدعوته اذا دعوته وهو ما ثور عن ابن عباس رضي الله عنهما ولان بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه ولان اية التعليم ترك ما دربه الوفه عادة والبازي متوحش متنفر فكانت الاجابة اية تعليمه اما الكلب فهو الوف يعتاد الانتهاب فكان اية تعليمه تركه ما الوفه من الاكل وهذا استحسان وفي القياس لا يشترط ترك الاكل ثلثا وهذا عندهما وهو رواية عن ابي حنيفة رحمهم الله لان فيما دونه شبهة الاعتياد فلعله ترك مرة او مرتين شبعا فاذا ترك ثلثا دل على انه صار عادة له وهذا لان الثلث مدة ضربت لاداء حق الخيار وابائه لاعذارا كما في مدة الخيار وفي بعض نسخ الهداية لان الكثير والذي يقع اما تارة على العدد من القليل والجمع هو الكثير فلو ناط الثلث فقد ناط بها عند ابي حنيفة ما يقع على ما ذكرناه الاصل لا ثبت التعليم بما يقع على ثلث مرات الله معلم ولا يقدر بالثلث لان المقادير لا تعرف اجتهادا بل نصا وسماعا ولا سمع فيفوض الى راي المبتلى به كما هو اصله في جنسها وفي الرواية الاولى عنده يحمل على اصطياده ثلثا وعندهما لا يحل ابدا ما لم يصر معلما بعد تمام الثلث وقبل التعليم غير معلم فكان الثالث صيدا كل جاهل وصار كالنصراني للبازي شرعا سكوت المحل لو قاله اية تعليمه عنده فكان هذا صيدا جارحة معلمة بعد ذلك المسئلة لان الاكل دون الاعلام ولا يتحقق دون علم العين ذلك بعد المباشرة قال اذا ارسل كلبه المعلم او بازيه وذكر اسم الله تعالى فاخذ الصيد وجرحه فمات حل اكله لما روينا من حديث عدي رضي الله عنه ولان الكلب البازي آلة والذبح لا يحصل بجرح الآلة الا بالاستعمال وذلك فيما بالارسال فنزل منزلة الرمي واوامر السكين فلا بد من التسمية عنده ولو تركها ناسيا حل ايضا على ما بيناه وجرحه متروك التسمية عامدا في الذبائح ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية ليتحقق الذكاة لاضطرارية وهو الجرح في اي موضع كان من البدن بانتساب ما وجد من الآلة اليه بالاستعمال

على قوله وهو سالم عن الاعتراض المذكور قوله والجوارح الكواسب في تاويل المكلبين المسلطين يعني تناول الكل بعمومه دل عليه ما روينا من حديث عدي بعض قال صاحب العناية واستدل المص على صحة التاويل بعموم حديث عدي بن حاتم اقول لا صحة لهذا الكلام اذ لا يذهب على ذي مسكة ان ليس مقصود المص بيان صحة تاويل دون تاويل اخر اذ لا تنافي بين التاويلين كما سيجيء في الكتاب وايضا عموم حديث عدي لا ينافي التاويل الاخر وهو ان يكون الجوارح هي التي تخرج من الجارحة بل يوافقه ايضا فما معنى الاستدلال بعمومه على صحة تاويل دون آخر فالظاهر ان مراد المص بقوله دل عليه ما روينا من حديث عدي انما هو الاستدلال على تناول ما في الاية الكل بحديث عدي بن حاتم فالمعنى دل على تناول الكل ما روينا من حديث عدي وبينه بقوله واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد لكن بقي شيء في كلام المص وهو ان الحد في جواز الاصطياد بكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فالمراد بالتناول في قوله فيتناول الكل بعمومه انما هو التناول الكل ما في المدعى ولا يخفى ان حديث عدي لا يدل عليه لانه لا يتناول جوارح الطيور وانما يتناول جوارح السباع على تقدير ان يراد بالكلب المذكور فيه كل ذي سبع دون النوع المعين المعروف قوله لان ما تلوناه من النص ينطلق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال اقول فيه نوع شبهة لان كون ما تلاه من الاية ناطقا بالتعليم وما رواه من الحديث ناطقا بالتعليم وبالارسال مما لا كلام فيه واما كون ما تلاه من الاية ناطقا باشتراط التعليم وكون ما رواه من الحديث ناطقا باشتراط التعليم كما هو المدعى ههنا وباشتراط الارسال ايضا فليس بظاهر وانما يدلان على الاشتراط المذكور بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا في الادلة الشرعية كما عرف ولان اية التعليم ترك ما الوفه عادة والبازي متوحش متنفر فكانت الاجابة اية تعليمه واما الكلب فهو الوف عادة يعتاد الانتهاب فكان اية تعليمه تارك ما الوفه وهو الاكل والانتهاب قال صاحب النهاية ولكن هذا الفرق لا ياتي في الفهد والنمر فانه متوحش كالبازي ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء فالمعتمد هو الاول كذا في المبسوط انتهى وقفى اثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية وزعم صاحب العناية انه ليس لوارد حيث قال فيه نظر لان هذا الفرق لا ياتي في الفهد والنمر فانه متوحش كالبازي ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء فالمعتمد هو الاول وليس لوارد لانه انما ذكره فرقا بين الكلب والبازي لا غير وذلك صحيح واذا اريد الفرق عموما فالمعتمد هو الاول الى ههنا لفظه اقول ما قاله غير وارد وتوجيه كاسد لان اسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع كما ذكره المص فيما مر انفا والظاهر ان المراد بالكلب في المدعى ههنا هو المعنى العام لكل سبع لا الكلب المخصوص والا يلزم ان يترك بيان حال تعليم سائر السباع بالكلية والمراد في التعليل ايضا هو الفرق عموما والذي يفيد الفرق عموما هو التعليل الاول دون الثاني فالمعتمد هو الاول كما ذكره في عامة المعتبرات حتى المبسوط ثم ان بعض الفضلا بعد ان تنبه لما فيما قاله صاحب العناية من الركاكة قال ولعل الاولى ان يجاب بانه لما كانت ذوات الناب كلها جنسا واحدا وكان اكثرها يستعمل منها في الصيد اعم فاعم ان في طبع غيره الالف ايضا على ما تراه في الذئب والاسد وغيرهما اذا رمى من صغره في البيت بخلاف جوارح الطير بجعل الكلب في حكم واحد في التعليم يعني اذا حكم التعليم على جنس الكلب تيسر كما في نظائره فليتامل انتهى اقول ليس هذا ايضا ببعيد اذ بعد ما تقرر ان الفهد والنمر مما لا ياتي فيه الالف بل هما متوحشان كالبازي

وذلك ظاهر تحقيقه تعالى وما علم من الجوارح ما يشير الى اشتراط الجرح لغة ومن الجرح بعض الجراحة في تاويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه وكذا نافي وفيه اخذ باليقين وعن ابي يوسف رح انه لا يشترط رجوعا الى التاويل الاول وجوابه ما قلنا قال فان كل منه الكلب المعلم لا يؤكل وان اكل منه البازي اكل بعقرته ما يشاء في دلالة التعليم خروجه بما رويناه من حديث عدي رضي الله عنه وهو حجة على مالك وعلى الشافعي رح في قوله القديم في احد قوليه اذا اكل الكلب منه دليل انه صاد صيدا لنفسه فلا يؤكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد لانه علامة الحل ولانا بينا صيده بعد لا حتى يتعين معلما على اختلاف الروايات كما بيناه فلا بد لانا بتداء ولما الصيد الذي اخذها من قتل فما ادركها لا تقدر المحرمة فيه لانعدام المحلية وما يلي محرم ان كان في المفازة بان لم يقدر صاحبه بعد ثبتت الحرمة فيه بالاتفاق وما دام محرما في بيته محرم عندنا خلافا لهما ولا يقال ان الاكل ليس بدليل على الحل فيما تقدم لان الحرمة قد تنسى وكان فيها احرازه قد انعدم الحكم فيه بالاحتمال وقد لا ينقض باحتمال مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف غير المحرم لانه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيدا من وجه بعد عدم الاحراز فحرمناه احتياطا ولانه اية تحمل من الابتداء لان الحرفة لا تنسى اصلها فاذا اكل تبين انه كان تركه الاكل للشبع لا للعلم وقد قال الاجتهاد قبل حصول المقصود لانه بالاكل فصار كتبدل الاجتهاد الفائت قبل القضاء ولان صفرا فرق من صاحبه فلك حينا ثم صاد لا يؤكل صيده لانه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب اذا اكل من الصيد ولو ضرب الكلب من حم الصيد ولم يأكل منه اكل لانه مسماك للصيد عليه وهذا من غاية عمله حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وامسك عليه ما يصلح له ولو اخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة والقاها اليه فاكلها لا يؤكل ما بقي

لا يكون جعل انواع الكلب كلها في حكم واحد واداره حكم التعليل على جنس الكلب من باب التيسير بل يكون من باب التعسير والتشديد اذ يلزم اذ ذاك ان يحمل على المتوحش ما يحمل على الالوف وهو غير ميسر لا محالة ثم اقول بقي شئ في التعليل الاول ايضا وهو انه قد ذكر في عامة الكتب ان شمس الائمة السرخسي قال ناقلا عن شيخه شمس الائمة الحلواني للفهد خصال ينبغي لكل عاقل ان يأخذ ذلك منه وعد منها انه لا يتعلم بالضرب ولكن يضرب الكلب بين يديه اذا اكل من الصيد فيتعلم بذلك فقد ظهر منه ان تحمل بدن الفهد للضرب لا يجدي شيئا في حق تعليمه وقد كان مدار الفرق بين البازي والكلب في التعليل الاول هو ان بدن البازي لا يحمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيرد عليه ان مجرد احتمال بدن الكلب للضرب لا يفيد المدعى في حق الفهد اذ هو غير مؤثر في حق تعليمه فتامل قوله وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير الى اشتراط الجرح اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تاويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي وفيه اخذ باليقين وذلك لان النص اذا ورد وفيه اختلاف المعاني فان كان بينها تنافي يثبت احدها بدليل يوجب ترجيحه لا الجميع وان لم يكن بينها تنافي يثبت الجميع اخذا باليقين كما في قوله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن قيل اريد به الحبل وقيل الحيض والصحيح انهما مراد لان لا تنافي بينهما فكذا ههنا لا تنافي بين الكسب والجراحة كذا في عامة الشروح قال صاحب النهاية فاقول على ما قالوا يلزمه عموم المشترك في موضع الاثبات وهو فاسد انتهى وذكره صاحب العناية على وجه البسط والتوسيع حيث قال فيه نظر لان الجرح اما ان يكون مشتركا بين الكسب والجرح الذي يحصل به الجراحة او يكون حقيقة في احدهما مجازا في الاخر والمشترك لا عموم له والجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا لا يجوز بخلاف قوله تعالى ما خلق الله في ارحامهن فانه لفظ عام يتناول الجميع بالتواطي الى هنا كلامه اقول يمكن الجواب عنه بان مراد المص من قوله يحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه انه يجمع في الاعتبار والعمل بين كلا محتملي النص المذكور من التاويلين لعدم التنافي بينهما وفيه اخذ باليقين اذ يوجد في المجموع كل واحد منهما فاي منهما يراد في النظم الشريف كان ماخوذا في الاعتبار والعمل وليس مراده ان كلا التاويلين يراد ان بلفظ واحد في النص المذكور حتى يلزم عموم المشترك في الاثبات او الجمع بين الحقيقة والمجاز وصاحب العناية لزعمه ان مراده هم هو الثاني قال في تفسير قول المص فيحمل على الجارح الكاسب يعني يجمع في معنى الآية بين التاويلين وكان حق التفسير ان يقال يعني يجمع في الاعتبار والعمل بين التاويلين كما بينت عليه آنفا وقال صاحب معراج الدراية ههنا فان قيل فيه جمع بين الحقيقة والمجاز او عموم المشترك لان الجوارح اما ان تكون حقيقة في الكواسب او مجازا قلنا لا كذلك بل الجوارح اخص من الكواسب فلو كان المراد الكواسب الجوارح لا يلزم ذلك انتهى اقول جوابه ليس بسديد لان كون الجوارح اخص من الكواسب لا يدفع لزوم المحذور المذكور في السوال اذ لا شك ان مفهوم الاخص غير مفهوم الاعم والا يلزم ان يكون الشئ اخص منه نفسه وهو ظاهر البطلان ولا ريب ان اللفظ الواحد لا يطلق على المعنيين المتغايرين سواء كان احدهما اخص من الاخر ام لا الا بطريق الاشتراك او بطريق الحقيقة والمجاز فيلزم احد المحذورين المذكورين في السوال قطعا على تقدير ارادتهما عاما من لفظ واحد قوله وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدي اقول في كلامه نظر لانه ان ضمير هو في قوله وهو مؤيد ان كان

لانه لم يبق صيدا فصار كما اذا القى اليه طعاما غيره وكذا اذا وثب الكلب فاخذه منه واكل منه لانه ما اكل من الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد فصار كما اذا افترس شاته بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل ان يجرحه المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية ولو نهس الصيد فقطع منه بضعة فاكلها قيل يترك الصيد لقلة ما اكل منه ولو اكل لانه سبب كلب جاهل حيث اكل من الصيد والقى ما فحسب ثم قتل الصيد فقتله ولم ياكل منه واخذه صاحبه ثم قتل تلك البضعة فاكلها يؤكل الصيد لانه لو اكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره فاذا اكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه اولى بخلاف الوجه الاول لانه اكل في حالة الاصطياد وكان جاهلا فكان عسى كلبه نفسه وكان نفس البضعة قد تكون لما تكلها وقد يكون جلدة او اصطياد لضعف يقطع القطعة منه فيدركه فيأكل قبل الاخذ يدل على الوجه الاول وبعده على الوجه الثاني فلا يدل على جملة **قال** وان ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذبحه وان ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل لقوله تعالى الا ما ذكيتم والسهم لانه قد رعى الاصل قبل حصول المقصود بالكلب المقصود هو الاباحة ولم تثبت قبل موته فيطل حكم الكلب وهذا اذا تمكن من ذبحه اما اذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحركة فوق ما يكون في المذبوح لم يؤكل في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف يؤكل وهو قول الشافعي لانه لم يقدر على الاصل فصار كما اذا رمى الماء ولم يقدر على الاستعمال وجه الظاهر انه قدر اعتبارا لانه ثبت يده على المذبح وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتبار لانه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في امر الذبح فادير الحكم على ما ذكرناه بخلاف ما اذا بقي فيه من الحركة مثل ما يبقى في المذبوح لانه ميت حكما الا ترى انه لو وقع في الماء وهو على هذه الحالة لم يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبوح وفصل بعضهم فيه تفصيلا وهو انه ان لم تمكن لفقد الآلة لم يؤكل وان لم يتمكن لضيق الوقت يؤكل عندنا خلافا للشافعي لانه اذا وقع في يده لم يبق صيدا فيطل حكم الكلب الاضطراري وهذا اذا كان يرجو بقاءه اما اذا شق بطنه واخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حل لان ما في اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت وقيل هذا قولهما اما عند ابي حنيفة رح لا يؤكل ايضا لانه وقع في يده حيا فلا يحل الا بذكاة الاختيار ردا الى المتردية على ما ذكرناه انشاء الله تعالى اما ترك الذكاة فلانه ذكاة اضطرارية فلا يعمل عمل ذكاة الاختيار وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي يقع في البئر بطنه وفيه جرحة خفية او سبعة وعليه الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناء مطلقا من غير فصل عند ابي يوسف اذا كان بحال لا يعيش مثله لانه لم يكن به الا الذبح

راجعا الى الفرق كما هو الظاهر من اسلوب تحريره ير وعليه ان حديث عدي لا يفيد الفرق المذكور اصلا فانه انما يدل على ان لا يؤكل ما اكل منه الكلب ولا يدل على ان لا يؤكل ما اكل منه الباز ي وافادة الفرق انما تكون بالدلالة عليهما معا وان كان راجعا الى المضمون قوله فان اكل منه الكلب والفهد لم يؤكل كان حق قوله وهو مؤيد بما روينا ومن حديث عدي ان يذكر عقيب قوله فان اكل منه الكلب او الفهد لم يؤكل ولما وسط بينهما قوله وان اكل منه الباز ي اكل وقوله والفرق ما بيناه في دلالة التعليم كان الكلام قلقا كما لا يخفى **قوله** وهو حجة على مالك وعلى الشافعي في قوله القديم في اباحة ما اكل الكلب منه فان قيل روى ابو ثعلبة الخشني رض انه عليه السلام قال له في صيد الكلب كل وان اكل منه وذلك دليل واضح انهما تعارضا بانه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم فان الامساك عليهم ان لا يؤكل منه وحين اكل منه دل انه امسك على نفسه كذا في العناية اخذا من النهاية اقول يرد على هذا الجواب ان قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم انما يدل على اباحة اكل ما لم يأكل منه الكلب ولا يدل على عدم اباحة اكل ما اكل منه الا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بمعتبر عندنا كما عرف في علم الاصول فلم يتحقق التعارض بين ذلك الحديث وبين قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم حتى يلزم ان يترك العمل بالحديث لكونه خبرا واحدا لا يقال لم يصح هذا الجواب الزام الشافعي لان مفهوم المخالفة حجة عنده وهذا القدر كاف في صحة الجواب لانا نقول لا يصح الزامه ايضا لان من يقول بكون المفهوم حجة لا ينكر كون المنطوق اقوى منه فلا تحقق حكم التعارض عنده ايضا والحق عندي في الجواب عن اصل السوال ان يقال حديث ابي ثعلبة معارض لحديث عدي وحديث عدي مرجح على حديث ابي ثعلبة لان حديثه يحل ما اكل منه الكلب وحديث عدي يحرمه وقد عرف في اصول الفقه ان المحرم يرجح على المحل عند التعارض فيجعل ناسخا له فوجب العمل بحديث عدي دون حديث ابي ثعلبة **قوله** ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلما على اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء قال صاحب العناية اراد ما ذكره انه يحل عنده ما اصطاده ثالثا الى اخره روايتين لا غير رواية عن ابي حنيفة وهي حل ما اصطاده ثالثا ورواية عن ابي يوسف ومحمد وهي عدم حل ذلك وقد قال المص ههنا على اختلاف الروايات كما بيناها بصيغة الجمع فكيف يتصور ان يكون مراده ذلك فالصواب ان مراد المص بقوله ههنا على اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء وهو الاشارة الى ما ذكره فيما مر بقوله ثم شرط ترك الاكل ثلثا وهذا عندهما وهو رواية عن ابي حنيفة الى آخر ما ذكره في تلك المسالة فحينئذ تتحقق الروايات وينقسم صيغة الجمع كما لا يخفى **قوله** هما يقولان ان الاكل ليس بدليل على الجهل فيما تقدم لان الحرمة قد تنسى اقول الظاهر ما ذكره بعد هذا بقوله ولان فيما احرزه الخ ان يكون المذكور دليلا تاما لهما فيرد عليه انه تو تم لدل على ان لا تثبت الحرمة عندهما في كان غير محرز في المغازة ايضا لجريان هذا الدليل في ذلك ايضا مع انه تثبت الحرمة فيه بالاتفاق كما صرح به المص من قبل فتامل **قوله** وكذا اذا وثب الكلب فاخذه منه واكل منه لانه ما اكل من الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد فصار كما اذا افترس شاته قال صاحب العناية وطولب في الفرق بين ما وثب فاخذ من صاحبه واكل وبين ما اكل بعد ما قتل فان الصيد كما خرج عن الصيدية باخذ صاحبه جاز ان يخرج ايضا بقتله واجيب بانه اذا لم يتعرض بالاكل حتى اخذه صاحبه دل انه كان ممسكا على صاحبه

وقال محمد ان كان بعيش مثله فوق ما يعيش المذبوح يحل والا لا لان المعتبر الحياة عادة وبه كان يأخذ ابو حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله ان كان يعلم انه لو ترك لا يبلغ مكانا يذكى فيه ذكاة مستقرة لا يحل لان الظاهر انه يموت قبل ان يدركه وان كان يعلم انه لو ترك بلغ مكانا يذكى فيه ذكاة مستقرة يحل لان الظاهر انه يعيش حتى يدركه وان لم يكن فيه حياة مستقرة لا يحل لان الظاهر انه يموت قبل ان يدركه وان شك لا يحل لان الاصل في الميتة الحرمة وقد تعارض الظاهران فيرجع الى الاصل وهو الحرمة وكذا لو رماه فجرحه ثم غاب عنه ثم وجده ميتا ولم يدر ان موته بالرمية او بغيرها لا يحل لما بينا ولو رماه فجرحه ثم وجده حيا وقد تحامل عليه فمات لم يحل لان الظاهر انه مات بالرمية الاولى وكذا ل

وهو ان الفعل يرفع بما هو فوقه او مثله كما في نسخ الاصل والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه قال ولو ارسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر يؤكل لان الزجر دون الارسال لهذا لو تثبت به شبهة الحرمة فاولى ان لا يثبت به الحل وكل من لا تجزئه ذكاته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عامدا في هذا بمنزلة المجوسي ان ارسله احد فزجره مسلم فانزجرت هذه المسئلة بما من ما كل لان الزجر مثل الارسال في ثلاث لا يدان كان دونه من حيث الدماء عليه فهو فوقه من حيث الدم المكفف فاستويا تأخيرا لحل سحا ولو ارسل المسلم كلبه على صيد وسمى فاخرجه بيده وقد لا تقصد بيده فقتله اكل وكذا اذا ارسل كلبين توقد واحد منهما فقتله اكل لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التكليف فجعل عفوا ولو ارسل جارحين كل واحد منهما كلبا وتوقد احدهما وقتله اكل لما قلنا وللملك لو قد اول لان الاول اخرج عن حد الصيد بيده الان الارسال من الثاني حصل على الصيد والمعتبر في الاباحة والحرمة حالة الارسال فلم يخرج بخلاف ما اذا كان الارسال من الثاني بعد الجرح الذي وقع من سهم حتى لو ظن حتف صيد فرماه او ارسل كلبا او باز على صيد فاصاب صيدا ثم تبين ان الصيد حتف المسام اي صيد حل المساب كان لانه قصد لاصطياده وعن ابي يوسف رحمه الله خصص ذلك الجواب بالسهم لان الكلب والبازي قد يقتلان لا بالجرح وتعقبه الفقيه ابو الليث بان هذا خلاف السماع لانه يؤكل في جميع ما ذكرنا بخلاف السهم فانه يحرم ما لم يجرح لحديث عدي ولان الارسال فيه ليس للاباحة وجه ظاهر ان اسم الاصطياد لا يتحقق بالاكل فوقع الفعل اصطيادا وجرح فعل مباح في نفسه واباحة التناول ترجع الى المحل فتثبت بقدره فيحل ما يقتله الجارح دون ما يقتله السهم واذا وقع اصطيادا واصابه كانه رماه الى صيد فاصاب غيره وان تبين انه حتف اوحيوان اهلي لا يحل المنصاب لان الفعل ليس باصطياد والطير الذي من شانه ان يأوي البيوت اهلي والظبي الموثق بمنزلته لما بينا ولو رمى الى طائر فاصاب صيدا وهو لا يدري وحشي او انسي او ظبيا وحشيا وهو لا يدري وحشي حل الصيد لان الظاهر فيه التوحش ولو رمى الى بعير فاصاب صيدا لا يحل الصيد لان الاصل فيه الاستئناس فلو رمى الى سمكة او جرادة فاصاب صيدا حل في رواية عن ابي يوسف رحمه الله لانه نسب وفي اخرى عنه لا يحل لانه لا كاة فيها ولو اصاب السهم حية وقد ظن انه ادمي فاذا هو صيد حل لانه لا عبرة بظنه مع تعنته واذا سمى الرجل عند ما رمى الى كل ما اصاب اذا جرح السهم فمات لانه ذابح بآلة لكون السهم آلة فتشترط التسمية عند الرمي وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكاة وكذا من الجرح فيتحقق معنى الذكاة على ما بيناه **قال** فان ادركه حيا ذكاه وقد بينا حكمها وجوبها والاختلاف فيها في الفصل الاول فلا نعيد.

في ذيل هذا التعليل على ما قررناه مايهما معا بخلاف قوله لانه ميت حكما لانه تعليل لمحل الاكل ما بقي فيه من الحيوة مثل ما ينفي في المذبوح لا فرق ما بين المذبوح وما لا يبقى فيه من الحيوة فوق ما يبقى في المذبوح مما لا يعيش فوق ما يعيش المذبوح فتنتظم الاشارة اليه ههنا يقول على ما قررناه نعم **قوله** ووجه ان الفعل يرفع بما هو فوقه او مثله كما في نسخ الاصل والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه قال بعض الفضلاء لك ان تقول لا تمس الحاجة الى الدفع بل تكفي المشاركة في اثبات الحرمة او شبهها انتهى اقول ليس هذا بوارد لان الارسال اصل والزجر تبع والتبع لا يعدو مشاركا للاصل في تثبت الحكم وقد اشار اليه المص في تعليل المسالة السابقة حيث قال لان فعل الثاني اثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع انتهى ولين سلم مشاركة الزجر للارسال فلا تم كفاية مجرد المشاركة في اثبات الحرمة او شبهها بل لابد من ان يكون اللاحق وهو الزجر ههنا اقوى من السابق او مساويا له حتى يرفع به السابق واما اذا كان ادنى منه فلا تاثير له في الحكم وقد اشار اليه المص في تعليل المسالة اللاحقة حيث قال لان الزجر دون الارسال ولهذا لو تثبت به شبهة الحرمة فاولى ان لا يثبت به الحل انتهى قال في العناية ونوقض بالمحرم اذا زجر كلب حلال فانه يجب عليه الجزاء وجيب بان الجزاء في المحرم بدلالة النص فانه اوجب عليه الجزاء بما هو دونه وهو الدلالة فوجب بالزجر بطريق الاولى انتهى اقول لقائل ان يقول ان هذا الجواب لا يدفع النقض المذكور بل يقويه فانه اذا ثبت بدلالة النص وجوب الجزاء على المحرم في الصورة المذكورة انما ثبت بدلالة النص على خلاف القياس بناء على ان القياس يترك بالنص وهذا لا يقدح في كلية الاصل المذكور المبني على القياس تفكر **قوله** وان لم يرسله احد فزجره مسلم فانزجر فاخذ الصيد فلا باس بالكل لان الزجر مثل الانفلات قال جمهور الشراح يعني من حيث ان كل واحد غير شرط في حل الصيد بخلاف الارسال انتهى اقول ليس هذا الشرح سديدا عندي اذ لم يكن الكلام فيما سبق في كون الفعل الغير المشروط في حل الصيد مرفوعا بما هو مشروط في حله او بما هو مثله بل كان الكلام في كون الفعل مرفوعا بما هو فوقه في القوة او بما هو مثله فيها كما في نسخ الاصل فالوجه ههنا ان يقال يعني ان الزجر مثل الانفلات في القوة والضعف وتعليل المص اياه بقوله لانه انكان دونه من حيث انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا بمنزلة الصريح فيما قلناه تبصر

فصل في الرمي لما فرغ من بيان حكم الآلة الحيوانية شرع في بيان حكم الآلة الجمادية وقد مر وجه تقديم الاول **قوله** والظبي الموثق بمنزلته قال اكثر الشراح منهم صاحب العناية اي بمنزلة الادمي اقول هذا التفسير ليس بجيد اذ الظاهر ان الظبي الموثق بمنزلة الحيوان الاهلي دون الادمي اذ لا مناسبة بين الانسان والحيوان بخلاف الحيوانين فان قلت المراد بكون الظبي الموثق بمنزلة الادمي مجرد كونه غير صيد كالادمي لا الاشتراك في جميع الاوصاف فلا محذور في جعله بمنزلة الادمي قلت لو كان مراد المص هذا المعنى لقال والطير الذي يأوي البيوت والظبي الموثق بمنزلته اذ لا فرق بينهما في مجرد كونهما غير صيد ولما فصل بينهما فقال والطير الذي يأوي البيوت اهلي والظبي الموثق بمنزلته علم ان المراد ليس مجرد ان لا يكون صيدا بل الاشتراك في بعض الاحوال ايضا فالوجه في تفسير قول المص والظبي

قال واذا وقع السهم بالصيد فغاب حتى مات بعد يوم او ليلة وفيه اثر سهمه او وجد في طلبه حتى اصابه ميتا اكل ان قعد عن طلبه حتى اصابه ميتا لقوله ﷺ كل ما ردى عليك سهمك فقتله الحديث ولانه اذا غاب عن عينه السلام انه كره اكل الصيد اذا غاب عن الرامي وقال لعل هوام الارض قتلته ولان الموت بسبب آخر قائم فما يتبقى ان يحل اكله كان للوهم في هذا كالمتحقق لما روينا ولانا اذا اسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة ان يصير الاصطياد عند ذلك اثخانا بغير ضرورة فهما اذا قعد عن طلبه لامكان التحرز عن توار يكون بسبب اصلي والذي روينا محمول على ما لبث بعد ما تواري عنه اذا امكنه ذلك لما تلونا من الدلائل وان لم يمكنه لا يحل وروي ذلك عن ابي يوسف رحمه الله وهو احد قولي الشافعي رحمه الله لانه مقدور عليه حكما لانه لو اتبعه لادركه فاشبه ما لو قدر عليه حقيقة وجه الظاهر ان الموت بسبب آخر قائم وهو الجوام والجراحة وهو الجواب في مسألة الكلب اذ فيه احتمال التوارى في جسم ما ذكرنا قال واذا رمى صيدا فوقع في الماء او وقع على سطح او جبل ثم تردى منه الى الارض لم يؤكل لانه للتردية وهو حرام بالنص ولانه احتمل الموت بغير الرمي لانه اجتمع سببان مبيحان وسببا محرما ولا ترجيح فيسقط من غير ترجيح وكذلك لو قتله عليه السلام لما بينا ولانه لا يمكن الاحتراز عنه وفي اعتباره سد باب الاصطياد بخلاف ما اذا قام لانه يمكن التحرز عنه فصار الاصل ان سبب الحرمة اذا اجتمعا واما كن التحرز عنه ترجح جهة الحرمة احتياطا وان كان لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه لان تكليف التحرز عنه تكليف بما لا يطاق او وقع على تخوم او حائط او اجرة فتردى منه او وقع على الارض فدرج منه حتى مات لما بينا قال او وقع على الارض فدرج منه حتى مات او توقع على رأس منصوب او قصبة قائمة او على حرف الجرة لاحتمال ان حدث الا شياء شيئا شيئا ولا يمكن الاحتراز عنه اذا وقع على الارض كما ذكرنا او اصاب ما هو في معناه كالحبل او نحو بيت او لبنة موضوعة او خشبة مستقرة عليها لان وقوعه عليه وعلى الارض سواء وذكر في المنتقى وقع على سقف بيت او بناء او على حبل او على شجرة فانشق بطنه او بكل لاحتمال الموت بسبب آخر وهو ما ذكرنا وجه الظاهر ان الشهيد رحمه الله جعل مطلق الموت في الاصل على تغير حالة الانشقاق وحمل شيخ الاسلام رحمه الله على ما اصابه حد السطح فانشق بطنه بذلك وحمل الاول على ما اذا لم يصبه حد السطح الا ما اصابه من الارض لو وقع عليها وذلك اصح ان كان الظهر ما فان كانت الجراحة لم تخرج الماء اكل وان لم تمس لا يؤكل كما اذا وقع في الماء قال وما اصابه المعراض بعرضه لم يؤكل وان جرحه يؤكل لقوله عليه السلام فيما اصاب بعرضه فلا تأكل ولانه لا يدمي الجرح فيتحقق معنى الوقاذ الا على ما قدمنا قال وكل ما اصابه المثقل مما ذكرنا انه يقتل بثقله ولا يجرح لانه في معنى الموقوذة وكذلك ان رماه بحجر فذبحه ذلك ان جرحه قاتل وان لا فلا وسواء كان ثقيلا في حد ذاته او لاحتمال انه قتل بثقله وان كان الجرح خفيفا في حد ذاته لحد لتعين الموت بالجرح لو كان الجرح خفيفا في حد ذاته وحمله طويلا كالسهم في حد ذاته فانه يحل لانه تقوم جرحه ولو رماه بحجر في حد ذاته ثقيل وهو لم يضع بضعا فانه لا يحل لانه قتل وقاذ كذا ذكره الطحاوي او وضع بضعا او قطع اوداجه كان الغرق تقطع بثقل الحجر كما تقطع بالقطع وقع الشك او لعله مات بثقل حجم فلم يحل لاحتمال الموت بسبب آخر وهو ما ذكرنا وان رماه بحجر ولم يجرحه ولكنه قتله بثقله او رماه بخشبة فقتله بثقلها او بعود حتى قتله لا يحل لانه قتل وقاذ كذا ذكره الطحاوي وهذا لان الجرح لا يعتبر الا اذا كان له حد يضع بضعا فحينئذ يثقل الجرح كما تقطع بالقطع وقع الشك او لعله مات بثقل حجم فلم يحل لاحتمال الموت بسبب آخر وهو ما ذكرنا وان رماه بخشبة فقتله بثقلها او بعود حتى قتله لا يحل لانه قتل وقاذ كذا ذكره الطحاوي وهذا لان الجرح لا يعتبر الا اذا كان له حد يضع بضعا فحينئذ يثقل الجرح كما تقطع بالقطع وقع الشك او لعله مات بثقل حجم فلم يحل لاحتمال الموت بسبب آخر وهو ما ذكرنا وان رماه بحجر ولم يجرحه ولكنه قتله بثقله او

وعلى بعضهم يشترط الارماء ولو لغير عليه السلام ما انهر الدم وافرى الاوداج فحل شرط الانهار فحل بدون الارماء وان كانت صغيرة لا يدمى مثلها ولو بسيا منه ايدمى قبل ان يحل وقيل يحل وهو الصحيح لان ذكاته ذكاة امه فان ذماه حل والا فلا وهذا يؤيد بعض ما ذكرنا ﴿قال﴾ واذا رمى فبلغ فوقع عشرا منه اكل الصيد لما بيناه ولا يؤكل العضو لانه مبان من حي فهو بمنزلة ما ابين من الحي فهو ميت ذكر الحي مطلقا فينصرف الى الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة لان المبان منه كما اذا ابين الرأس منه ذكاة الاختيار خلافا لما روى عن ابي يوسف رحمه الله انه لا يحل لانه ميتة بعد ما ابين من الحي وجه الظاهر ان هذا القدر من الحياة لا يبقى بعد هذه الجراحة ولذا لو قطع الرأس بعد هذه الرمية يحرم وقوله ابين بالذكاة فلما حال دون وقوعه حتى حقيقة لقيام الحياة فيه وكذا حكما لانه تتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولذا اعتبرت الرمية حية لو وقعت في الماء وبعد حياة بهذا الوجه

وان علم ان الموت حصل من الجراحتين او لا يدري قال في الزيادات يقضي الثاني ما نقصته جراحته ثم يقضي فيما بقي قيمته مجروحا بالجراحتين ثم يقضي بنصف قيمة مجروحا بالاول فذلك جرح حيوان مملوك للغير وقد نقصه فيقضي ما نقصه اوكادا واما الثاني فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفا نصفه وهو مملوك لغيره فيقضي نصف قيمته مجروحا بالجراحتين كان الاول او الثاني كما بعضه والثانية بعضها وقد يقضي بها ثانيا واما الثالث فلان الاول صار حال بحل بذكاة او باختياره كالموحى الثاني فضاف بالموحى الثاني اقسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الموكول عند ذكاته مرة فمن ضمان اللحم فيه وان كان رماه الاول ثانيا فاجاب في حكم الاباحة كالجواب فيما اذا كان الرامي غيره وقيمة كما اذا رماه صيدا على قلة جبل فانحته ثم رماه ثانيا فاوقده يحل لان الثاني محرم كما مر قال (ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه من الحيوان وما لا يؤكل كالسباع الا طلاق ما نذر ناوالفهد لانه لا يقبل التعليم قالوا فاكلهم تشرح وصيد الملوك اراب وثعالب واذا ركبت فصيدك لابطال وكل صيد بسبب لشقاع بجلده او شعره او ريشه او كاسته فاسع تزع كذلك مشروع والاصل فيه اعلما بالصواب

كتاب الرهن

الرهن لغة حبس الشيء بأي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالدين وهو مشروع بقوله تعالى فرهان مقبوضة ولما روي انه عليه السلام اشترى من يهودي طعاما ورهنه درعه وقال لغرمائه قد رهنت على ذلك الا جماع ولانه عقد توثيقة بجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة قال (الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض قالوا الركن الايجاب فقط لانه عقد تبرع فيتم بالتبرع كالهبة والصدقة

كتاب الرهن

مناسبة كتاب الرهن بكتاب الصيد من حيث ان كل واحد من الرهن والاصطياد سبب لتحصيل المال كذا في الشروح اقول يرد على ظاهر هذا التوجيه ان المناسبة المذكورة متحققة بين ما ذكر في كثير من الكتب السابقة واللاحقة فلا يكون مرجحة لايراد كتاب الرهن عقيب كتاب الصيد والجواب ان المراد ان هذه المناسبة مع ملاحظة المناسبة المذكورة في الكتب السابقة واللاحقة يقتضي ايراد كتاب الرهن عقيب كتاب الصيد والا يلزم تقرب تلك المناسبات فتكون مرجحة مع تلك الملاحظة وقد نبهت على هذه المكتة غير مرة في نظائر هذا المقام فتقبل ثم من محاسن الرهن حصول النظر لكل من جانب الدين والمديون كما فصل في النهاية ومعراج الدراية وسببه ما ذكر في سائر المعاملات من تعلق البقاء تبعا له واما تفسيره لغة وشريعة وركنه وشرط جوازه وشرط لزومه ودليل مشروعه وحكمه فسيجيء كل ذلك في الكتاب شيئا فشيئا مرتبا واشارة قيد ذكره في مواضع انشاء الله تعالى قوله الرهن في اللغة حبس الشيء بأي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالدين وقال بعض الفضلاء هذا تعريف الرهن باقسامه اللازم والا فعلى انعقاد الرهن لا يلزم الحبس بل ذلك بالقبض انتهى اقول ليس بسديد اذ لا شك انه يتحقق بانعقاد الرهن معنى جعل الشيء محبوسا بحق الا ان للمعارضة الرجوع عنه لم يقبض المرتهن الرهن تقبل للقبض يوجد معنى الحبس ولكن لا يلزم ذلك الا بعد القبض وما اخذ في التعريف المذكور في لكتاب الرهن انما هو معنى الحبس اللازم فصدق هذا التعريف على الرهن قبل تمامه ولزومه ايضا بلا ريب ثم ان الامام السنفي لما قال في الكنز وحبس شيء بحق يمكن ان استيفاؤه منه لا يدري قال الزيلعي في شرحه هذا احد في الشرع ثم قال وقوله كالدين اشارة الى ان الرهن لا يجوز الا بالدين لانه هو الذي يمكن استيفاؤه من الرهن بعد تعذر انتهى اقول فيه نظر لان الظاهر المتبادر من الكاف في قوله كالمديون ان يجوز الرهن بغير الدين ايضا فان لم يكن في قوله كالدين اشارة الى جواز الرهن بغير الدين ايضا فلا اقل من ان لا يكون فيه اشارة الى انحصار ما يجوز الرهن به في الدين فلا وجه لقول الزيلعي وقوله كالدين اشارة الى ان الرهن ولا يجوز الا بالدين قوله الرهن ينعقد بالايجاب والقبول قال في العناية ركن الرهن الايجاب وهو قول الراهن رهنتك هذا المال بدين لك علي وما اشبهه والقبول وهو قول المرتهن قبلت لانه عقد والعقد ينعقد الايجاب والقبول وعلى ذلك عامة المشائخ انتهى واورد بعض الفضلاء على قوله انه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول بان هذا قول منقوض بعقد التبرعات وقال الاتقاني تخصيص العقد في الصغرى بما سوى التبرع اقول ليس شيء من ايراده وتوجيهه بمستقيم اما اولا فلان من المشائخ من يقول بان انعقاد الرهن لا يكون الا بمجموع الايجاب والقبول يقول بان الامر كذلك في سائر عقد التبرعات ايضا واختلاف المشائخ في ان القبول هو ركن كالايجاب ليس مختصا بعقد الرهن بل يعم سائر التبرعات ايضا من العقود كالهبة والصدقة كما مر في اوائل كتاب الهبة فلا انتقاض بشيء على اصل من يقول من المشائخ بان القبول ركن في كل عقد وقول القدوري المرهن ينعقد بالايجاب والقبول وتعليل صاحب العناية اياه بقوله لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب

والقبض شرط اللزوم على ما بيناه انشاء الله تعالى وقال مالك رح يلزم بنفس العقد لانه مخلص بالمال من الجانبين فصار كالبيع بل هو به عقد وثيقة فاشبه الكفالة ولنا ما تلوناه والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر ولانه عقد تبرع للاان الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئا ولذا لا يجبر عليه فلا بد من امضائه كما في الوصية وذلك بالقبض ثم يكتفي فيه بالتخلية في ظاهر الرواية

والقبول بنى على اصل هو لاء المشائخ واما قول سائر المشائخ فقد ذكره المصنف بقوله قالوا الركن الايجاب لا غير ولانه عقد تبرع فتتم بالتبرع وهو صاحب العناية في شرحه واما الثاني فلانه لو خص العقد في الصغرى بما سوى الاتبرع صار المعنى لانه اى الرهن عقد غير متبرع وكل عقد غير تبرع ينعقد بالايجاب والقبول ولا شك ان تفسير الصغرى حينئذ كاذبة اذ لم يقل احد بان عقد الرهن ليس بعقد تبرع بل يطلق كلامهم على انه عقد تبرع فلا صحت للتخصيص بما سوى الشرع قالوا الركن بعد والايجاب لانه عقد تبرع فتتم بالتبرع كالهبة والصدقة قال صاحب العناية في حل هذا التعليل لانه عقد تبرع وكل ما هو كذلك تتم بالتبرع فالرهن تتم التبرع اما انه عقد تبرع فلان الرهن لم يستوجب فاذا ثبت للمرتهن على السيد شيئا عليه ولا يعني بالتبرع الا ذلك واما ان كل ما هو كذلك تتم بالتبرع فكالهبة والصدقة وقال فيه نظر لانه استوجب عليه صيرورته مستوفيا له فيه عند الهلاك والجواب ان المراد بالاستيجاب ما يكون ابتداء والركن ليس كذلك انتهى اقول في الجواب بحث لان الرهن ان لم يستوجب شيئا عن المرتهن ابتداء فقد استوجب عليه شيئا في البقاء وهو صيرورة المرتهن مستوفيا الدين عند الهلاك فلم يكن الرهن عقد تبرع من كل وجه بل كان فيه معنى المعاوضة من وجه حيث صار المرتهن مستوفيا الدين عند هلاك الرهن في يده معنى لا لغة بايجاب الراهن وحده بل لا بد ان يتوقف على قبول المرتهن ايضا حتى يتم جعلناه اياه مستوفيا الدين حكما عند الهلاك كما هو مذهبنا على ما سيجيء تفصيله فليتامل قوله

والقبض شرط اللزوم على الانية قال في العناية كانه تفسير لقول القدوري ويتم بالقبض فيكون الرهن قبل القبض جائزا وبه يلزم وهو ايضا اختيار شيخ الاسلام ويخالف لرواية عامة الكتب قال محمد رح لا يجوز الرهن الا مقبوضا وقال الحاكم في الكافي لا يجوز الرهن الغير المقبوض وقال الطحاوي في مختصره ولا يجوز الرهن الا مقبوضا مغيرا ما تجوز او قال الكرخي في مختصره قال ابو حنيفة وزفر وابو يوسف ومحمد والحسن بن زياد لا يجوز الرهن الا مقبوضا الى هنا لفظ العناية وقصد بعض الفضلاء دفع مخالفة ما في الكتاب لرواية عامة الكتب فقال سبق في كتاب الهبة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تجوز الهبة الا مقبوضة والقبض ليس بشرط الجواز في الهبة فليكن هنا كذلك فليتامل انتهى اقول هذا قياس مع الفارق اذ قد دعت الضرورة هناك الى صرف نفي الجواز عن ظاهره اذ الجواز قبل القبض ثابت هناك بالاجماع فحملنا نفي الجواز بدون القبض في قوله عليه الصلاة والسلام لا يجوز الهبة الا مقبوضة على نفي ثبوت حكم الهبة وهو الملك للموهوب له واما هنا فلا ضرورة لا مجال للحمل على نفي ثبوت الملك للمرتهن بدون القبض وثبوته له بالقبض كما هو موجب النفي والاستثناء اذ ليس حكم الرهن ثبوت الملك للمرتهن بحال اصلا فبقي نفي الجواز هنا على ما وضع له وقوله لنا ما تلوناه اى قوله تعالى والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر نظيره قوله تعالى فضرب الرقاب اى اضربوها وقوله ثم تحرير رقبة مؤمنة اى فليحرروا في قوله تعالى فعدة من ايام اخر تقديره فعليه صوم عدة من ايام اخر اى فليتم عدة من ايام اخر فكان المصدر فيه نائبا مناب الفعل وهو قوله تعالى فرهان مقبوضة بمعنى الامر اى فارهنوا او ارتهنوا لكما كان بمعنى الامر ولم يعمل بموجب الامر الذي هو الوجوب اللازم في حق نصف الرهن لم يجب الرهن على المديون بالاجماع وجب ان يعمل به في شرطه وهو القبض كما قلنا في قوله عليه الصلوة والسلام الخلفة بالخطة مثلا بمثل بالنصب اى بيعوا فلم يعمل الامر في نفس البيع لان البيع مباح غير واجب فصرف الى شرطه وهو التقابض فالحاصل

لانه قبض بحكم عقد مشروع فاشبه قبض المبيع وعن ابي يوسف رحه انه لا يثبت في المنقول الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء فنزل منزلة الغصب بخلاف الشراء لانه قابل للضمان من البائع الى المشتري وليس بموجب ابتداء والاول اصح

فكذا ههنا هذا ما ذكره في جلة الشروح في شرح هذا المقام ثم ان كثيرا من الشارحين استشكلوا في كلام المص ههنا فقال صاحب النهاية ثم في تسمية الرهن بالمصدر لان الرهان جمع رهن كالنفس والانفاس والجبل والجبال هكذا في كتب اللغة ولان قوله مقبوضة بالتانيث دال على انه جمع وليس بمصدر وقد تحصل مما ذكر في الكتاب بقوله تقريره فرهان مقبوضة فكان المصدر محذوفا فجعل المحذوف بمنزلة الثابت فقال والمصدر المقرون بحرف الفاء والرهان لما كان مصدرا على قول صاحب الكتاب كان ارادة المرهون جائزة كالرهن يراد به المرهون ثم انث المرهون بتاويل السلعة او الاعيان فتقبل مقبوضة بالتانيث كما يونث الصوت بتاويل الصيحة لكان وجها بعيدا اذ في الاول ورود الباس او الثاني لا يبقى المصدر بحقيقته والله اعلم الى ههنا لفظ النهاية وقال صاحب غاية البيان وتبعه صاحب الهداية الرهان مصدر كما ترى وكذلك ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولنا فيه نظر لانه خلاف ما ثبت في قوانين اللغة كالجمرة وديوان الادب وغيرهما انهم قالوا الرهان جمع رهن ورهن ورهان ورهن بضمتين ورهنية بمعنى الرهن ايضا وجميعها رهائن نعم الرهان يجي مصدر من قولهم راهنه على كذا اي خاطره مراهنة ورهانا من باب المفاعلة ولكن ليس ذلك مما نحن فيه ولو كان المصدر وهو المراد في الآية لم يحتج في صفة الرهان الى تا التانيث فانتهى الى ههنا لفظ قال صاحب الكفاية ثم في تسمية الرهان بالمصدر نظر لان الرهان جمع رهن كالنفس والانفاس والجبل والجبال وقوله مقبوضة بالتانيث دال على انه جمع وليس بمصدر وانما قال في المصدر المقرون لان تقديره والله اعلم فرهن رهان مقبوضة انتهى وقال صاحب معراج الدراية وفي النهاية في تسمية الرهان بالمصدر نظر لان الرهان جمع رهن كالسفال والسفال هكذا في كتب اللغة ويدل عليه قوله مقبوضة بالتانيث فدل انه جمع لا مصدر وقال وفي الفوائد المنافقية يجوز ان يكون الرهان مصدر رهن باب المفاعلة كالقتال والضراب مقبوضة صفة المحذوف وهو فرهان مرهونة مقبوضة وانث المرهون بتاويل السلعة والعين كما يونث الصوت بتاويل الصيحة ويجوز ان يكون الرهان مصدرا بمعنى المفعول انث المرهون باعتبار ما ذكرنا ويجوز ان يكون الرهان قائما مقام مصدر محذوف وهو فرهن رهان مقبوضة فيكون مصدرا التقديري لا التحقيقي الى ههنا كلامه واما صاحب العناية فقال لما استشكلوا من ههنا وتعجب منه حيث قال قيل ان المص جعل الرهان مصدرا وهو جمع رهن ثم قال والجواب عنه انه فما يقتضي منه العجب لانه جمع رهن والرهن مصدر فجمعه كذلك اسنادا مقبوضة الى ضمير المصدر مجازا عقليا كما في سبيل مضموم انتهى اقول منشا المجازفة هذه الفنون عما ذكر في كتب اللغة وكتب التفاسير لان كون الرهان جمع رهن امر مقرر واما كونه جمع رهن وكونه بمعنى المصدر فكما ههنا جمع رهن بمعنى المرهون قال في المغرب والرهن المرهون والجمع رهون ورهان ورهن وقال في القاموس الرهن ما وضع عند النهاد رهنا ما اخذ منك والجمع رهان ورهون ورهن بضمتين وقال في الصحاح الرهن معروف والجمع رهان مثل جبل وجبال وقال في تفسير القاضي رهان ورهن كلاهما جمع رهن بمعنى مرهون وكذا في سائر التفاسير ثم ان كون اسنادا ومقبوضة الى ضمير رهان مجازا عقليا خلاف الظاهر لا يصار اليه بلا ضرورت داعية اليه وهي منتفية في الآية المزبورة اذ يصح المعنى ويحصل جد الجعل الرهان على مبلغ الرهن بمعنى المرهون كما حمل عليه المقرون ويكون الاسناد اذ ذاك حقيقيا فما معنى المرهون كما حمل عنه وبناء استدلال تلك الآية على خلاف

قال فاذا قبضه المرتهن مجوزا مفرغا تم العقد فيه لوجود القبض بكماله لزوم العقد ولم يقبضه فالراهن بالخيار ان شاء سلمه وان شاء رجع عن الرهن لما ذكرنا ان اللزوم بالقبض اذ المقصود لا يحصل قبله قال واذا سلمه اليه فقبضه دخل في ضمانه وقال الشافعي رحمه هو امانة في يده ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه لقوله عليه السلام لا يغلق الرهن قالوا الثالث لصاحبه غنمه وعليه غرمه قال ومعناه لا يصير مضمونا بالدين كان الرهن وثيقة بالدين فهلاكه لا يسقط الدين اعتبارا بهلاك الثمن بعد الوثيقة زاد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد اذ الحق به يصير عرضة للهلاك وهو ضد الصيانة ولنا قول النبي عليه السلام للمرتهن بعد ما اتفق قوم الرهن عنده ذهب حقك وقوله عليه السلام اذا عمي الرهن فهو بمانه معناه على ما قالوا اذا شبهت قيمة الرهن بعد ما هلك واجماع الصحابة والتابعين رضي الله عنهم على ان الرهن مضمون هم اختلفوا في كيفيته فالقول بالامانة خرق له والمراد بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بان يصير مملوكا له كذا ذكر الكرخي عن السلف وكان الثابت للمرتهن بدا الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس لان الرهن ينبئ عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم شعر وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق الاسماء وكان الرهن وثيقة لحالب الاستيفاء وهو ان تكون موصلة اليه وذلك ثابت بملك اليد والحبس ليتم الامن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته او الضرورة

ما هو الظاهر وخلافا لما عليه فحول المفسرين ثم ان تمثيله والمجاز في التقسيم الآدمي وذهب اليه هنا بسبيل منعم قبيح جدا فان المنعم اسم مفعول استعمالا قائل كما عرف في موضعه وليس ما اسند الى المصدر بخلاف ما اتخذ فيه على ما ذهب اليه فالمناسب في التمثيل ههنا ان يقول كما في شعر شاعر على ما ذكر في كتب علم البلاغة ثم اقول توجيهات التي ذكرت في سائر الشروح الصحيح ما في الكتاب كلما الينا بخلاف الظاهر وخلاف ما عليه جمهور المفسرين فالانصاف ان المسك بمثلها لا يفيد القطع والالزام على الخصم ولكن الاقرب والاشبه عن بينها ان يكون التقدير فرهن رهانا مقبوضة على ان يكون المصدر المقرون بالفاتحة وفاكما في قوله تعالى فعدة من ايام اخر فان التقدير فيه فصوم عدة من ايام اخر شتان ما هو

قوله ثم يكتفي فيه بالتخلية في ظاهر الرواية لانه قبض تحكم عند مشروع فاشبه قبض المبيع قال بعض الفضلاء هذا منقوض بصورة الصرف فانه لا بد فيها من القبض بالبراجم ولا يكفي التخلية مع جريان الدليل الآتي مثبت رواية كفاية التخلية فيها وكونها مختار المصنف انتهى اقول الجواب ان هذا النقض بين فان التعليل المذكور على موجب القياس ولزوم القبض في الصرف انما ثبت بالنص وهو قوله عليه السلام يدا بيد لكن قصر في محله والقياس يترك بالنص على ما عرف بخلاف ما نحن فيه فانه لم يرد فيه نص يقتضي حقيقة القبض وعدم كفاية التخلية فكان فيه موجب القياس قوله وعن ابي يوسف رحمة الله عليه انما يثبت الا بالنقل لانه قبض موجب الضمان ابتداء بمنزلة الغصب قال صاحب العناية فيه نظر لان القبض بعقد التبرع والضمان منافاة وتباين الضمان في الرهن عند الهلاك فيقتضي التبرع انتهى اقول هذا النظر في غاية السقوط لان جهة التبرع في الرهن غير جهة الضمان فيه فان جهة التبرع فيه من حيث انه يكفل محبوسا في يد المرتهن بلا استيجاب بدل يقابله وتلك جهة الضمان فيه عند الهلاك من حيث انه يثبت فيه للمرتهن بعد الاستيفاء من وجه فيقتصر عند الهلاك فيصير المرتهن بذلك مستوفيا الدين كما يستطلع على بيانه والمنافاة بين التبرع والضمان انما تلزم ان لو كان من جهة واحدة وليس فليس العجب من صاحب العناية انه كيف خفي عليه حفظ المعنى مع ظهوره مما سياتي في الكتاب من تفصيل ودليلنا العقلي على مسئلة انه اذا اسلم الراهن المرهون الى المرتهن فرضي في ضمانه

قوله فاذا قبض المرتهن مجوزا مفرغا تم العقد فيه قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قد ثبت ان القبض منصوص عليه وقد تقدم في الهبة ان المنصوص يفيد بنفسه وذلك يقتضي الكمال والكمال في القبض هو ان يكون الرهن مجوزا مفرغا تمييزا للعيب وذلك انتهى اقول لقائل ان يقول هذا البسط والتقرير يقتضي ما لا يثبت القبض بالتخلية في باب الرهن بل يجب ان يضع المرتهن يده حقيقة على المرهون ولا شك ان الكامل في القبض هو الثاني وهذا خلاف ما تقرر في ظاهر الرواية وخلاف ما هو المختار في عامة المعتبرات لان الرهن مبني على الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم شعر وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا قال في العناية قبل الدوام انما فهم من قوله لا فكاك له لانا من لفظ الرهن واجيب بانه لما دام ودام ينفي ما يعترضه بل كان الدوام يثبت باثبات ما يوجب فثبت ان اللفظة يدل على ابنا الرهن عن الحبس الدائم انتهى اقول السؤال والجواب في الاصل للشارح الشريعة لكن الجواب ليس بتمام ان قوله اذ لو لم يكن موجبا لذلك دام ينفي ما يعترضه ممنوع فان ما يعترضه اذا كان مناقضا للدوام لزم من نفي

واذا كان كذلك استحال استيفاء من وجه دون وجه فجاز هلاكها اذا فلو استوفاه ثانيا يؤدي الى الربا والجواب في حالة القيام لا يتصور فيها استيفاء بل يؤدي الى الربا على الراهن فلو هلك بعد ذلك ولا وجه الى استيفاء الباقي بدونه لا يتصور والاستيفاء وقع بالكلية اما العين اصلا حتى كانت تفقد اليوم على الراهن جميعه وكذلك بعضها فكذا قبض الرهن لا يجب على قبض الشراء اذ المشتري لا يجب عليه اداء الثمن حتى يقبض المبيع وهذا بخلاف الربا فانه يجب بالاستيفاء وهذا يتحقق الا ترى ان الراهن لو هلك بعض الرهن كان ذلك البعض مضمونا على المرتهن بحصته من الدين ولو كان الاستيفاء وقع بالكل لما وجب عليه شيء فثبت ان الاستيفاء لم يقع بالكل فلا يتحقق الربا فحاصل ان عند هلاك الرهن صورة الرهن يتحقق استيفاء بعض الدين بلا شبهة ولكن لا يتحقق الربا لان الاستيفاء لم يقع بالكل وعند الهلاك بالاستيفاء لم يقع بالكل لكن يتحقق الربا لان الاستيفاء وقع بالبعض وهذا هو الفرق بين الهلاك بالاستيفاء وبين الهلاك بدونه فافهم هذا ما ظهر لي من الوجوه في هذا المقام وهو من الدقائق التي لم يتعرض لها احد من الشراح فيما رأيناه ولله الحمد على ذلك كله في كفاية المنتهى حامدا ومصليا ومسلما ان الراهن ممنوع عن الاستيفاء لانه يفوت موجبه وهو حبس الرهن على الدوام وعند الاداء يفوت موجبه وهو قضاء الدين وعند هلاكه بالاستيفاء يفوت موجبه وهو سقوط الدين وعند هلاكه بدونه لا يفوت شيء من ذلك فثبت ان الاستيفاء في هذه الحالة يفوت موجبه وعند هلاكه بدونه لا يفوت موجبه وهو قضية الفرق بين الاستيفاء وبين الهلاك بدونه في اثناء المسائل انشاء الله تعالى قال ولا يصح الرهن الا بدين ممكن ان يكون مضمونا لان حكمه ثبوت الاستيفاء والاستيفاء انما يتحقق في الدين فلا يصح الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها لان الاستيفاء لا يتحقق فيها وقوله بدين خرج على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها فانه لا يصح الرهن بها ولا دين ويدخل فيه ما لو رهن بما يجب بالاتلاف او بالغصب او بالقرض او بالبيع الفاسد او بالخلع او بالصلح عن دم العمد او بالكتابة او بالدية على العاقلة او بالدية على الجاني في ماله في العمد اذا صالح الولي على مال فان الرهن جائز في هذه الوجوه كلها لان الدين ثابت في هذه الوجوه كلها وقوله ممكن ان يكون مضمونا احتراز عما لا يمكن ان يكون مضمونا كالرهن بالمكاتب وبدل الكتابة وبالمبيع قبل القبض وبالامانات كالوديعة والعين المؤجرة والمستأجرة والمشتركة والمضاربة وبما يسقط من الدين بالابراء او بالحوالة او بالاستيفاء من الدين بالمقاصة او بالشركة او بالهبة او بالصدقة

لا لاحضار الراهن فصار كان الراهن رهنه وحده دون وقبضه بكلف احضاره ولقيام البدل مقام المبدل الا ان الذي يتولى قبض الثمن هو الراهن لانه هو العاقد فترجع الحقوق اليه وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك ثم اذا قبض الثمن برئ باحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل العبد الرهن خطاء حتى قضى بالقيمة على عاقلته في ثلث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لان القيمة خلف عن الرهن فلا بد من احضار كلها كما لا بد من احضار كل عين الرهن وما صار مضمونا فصار دينا بدينا تقدم صار دينا بفعل الراهن فليفترقا ولو وضع الرهن على يد العدل واعاره يودعه غيره فقبل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكلف احضار الرهن لانه لم يرض عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته ولو وضعه العدل في يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده يقول ودعني فلان وكاد يرى لمن يجبر الراهن على قضاء الدين لان احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض شيئا وكذلك اذا غاب العدل بالرهن ولا يدري اين هو لما قلنا ولو ان الذي اودعه العدل جحد الرهن وقال هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن بشئ حتى يثبت كونه رهنا لانه لما جحد فقد نوى المال والنوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين فلا يملك المطالبة به

وجه صحة اذ المراد هو الاول قوله وليس كلا منافيه ليس بشئ لان كون عدم كلا منافيه لا يضر بغرض السائل بعينه فان مقصوده القدح في قول المص ولهذا تصح الكفالة به بان صحة الكفالة لا تدل على صحة الرهن لان الكفالة تصح بدين يستحب ولم ينعقد بسببه وجوبه ولا يصح الرهن بذلك بلا خلاف فيجوز ان يكون تصح الكفالة بالعين المضمون بنفسه ايضا الذي كلا منافيه ولا يصح الرهن به فلم تتم الاستدلال بصحة الكفالة به على صحة الرهن به ولا يخفى ان عدم كون كلا منافي الدين لم ينعقد بسببه وجوبه لا يدفع الاعتراض بهذا الوجه وانما يدفعه ما اشار اليه تاج الشريعة من منع صحة الكفالة بدين يستحب ولم ينعقد بسببه وجوبه وانما قوله ما ذاب لك على فلان فعلى اضافة الكفالة الى ذلك الدين لا عقد كفالة به منجزة ومراد المص بالكفالة في قوله ولهذا تصح الكفالة به هي الكفالة المنجزة فتم الاستدلال بقوله ولهذا ويعتبر قيمته يوم القبض اقول هذا التنوير لا يتم الا على قول ابي يوسف فان المعتبر عند ابي حنيفة قيمته يوم الخصومة وعند محمد قيمته يوم الانقطاع كما مر بتفصيله في صدر كتاب الغصب مع ان صحة الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها على قول الكل منا جميعا فلا يتم التقريب الا على قول ابي يوسف وليست شيء لو لم يتعرض لهذا احد من الشراح قوله وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لان معنى المعرف واحد منها ومعنى المنكر ثلاثة واعتبر هذا بقول الرجل مررت باعلم من زيد وعمرو لا يكون الاعلم غيرهما ولو قال مررت بالاعلم من زيد وعمرو يكون الاعلم واحد منهما والمراد هنا واحد من القيمة والدين وهو اقلهما لما مر ثالثا ثم ان تاج الشريعة من الشراح بين وجه اختلاف المعنى بين المعرف والمنكر حيث قال والمعنى فيه ان كلمة من في قوله الاقل منها للتبعيض والاقل يصلح بعضا اذ الاقل مع منهما معرفتان بخلاف اقل منهما لان اقل نكرة هنا معرفة لا نفيا ولا نكرة انتهى كلامه اقول ليس هذا بسديد اذ لا نسلم ان المعرفة لا يتناول النكرة تناول الكل للجزء كما هو مقتضى من التبعيضية نعم ان المعرفة والنكرة لا يتحدان لان مدلول المعرفة شئ بعينه ومدلول النكرة شئ لا بعينه وهما متغايران واما كون المبهم بعضا من المعين فلا استحالة فيه بل هو امر شائع مستعمل لا مع قولنا واحد منها او جزء منها او بعض منها يكون كذا فانه يصح بلا ريب وشائع مستعمل مع ان كلمة واحد وجزء وبعض نكرة وكلمة هما في منهما معرفة ومن للتبعيض على ان الوجه المذكور للفرق بين ان يكون التفضيل معرفتين ان يكون منكرا انما يتمشى فيما اذا كان مدخول كلمة من معرفة ولا يتمشى فيما اذا كان مدخولها نكرة اذ لا يلزم اذ ذاك تناول المعرفة للنكرة مثلا لو كان العبارة فيما نحن فيه اقل من قيمته ودين لزم ان لا يكون فرق في المعنى بين تعريف الاقل وتنكيره وليس كذلك قطعا وذكر بعض الفضلاء وجها آخر للفرق بين المعرف والمنكر حيث قال ان يكون من في المنكر تفضيلية لوجوب استعمال الافعل باحد الاشياء الثلاثة ويكون في المعرف للبيان لعدم جواز الجمع بين من وحرف التعريف في من ضيعة كتب التحرير قال وفيه بحث اذ قد يحذف من من اللفظ وهنا ايضا كذلك والقرينة على الحذف شهرة المذهب انتهى اقول الحق في الفرق ما قاله فلك البعض وبحثه ساقط اذ قد تقرر في علم النحو انه لا يجوز استعمال اسم التفضيل بدون احد الاشياء الثلاثة الا ان يعلم المفضل عليه ويتعين كما في قوله تعالى الشهر الحرام الحق قوله تعالى والله اكبر وفيما نحن فيه لا يتعين المفضل عليه ولا يعلم على تقدير ان ينكر اسم التفضيل ولم يجعل كلمة من تفضيلية وادعى كونه معلوما بقرينة شهرة المذهب غير مسموع

لان الآن بصدد بيان المذهب في هذه المسئلة ولم يبين من قبل في موضع آخر من هذا الشرح كيف ولو تحققت الشهرة كيف وقد تحققت الشهرة في مسئلتنا بهذه بحيث جاز بها الاشارة به في استعمال صيغة التفضيل الا يستغني عن ذكرها وبيانها هنا بالكلية قوله لانه صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كان الرهن هلك بعد القبض فيه يجب فان المقبوض عليه هو رهن غير صحيح فكيف يثبت الحكم في الفرع قياسا على رهن الدين انتهى أقول الاخفى عن الفطن ان مراد المصنف بتعليله المذكور ليس اثبات حكم هاهنا فيه بطريق القياس على رهن الدين حتى يتوجه البحث المزبور بل مراده به بيان ان حكم الرهن يبقى في الدين الذي صار خلفا عن عين المبيع بامر الراهن لان الاصل كان صالحا لان يكون رهنا فكذا خلفه تبعا وان لم يصر الدين الرهينة بمقابلة فكم من شئ يثبت ضمنا وتبعا ولا يثبت اصالة وقصدا فقوله فكان الراهن رهنه ولو من اشارة الى معنى الخلفية لا الى القياس وهذا مع ظهوره لكل متامل متفرقة صرح به اكثر الشراح حيث قالوا فان قيل لو رهن الدين ابتداء لا يصح لانه لا يكون محلا للرهن قلنا نعم ولكن يبقى حكم الرهن في الدين لكونه بدلا عن المقبوض وهو قد كان صالحا لذلك فيثبت هذا الحكم في خلفه تبعا لا مقصودا انتهى قوله فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن بما قضاه لانه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب رده قال في العناية وطولب بالفرق بينه وبما اذا ارتهن عبد بالف درهم وقبضه وقيمته مثل الدين ثم اعتقه المرتهن المال الراهن او ابرأه ولم يرده وعليه الراهن حتى ملك عنده ومن غيرهم بمعنى اياه فانه لا ضمان عليه استحسانا وان ثبت به الاستيفاء للمرتهن بقبضه السابق وقد تقرر بالهلاك فصيرورته مستوفيا بهلاك الراهن بعد الابراء بمنزلة استيفائه حقيقة بعد الابراء وفي الاستيفاء حقيقة بعد الابراء يرد المستوفى فيجب ان يكون هنا كذلك واجيب بان الرهن عقد استيفاء باليد وكذلك كما تقدم وذلك لا استيفاء تقرر مستندا الى وقت القبض فاقتضى بعد الهلاك استيفاء بعد استيفاء فيجب رده واما الابراء فليس فيه استيفاء معنى فيجب رده وانما هو اسقاط واسقاط الدين ممن ليس عليه لغو انتهى أقول في عاتق هذا الجواب خلل لان قوله اسقاط الدين ممن ليس عليه فهو لغو من الكلام ههنا لان الابراء في عادة البعض من الراهن ولا شك ان الراهن ممن عليه الدين فكان الابراء فيها ممن عليه الدين فلم يكن لغوا بل كان اسقاطا صحيحا فلا مساس لقوله واسقاط الدين ممن ليس عليه لغو بالحق فيه فان قلت مراده ان يد الاستيفاء لما ثبت للمرتهن بالعقد الراهن وتقرر بالهلاك مستندا الى وقت القبض صار المرتهن بالهلاك مستوفيا دينه من وقت القبض فصار الاستيفاء مقدرا على الابراء في الحكم فلم يكن الراهن مديونا وقت ابراء المرتهن بالقبض السابق فلم يكن الابراء فيها لحق فيه استقاط الدين ممن عليه من هذه الحيثية فلهذا قال واسقاط الدين ممن ليس عليه لغو قلت لو كان لهذه الحيثية اعتبار فيما لحق فيه من مادة القبض وكان الابراء فيه لغوا بناء على ذلك لوجب فيه الضمان على المرتهن لثبوت يد الاستيفاء له بقبضه السابق ويقرره بالهلاك ويكون الابراء لغوا والمرتهن مع انه لا يجب عليه الضمان وفيه وهو مدار النقض والمطالبة بالفرق بين مسئلة الكتاب وبين ذلك فلا يتم الجواب فالحق في الجواب عن المطالبة المذكورة ما ذكره صاحب النهاية حيث قال قلت ان ضمان الرهن يثبت باعتبار القبض والدين جميعا لانه ضمان الاستيفاء فلا يتحقق ذلك الا باعتبار الدين وبالابراء عن الدين انعدم احد المعنيين وهو الدين والحكم الثابت بعلة ذات وصفين ينعدم بانعدام

باب ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز قال الشافعي رحمه الله لا يجوز رهن المشاع قال صاحب العناية رهن فاسد عندنا خلافا لاستحسان وهما لا يصح قبضه فيما يحتمل القسمة وهو المشاع عند المشاع بدليل ما لو رهن نصف عبد وهو يملك نصفه وشريكه نصفه ثم قبضه المرتهن لا يصح قبضه لان القسمة شرط لتمام القبض وهو معنى قوله تعالى فرهان مقبوضة والمراد بالقبض التمام لان الرهن لا يلزم بدونه ولهذا لو استحق المرهون قبل القبض بطل الرهن ولو هلك لا يهلك بالدين ولو رجع الراهن في الهبة قبل القبض لا يصح رجوعه ولو تصرف فيه بالبيع ينفذ تصرفه ولو مات الراهن قبل القبض لا يبطل الرهن ولو مات الواهب قبل القبض بطلت الهبة ولو مات المرتهن قبل القبض لا يبطل الرهن ولو مات الموهوب له قبل القبض بطلت الهبة

الحصر انتهى اقول ليس هذا ايضا بشئ لانه مع كون القيل بقوله مانحن فيه ليس كذلك مما يابى جدا كون قوله بناء على ان القبض الى آخره ان لم يكن ذلك لا يصح بناء على ان الحكم بكون الباطل من الرهن منحصرا فيما ذكره من الصورتين على ان القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه قوله واذا كان مشروطا بالجواز لم يصر ممنوعا فانه مجرد انتفاء شرط الجواز لا يستلزم بطلان العقد بل يتصور انما ذلك فيما اذا لا يعقد العقد بصفقة الفساد ايضا وانما الذى يستلزم بطلان العقد انتفاء شرط الانعقاد وانما هو فى عقد الرهن ان يكون الرهن مالا وان يكون للقابل به مضمونا لا غير ويدل على ذلك كله ما ذكر فى الذخيرة والمغنى ونقل عنهما فى النهاية وغيرها وهو ان الباطل من الرهن ما لا يكون منعقدا اصلا كالباطل من البيوع والفاسد منه ما يكون منعقدا لكن لوجود فساد كالفاسد من البيوع وشرط انعقاد الرهن ان يكون الرهن مالا والقابل به مضمونا فى كل موضع كان الرهن مالا والمقابل به مضمونا الا انه فقد بعض شرائط الجواز ينعقد الرهن لوجود شرط الانعقاد لكن بصفة الفساد لانه لم يوجد بعض شرط الجواز فى كل موضع لم يكن الرهن مالا او لم يكن المقابل مضمونا لا ينعقد الرهن اصلا فتدبر انتهى قوله والثانى ان موجب الرهن هو الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا اقول لقائل ان يقول ان اراد بقوله لم يشرع الا مقبوضا ان عقد الرهن لم يجز الا مقبوضا يكون هذا القول منه مناقضا لما ذكره فى صدر كتاب الرهن لا شرط جوازه وان اراد بذلك انه لم يلزم الا مقبوضا لا يتم التقسيمين اذا المدعى ههنا عدم جواز رهن المتاع وعدم لزومه فتامل فى الدفع قوله او بالنظر الى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذى بناه قال صاحب العناية وهو قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتنازع الى قيمة الدين لحاجته او لصخرة انتهى واقتفى اثره فى قوله هذا التفسير جماعة من الشراح منهم صاحب العناية حيث قال يعنى ما مر من قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع متنازعا الى قضاء الدين لحاجته او لصخرته اقول فيه نظر لعلل الحص فيما مر كون الرهن وثيقة بجانب الاستيفاء بالعينين حيث قال ليتنع الاعن من الجود المرتهن الرهن وليكون عاجزا من الانتفاع فيتنازع الدين لحاجته او لصخرته انتهى فليت شعرى احمل هولاء الشراح على علم قول الحص ههنا من الوجه الذى بناه على العلة الثانية فقط دون مجموع العلتين كما هو الظاهر او على العلة الاولى لقد مهما فى الذكر هناك والعجب من صاحب العناية انه قال فى شرح قول الحص وكل ذلك يتعلق بالدوام اى كل ما مر من قوله الا مقبوضا او بالنظر الى المقصود يتعلق بالدوام وقال ما تعلقه بالدوام بالنظر الى المقصود فظاهر فانه لم يكن من الاستيثاق لما جعل الرهن والدين جميعا فيفوت الاستيثاق انتهى فقد جعل هذا الاستيثاق فى البيان هو العلة الاولى على خلاف ما فسره الحص فيما قبل تبصر قوله بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو ان يقول رهنك هذا بالقرض الف درهم وهلك فى يد المرتهن حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته قال فى غاية البيان فيه تسامح لانه يهلك بالاقل من قيمته ومما سمى له من القرض الا ترى الى ما قال الامام الاسبيجابى فى شرح الطحاوى لو اخذ الرهن بشرط ان تغير فهلك فى يده قبل ان يتغير فهلك بالاقل من قيمته ومما سمى له من القرض انتهى وقال تاج الشريعة فى شرح قول الحص حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته هذا اذا ساوى الرهن الدين قيمة وانما اطلق جريا على العادة اذ الظاهر ان لا يساوى الرهن

الدين انتهى واقتفى اثره صاحب العناية اقول فيه قصور بين فان ما ذكره في الكتاب كما يمشي فيما اذا ساوى قيمة الرهن الدين الموعود وهو ما سمى له من القرض يمشي ايضا فيما اذا كانت قيمة الرهن اكثر من ذلك الدين فلا وجه لتخصيصه بصورة المساواة فالحق ان يقال في البيان هذا اذا ساوى قيمة الرهن وما سمى له من القرض او كانت قيمة اكثر من ذلك واما اذا كانت قيمة الرهن اقل من ذلك فيهلك بقيمة الرهن اذ قد تقرر فيما مر ان الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين ولكن المص ذكر ههنا حيث قال سيهلك بما سمى له من القرض في صورة الاطلاق جريا على ما هو الظاهر الغالب من كون قيمة الرهن مساويا للدين او اكثر من ذلك قوله ولو هلك الرهون سيهلك بالثمن لما بينا قال جمهور الشراح يريد به قوله ان الثمن بدله اقول ليس هذا بتفسير سديد لان كون الثمن بدل العبد المبيع لا يقتضي ان يكون هلاك المرهون بالثمن دون المبيع الا يرى ان راس المال في مسئلة الاولى كان بدل طعام المسلم فيه مع انه كهلاك الرهن بعد التفاسخ هناك كان بالمبيع دون الثمن والصواب ان مراد المص بقوله لما بينا انما هو الاشارة الى قوله لانه رهنه وان كان محبوسا بغيره يعني ان هلاك المرهون بما هو الاصل حين انعقاد الرهن وان كان المرهون محبوسا قبل الهلاك بغيره ايضا لقيامه مقامه وبهذا يتم كون المسئلة الثانية نظير المسئلة الاولى تامل تفهم قوله وكذلك لو سلط المرتهن على بيعه قال صاحب العناية اي كما ان الاب والوصي يضمنان اذا هو سلطا المرتهن على بيعه فباعه انتهى اقول ليس هذا بشرح صحيح اذ يابى عنه جدا قول المص في التعليل لانه توكيل بالبيع وهما يملكانه والصواب ان مراد المص هناك او ان الاب والوصي كما لا يخفى لهما ان يرهنا بدين عليهما عبد الصغير كذلك يجوز ان هما ان سلط المبيع المرتهن ما بيع ذلك العبد فيتظم التعليل المذكور ويظهر وجه ترك المص قيده فباعه بعد قوله وكذلك لو سلطا المرتهن على بيعه اذ لو كان مراده كان نص عليه الشارح المزبور لكان ذكر ذلك القيد مما لا بد منه بل كان عليه ان يزيد على ذلك القيد شيئا اخر وهو ان يقول واخذ ثمنه لنفسه بدل دينه على الراهن او لو جعل ثمنه رهنا موضع عنيه ولم يتلفه لا يضمنان للصبي شيئا لانهما يملكان رهن مال الصبي بدين عليهما ويملكان التوكيل ببيع ماله فحين لزمهما الزمان بحبره وتسليطهما المرتهن على بيعه وبيع المرتهن اياه اذ المتلف المرتهن ثم بل حفظه بدل البيع قوله وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه الحاقا له بالاب قلت قوله الحاقا له بالاب علة للنفي دون النفي تامل تفهم قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على امرين جائزين قال صاحب العناية يريد به رهن الاب والوصي متاع الصغير للدين على نفسه رهنا واحدا للدين على الصغير وعلى هذا المعنى راى جمهور الشراح ههنا اقول فيه بعد عما يحمله كلام المصنف فان الذي ذكره المص فيما قبل انه رهن الاب متاع الصغير لدين على نفسه او لدين على الصغير دون رهن الوصي اياه فالظاهر ان الضمير في قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير راجع الى الاب فقط فمدرج رهن الوصي ايضا في بيان مراد المص ههنا لا يناسب سياق كلامه وايضا قال المص فيما بعد وكذلك الوصي وكذلك الجد اب الاب اذا لم يكن الاب او وصي الاب ولا يخفى ان هذا العطف والتنبيه يقتضي ان يكون قوله ولو رهن بدين على نفسه وبدين على الصغير خصوصا بالاب مندرج الوصي في مضمونه لا يناسب لحاق كلامه فالحق في شرح هذا المقام ما ذكره

وان استدان الوصي للصبي في كسوته وطعامه فرهن به متاعه للبيع جاز لان الاستدانة حائزة للحاجة والرهن يقع لقضاء الحاجة فصح وكذلك لو الحق للبيع فرهن او رهن الاول للبائع قيمة لحال البيع فرهن بدين الاب او الجد او الوصي او القاضي او امين القاضي او رهن لاداء الرهن او لاداء ثمن ما اشتراه الصغير ودرك الثمن فان رهن بدين حتى يقضي الدين لو قبل هلاك الرهن بغير فعله او بفعل الصغير او بفعل الاب او الوصي او القاضي او امين القاضي او بفعل اجنبي فهلك بطل الرهن وان رده حتى يقضي الدين لو قبل هلاك الرهن بفعله

فهما اذا جاء الاستيفاء بالوزن فيه من الضرر بالمرتهن ما لا يخفى ولا يؤدي الى الربوا فصرنا الى التضمين لخلاف الجنس لينقض القبض ويجعل كانه تلف بآفة سماوية
الفرق بين الاصول الربوية عند المقابلة بجنسها واستيفاء احدهما بالردي جائز كما اذا تجوز بيسيرة فحصل الاستيفاء بالاداء وليس لهما ان يحبسا حق المرتهن بتقضية بالجانب الذي لا ضمان لا نه ليس من
مطالبة مطالب لذا الانسان لا يقضي مالك نفسه ويتعذر التقويم بتعذر القبض وقد عدم اذا استوفى الزيوف مكان الجياد فهلكت فهو على الاختلاف الذي مر في الزيادة وهو معروف غير ان الثاني لا يصح
حملا على ما هو المشهور ان يحبس الراهن فيها مع المرتهن لو بسقط وهو الفرق بين الزيوف والزيادة المتصلة لان استيفاء وقع في الزيوف ليستوفي من جنسها والزيادة المتصلة لا يتوصل الى استيفاء دينه الا بهلاكها فيضمن الراهن قيمتها يوم قبضها لا يوم هلاكها لان القبض
والزيادة من ضمان المرتهن لو بالكسر لو بالفتح من الراهن لو بالعكس لو بالعكس لو بالعكس

فاذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا استبر ائه المعنى وهو لا يرضى العقد والرهن والكفيل معينا وكان الكفيل غائبا حتى افترق فالرهن معنى الكفالة والرهن للمهلة ففي الاعتبار العينة فسد العقد غائبا لخضر اجعل قوله واصله ولو اصطنع مشتريا عن تسليم الرهن لم يجبر عليه وقال زفر يجبر لان الرهن اذا شرط في البيع صار حقه كما لو كان مشروطا في البيع وطرفه الرهن فيلزم ويجبر ونحن نقول الرهن عقد تبرع من الراهن ما بنباه ولا يجبر على التبرع ولان الباقي بالجبر اجبار على بعض ما في ضمن شيء وهو راض بالاصل فيختار رضاه الا ان يؤدي الى فوات حصول المقصود من الرهن وهو قبض الرهن رهنا فان يذكر الاستيفاء ثبت حق المعنى وهو الطريق قال ومن اشترى عبدا وباعه ثم قبل البائع العبد بالعيب بقضاء او بغير قضاء فالرهن على حاله لان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين وبقاء الرهن على حاله لان الاقالة في حق غيرهما بمنزلة البيع منهما فلا يبطل الرهن بالبيع كذا هذا قال ولو كان البائع وهب العبد للمشتري وسلمه اليه او باعه منه او اعتقه بطل الرهن لان هذه التصرفات تمنع الرجوع في العبد فتمنع بقاء الرهن لان الرجوع في الهبة بقضاء او بغير قضاء والبيع والعتق يمنعان الرجوع فكذا ما يمنع سببه يمنع حكمه وهو الرهن قال ولو رهن عبدا بالف درهم ثم باعه من المرتهن بالف درهم قبل القبض بطل الرهن لان البيع يمنع الرجوع في العبد فيمنع بقاء الرهن لان الرهن لا يبقى رهنا بدون العبد فصار كما لو اعتقه او باعه من غير المرتهن وهذا لان الرهن وثيقة بالدين فيكون محبوسا بكل جزء من اجزاء الدين وكل جزء من اجزاء العبد مطالب بجزء من اجزاء الدين فصار كالبيع في يد البائع من غير المرتهن حتى يسقط حصة كل واحد منهما من الثمن بهلاك الآخر قبل القبض وكذا لو اعتقه او باعه من غير المرتهن لان الرهن يمنع الرجوع في العبد ويوجب حبسه على ما بينا

تقدم عقد الرهن وانما طل بشيوع في الحقين وجه الاستحسان ان العقد لازم ولا قدرة والايراد لحكمه وحكمه في حالة الحبس الشيوع بقدره وقد تعذرت الاستدامة فيما يبقى في الدين والشيوع لا يضره وصار كما اذا ادعى الرجلان نكاح امرأة او ادعت اختان النكاح على رجل واحد وهو البينة قامت في حالة الجحود وتسقط بالميراث لتهمتهم فيها بالبينات لا يقبل لا نفسها والله اعلم

باب الرهن الذي يوضع على يد العدل

قال اذا افتقا على وضع الرهن على يد عدل فسلمه اليه ثم اراد الراهن ان يأخذه من يده ليس له ذلك حتى يرضى المرتهن وقال الشافعي له ان يأخذه لان يد العدل كيد المالك ولهذا لو هلك هلك من مال الراهن ولهذا جاز الحبس عنده الا استحقاق الحبس والاستحقاق لا يثبت في الحال فصار كما لو رهنه عند المرتهن ثم اخذه منه لنا ان يد العدل يد المرتهن حتى لو هلك هلك من مال المرتهن ولهذا جاز الحبس عنده فصار كما لو رهنه عند المرتهن ثم اخذه منه بخلاف ما اذا رهنه عند المرتهن لان يد العدل ليست بيد المرتهن حقيقة ولا حكما لانه لا يملك الحبس عنه ولا يد للمرتهن الا الحبس والمحبوس هو العين دون اليد ولهذا لو هلك لا يهلك من مال المرتهن شيء من الدين وقال في الكتاب ليس للراهن ان يأخذه من يد العدل ولا للمرتهن ان يأخذه منه لتعلق حق الحبس بهما وانما يتعلق حق الحبس بهما اذا كان الرهن في يد العدل بالاتفاق فاما اذا كان في يد الراهن فالمرتهن يستحق الحبس بالقبض السابق وهو قبض الرهن في يد الراهن وقد بقي حكمه وهو الحبس بعد فسخ العقد بالاقالة وبعد الرجوع في الهبة وبعد موت الراهن وجنونه وبعد الارتداد ولحوق المرتد بدار الحرب وبعد ما اذن للمرتهن في بيعه فباع ولم يقبض الثمن حتى رجع الآذن في البيع وبعد ما اذن للراهن في بيعه فباع ولم يقبض الثمن حتى رجع المرتهن في الاذن وبعد ما اذن للراهن في بيعه فباع وقبض الثمن حتى رجع المرتهن في الاذن وبعد ما اذن للراهن في بيعه فباع وقبض الثمن وهلك في يده حتى لو هلك هلك من مال المرتهن بالثمن الذي قبضه الراهن وبعد ما اذن للراهن في بيعه فباع وقبض الثمن وهلك في يده ثم رجع المرتهن في الاذن وبعد ما اذن للراهن في بيعه فباع ولم يقبض الثمن حتى رجع المرتهن في الاذن وبعد ما اذن للراهن في بيعه فباع وقبض الثمن وهلك في يده ثم

وكذلك اذا قال العبد الرهن عبد لان الملك يستحق بالبينة وان كان بدل الدم فاخذ حكم اضعف البدلين وهو المال الى حق المستحق فبقي حق الرهن في التركة لو قتل عبده قاتل عمد وهو به لا ذا قام

مقامه الاول كما وجد وما قال وان اعاد العدل الرهن فاوفى المرتهن الثمن فاستحق الرهن فضمن البائع للمشتري الثمن ثم استحق بعض الرهن فضمن البائع للمشتري قيمة ما استحق من الرهن ثم استحق بعض ما في يد المشتري فضمن البائع للمشتري قيمة ما استحق من الرهن فان قيمة ما استحق من الرهن اولا ينظر فيه الى قيمته يوم استحق بعض الرهن ثانيا فيضمن البائع للمشتري ما بين القيمتين لان الاستحقاق الثاني وقع على ملك المشتري

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره قال واذا باع الراهن

زاد بالشارح المذكور من عند نفسه ليس بشئ فان عدم قول الخصم بذلك لا يقتضي سقوط السؤال المتجه على كلامنا فلا يلزم ان يكون توجه السؤال من قبل الخصم وعن هذا ترى بعضهم يقولون

انما وجب السعاية في المستسعى للشرك في حالتي اليسار والاعسار وفي العبد المرهون يثبت الاعسار لكن الثابت للمرتهن حق الحبس وانه أدنى من حق قيمته الثابتة للشريك الساكت فوجب السعاية هناك في حالة واحدة اعني حالة اعسار المقتضى وتقبله بخلاف المشتري قبل القبض اذا اعتقه المشتري حيث لا يسعى للبائع لان الاعسار ثابت عند ابي يوسف ولا والمرهون تسعى حتى يباع في جنس صنعا كان ليتم حق المرتهن ولا يستوفي من عينه وكذلك يبطل حقه في الحبس بالاعسار من المشتري والمرهن يتقلب حقه ملكا ولا يبطل حقه بالاعارة من الراهن حتى يتمكن من استرداده فلو جنى فداه وجنايته في رقبته سواء بين الحقين وذلك لانه لو فداه المولى وهو عبده بأن قال له ارهنتك عندي فداؤك وكذا لو العبد ثم اعتقه المعير استعادة عند تأجل الدين فالرهن هو يعتبر بالقرار وهو بعد التعلق وذكر التعلق اشارة الى حق يملك التعليق فيه لتمام ملكه فيخرج مجلا فما بعد العتق لانه حال انقطاع الملك ولو دبره الراهن ثم قبض بيع بلا اتفاق اما عند نا فظاهر وكذا عند ابن ابي ليلى لان التدبير لا يمنع البيع على اصله وتمامه انه فاستولدها الراهن صح الاستيلاد ولا تفاق لانه يصح في المحتمل وهو ما لا يباع في جناية الابن فيصح بالاولى واذا صح خرجا من الرهن لبطلان المحلية لا يصح استيفاء الدين منهما فان كان الراهن موسرا ضمن قيمتها على التفصيل الذي ذكرناه في الاعتاق وان كان معسرا سعتا في قيمة الرهن المدبر وام الولد في جميع الدين لان كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة لان كسبه له والمتبس عنده وليس لاقل من القيمة فلو ادى عاد حق المرتهن بقدر الدين فاذا عجز عاد حق المرتهن بقدر الزيادة ولا يجمعان بما يؤديان على المولى بعد يسارهما لانهما اديا من مال المولى والمعتق يرجع لانه ادى ملكه عنده وهو مضطر على ما مر وقيل الدين اذا كان مؤجلا يسعى المدبر في قيمته لانه عوض الرهن حتى تحبس مكانه فتفوت رقبة المعوض فيخلو عن العوض بخلاف ما اذا كان حالا لانه يقضيه بالدين ولو اعتق الراهن المدبر وقد قضى عليه بالسعاية او لم يقض لم يسع الا بقدر القيمة لان كسبه بعد العتق ملكه وما اداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه لانه اداه من مال المولى قال ولكن لو استهلك الراهن الرهن لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف والضمان رهن في يد المرتهن لقيامه مقام العين فان استهلكه اجنبي والمرتهن هو الخصم في تضمينه فيأخذ القيمة ويكون رهنا في يده لانه احق بعين الرهن حال قيامه فكذا في استرداد ما قام مقامه والواجب في هذا المستهلك قيمته يوم هلك فان كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة ويوم رهن الفا رهن خمس مائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة فصار الحكم في الزيادة كما لو هلكت بآفة والعقد في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لان التلف لساوم مضمون عليه لانه قبض استيفاء لانه قبض عن طلاق ولو استهلكه المرتهن سقط من الدين مقدار القيمة لانه اتلف ملك الغير وكانت رهنا في يده حتى يحل الدين لان الضمان يدل العين فأخذ حكمه واذا حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن منها ذا حقه لانه جنس حقه فكان فيه فضل وصل الى يده على الراهن لانه بدل ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن وان نقصت عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لان ما استقبض كالهالك وسقط الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض وهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالاتلاف وهو قيمته يوم اتلف

الاعتراض ظاهر السقوط لانه انما يلزم ان لو قيس بيع الرهن ولا يتوقف ان لو انتفى بالقدرة على تسليمه بالكلية والمنتفي في بيع الراهن انما هو القدرة على تسليمه بدون اجازة المرتهن او قضاء الراهن، دينه لا القدرة على تسليمه اصلا فيتوقف على اجازة المرتهن او قضاء الراهن دينه اذ بواحدهما تحصل القدرة على التسليم فينفذ البيع كما في البيع الفضولي قوله وكذا لو استهلك الراهن الرهن قال صاحب النهاية هو معطوف على قوله فان كان موسرا ضمن قيمتها واقتفى اثره صاحب معراج الدراية وصاحب العناية اقول شرح هذا المقام بهذا الوجه خروج عن سنن الصواب لان قوله وكذلك لو استهلك الراهن الرهن لفظ القدوري في مختصره وهو مذكور في البداية ايضا وقوله فان كان موسرا ضمن قيمتها ليس بلفظ القدوري في مختصره وليس بمذكور في البداية اصلا بل هو من المسائل الاصل التي ذكرها المصنف في الهداية تفريعا على مسئلة مختصر القدوري وهو من قوله ولو اقر المولى برهن عبده الى هنا فكيف يصح جعل لفظ احد الشيخين في احد الكتابين معطوفا على اللفظ شيخ اخر في كتاب اخر وكيف يكون عطف عبارة المتن وهو البداية على عبارة الشرح وهو الهداية مع تقدم عبارة تحقق المتن على تحقق عبارة الشرح فالصواب ان يجعل قوله المذكور معطوفا على قوله فيما مر متنا فان كان الدين حالا الاطولب باداء الدين وان كان مؤجلا اخذ منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين لانه ايضا لفظ القدوري في مختصره ومذكور في البداية ايضا فتيم ويحسن عطف احدهما على الاخر وترتيب عبارة مختصر القدوري والبداية هكذا وان عتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه فان كان الدين حالا الاطولب باداء الدين وان كان موجلا اخذ منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين وان كان الراهن معسرا سعى العبد في قيمته وقضى به الدين وكذا لو استهلك الراهن الرهن انتهى فتامل في هذا الترتيب فتكن الحاكم التفصيل قوله وان نقصت عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين

خمسمائة لان ما استقبض كالهالك وسقط الدين بقدره ويعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالاتلاف وهو قيمته يوم اتلف قال الزيلعي بعد ان ذكر هذا البعينه في شرح الكنز كذا ذكره صاحب الهداية وغيره وهو مشكل فان النقصان بتراجع السعر اذا لم يكن مضمونا عليه ولا معتبرا فكيف يسقط من الدين خمسمائة سوى ما ضمن الاتلاف وكيف يكون ما انتقض به كالهالك حتى يسقط الدين بقدره وهو ان لم ينتقض الا بتراجع السعر وهو لا يعتبر فوجب ان لا يسقط بمقابلته شئ من الدين انتهى اقول ليس هذا اشكالا شديدا فانه ينحل بقول صاحب الهداية وغيره يعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ولا شك ان القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء فهلاكه يتقرر الضمان ولما كان المعتبر قيمته يوم القبض وقد كانت قيمته يوم القبض الفا انتقضت منها خمسمائة بتراجع السعر سقط عن الدين لاصالة مقدار تمام الالف خمسمائة باتلافه وخمسمائة بقبضه السابق حيث كانت قيمته وقت القبض الفا ولا تاثير في سقوط شئ منه لتراجع السعر اصلا وهذا مع ظهوره من عبارة الهداية وغيرها كيف خفي على مثل ذلك الفاضل قوله وكذلك لو اعار احدهما اجنبيا باذن الاخر سقط حكم الضمان لما قلنا يشير بقوله لما قلنا الى قوله للمنافاة بين يد العارية ويد المرتهن قال بعض الفضلاء فيه نظر اذا وقع بعد العدل لا يسقط الضمان مع المنافاة بين يد الايداع والرهن اقول الفرق بين الاعارة وبين الوضع في يد العدل المذكور

قال فإذا اعار المرتهن الراهن ليرهنه عليه او ليعمل له عملا فقبضه خرج من ضمان المرتهن للمنافاة بين يد العارية ويد الرهن فان هلك في يد الراهن هلك بغير شيء لموت الغصب المتعين ولانه ان يسترجعه الى يده كان عقد الرهن باقيا في الحال لانه لو هلك الراهن قبل ان يرده على المرتهن كان المرتهن احق به من سائر الغرماء وهذا لان يد العارية ليست بيد ضمان والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال الا ترى ان حكم الرهن ثابت في الدار المرهونة ولم يكن مضمونا بالهلاك واذا بقي عقد الرهن بقي الضمان فاذا اخذه عاد الضمان لانه عاد القبض بصفته وكذلك لو اعاره احدهما اجنبيا ولو اعاره من الآخر سقط حكم الرهن قبل الرد لان يد كل واحد منهما يد نفسه لانه لا حق للمرتهن في يد الراهن حتى لا يرد عليه بالرهن ولا حق للراهن في يد المرتهن حتى لا يرد عليه بالعارية فصار كما لو اعاره من اجنبي واذا سقط حكم الرهن فيه صار الا مقبوضا بجهة العارية لانه لا حق للمرتهن فيه بالرهن ولا حق للراهن فيه بالعارية لانه لا يتصور ان يكون مستعيرا لملك نفسه وكذلك لو اعاره من المرتهن او من الراهن فقبل ان يأخذ في العمل هلك بغير شيء لما قلنا ولانه لا حق للمرتهن في يد الراهن ولا للراهن في يد المرتهن فصار كما لو اعاره من اجنبي واذا استعار الراهن من المرتهن شيئا ليرهنه فهلك بغير شيء لما قلنا ولانه لا حق للمرتهن في يد الراهن ولا للراهن في يد المرتهن فصار كما لو اعاره من اجنبي واذا استعار

للصير اكثر من ذلك فكذلك اذا اتفقا كان معتبرا بالزيادة انتهى وافقى اثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية وقال صاحب العناية بعد نقل صدر النهاية بعبارة نفسه وليس بوارد على النص لانه يوضح المسئلة فيما اذا كانت القيمة مثل الدين انتهى اقول فيه نظر لان قول النص والهداية يرجع على الراهن بما امكن من مقامات وليس هذه المسئلة لانه لا توافق هذه المسئلة ولا يخفى ان مقدمات الدليل لا يجب ان توافق المدعى في الخصوص العموم والاطلاق والتقييد والاطلاق الا يرى ان الكثير شرط في اشهر الاقيسة فاقوله لها وان كان المدعى جزئيا فما ابين يلزم من تقييده وضع المسئلة تقديم مقدمات وليلها الى اخرها حتى يستغنى عن تقييده بتلك المقدمة بما ذكره صاحب النهاية وغيره ثم ان الزيلعي قال في التبيين وذكر في النهاية انه اذا كان باكثر من قيمته بان كان الدين المرهون به اكثر لا يرجع بالزيادة على قيمته وهذا مشكل لان تخليص الرهن لا يحصل مايفاء بعض الدين فكان مضطرا او باعتبار الاضطرار يثبت في حق الرجوع فكيف يمنع الرجوع مع بقاء الاضطرار وهذا لان غرضه تخليصه لينتفع به ولا يحصل ذلك الا باداء الدين كله اذ لا يمكن ان يحبسه حتى يستوفي الكل على ما عرف في موضعه انتهى اقول ههنا كلام هذا نوع غرامته لان صاحب النهاية قد ذكر حاصل استشكاله بطريق السوال واجاب عنه حيث قال فان قيل هو لا يتصل الى تحصيل ملكه الا بايفاء جميع الدين فلم يكن معتبرا قلنا نعم ان انما وجب على التفصيل باعتبار ايفاء الدين عن ملكه فكان الرجوع اليه بقدر ما يتحقق به الايفاء انتهى وقد تبعه في ذكر هذا السوال والجواب صاحب الكفاية ومعراج الدراية فالى الجواب المذكور مرضى عند الزيلعي ايضا فلا حق لاستشكال كلام صاحب النهاية بعد ان راى الجواب والسوال مسطورين في النهاية على الاتصال بما استشكله وان لم يكن الجواب المذكور مرضيا عنه كان عليه ان يبين محل فساده ولا ينبغي ان يعد السوال المذكور فيما اشكالا من عند نفسه

قوله وان شاء ضمن الغير قيمته لان الحق قد تعلق برقبته وقد اتلفه بالاعتاق اقول كان الحق في التعليل ان يقال لان الحق تعلق بالعين وقد تلفها بالاعتاق اذ لا شك ان المراد بالحق المذكور في التعليل انما هو حق المرتهن وحقه متعلق بمالية الرهن دون رقبته كما مر غير مرة

قوله اما الوفاقية فلانها جناية المملوك على المالك قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل اي ما وجه المسئلة التي اتفقوا في حكمها وهو ان جناية الرهن على الراهن هدر لانها جناية المملوك على المالك واقتفى اثره صاحب العناية اقول لا وجه عندي لافهام لفظ الوجه في تفسير مراد النص بقبول المذكور اذ يصير المعنى حينئذ ما وجه المسئلة الوفاقية اي علتها لهذه العلة المذكورة في الكتاب لان النص قد دخل الامر على الخبر كما ترى فيؤول المعنى الى ان علة هذه المسئلة لهذه العلة فيلزم ان يكون المذكور في الكتاب علة العلة لا علة نفس المسئلة وهو فاسد قطعا

قوله ثم ان شاء الراهن والمرتهن البطلا الراهن ورفعاه بالجناية الى المرتهن قال صاحب العناية قوله ورفعاه فيه تسامح لان المرتهن لا يدفع العبد الى نفسه وخلاصة المشاكلة لانه وان كان قابلا لذكره بلفظ الدافع لو قوعه في صحبته او التعلية سماه وافقا ومناه انتهى اقول لا صحة لتوجيه المشاكلة ههنا لان المشاكلة ذكر الشئ بلفظ غيره لوقوعه في صحبته وهذا لا يتصور الا اذا تكرر ذكر لفظ واريد به في المرة الاولى اصل معناه وفي الاخرى غير ذلك كما في قوله تعالى حكاية تعلم ما في نفسي ولا اعلم ما في نفسك ومنها نحو فيه لم يتكرر ذكر لفظ بل وقع مرة واحدة بصيغة التعدية وصيغة التغليب لا غير كما لا يخفى

قوله ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي

بان كان مقابلا بالدم على صلحا حتى لا يزاد على دية الحر لان المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية فلذا قيد بما قام مقامه ثم لا يرجع على الراهن حتى ان يدا الرهن بدين لا استيفاء من الابتداء وبالهلاك تقرر وقيمته كانت في الابتداء الفا فيصير مستوفيا للكل من الابتداء او نقول لا يمكن ان يجعل مستوفيا بالالف بالهلاك لانه يؤدي الى الربوا فيصير مستوفيا مائة وهي تسعمائة في العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعمائة بالحاوف خلاف ما الزامات من علق قتل احد لانه يصير مستوفيا الكل بالعبد لانه كان يؤدي الى الربوا

قال وان كان امره الراهن ان يبيعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء من حقه فرجع بتسعمائة لانه لما باعه كان الراهن سترة وواسطة فسقطه ولو كان كذلك يسقط الرهن وبين الدين لا يقدر ما استوفى كذا هذا

قال وان قتل عبد قيمته مائة قد فهو مكانه فتكون جميع الدين وهل عبد بن جنيه قيمة وابى يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن بمائة وقال زفر رحمه الله يصير هذا بمائة لان بدل الرهن يدا استيفاء وقد تقرر بالهلاك الا انه اخلف بدلا لا لانه اخلف العين فبقي الدين على حاله وهذا بناء على ان الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين عندنا وعنده بالقيمة لا غير وقد مر

ولنا ان الواجب في الاصل هو الدين لان الرهن وثيقة به وانما تعتبر القيمة عند الهلاك لتعذر رد العين فيقدر بقدر الدين عند الهلاك لان الزيادة على الدين لا تضمن بالاتلاف فكذا بالهلاك وهذا لان الرهن امانة في يد المرتهن لان قبضه بغير امر الراهن لا يكون مضمونا فكذا بالامر لان الامر بالقبض لا يغير حكم القبض كالامر بالامساك ولان الرهن لو هلك بالزيادة على الدين لهلك بعض الدين بمقابلة الامانة وهو الوديعة وهذا لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا قتل العبد الرهن فعليه قيمته مائة عندنا خلافا لزفر وعلى هذا الخلاف اذا قتل في يد الغاصب فعليه قيمته مائة عندنا خلافا لزفر ولو كان الراهن هو الذي قتله فعليه قيمته مائة عندنا خلافا لزفر ولو كان الاول قاتلا والثاني قاتلا فعلى كل واحد منهما قيمته مائة عندنا خلافا لزفر ولو كان الاول قاتلا والثاني اجنبيا فعلى الاجنبي قيمته مائة عندنا خلافا لزفر ولو كان الاول اجنبيا والثاني قاتلا فعلى كل واحد منهما قيمته مائة عندنا خلافا لزفر ولو كان الاول قاتلا والثاني اجنبيا فعلى الاجنبي قيمته مائة عندنا خلافا لزفر ولو كان الاول اجنبيا والثاني قاتلا فعلى كل واحد منهما قيمته مائة عندنا خلافا لزفر

ولو قتل عبد الدين عبدا قيمته مائة فعلى القاتل قيمته مائة عندنا خلافا لزفر ولو كان الاول قاتلا والثاني اجنبيا فعلى الاجنبي قيمته مائة عندنا خلافا لزفر ولو كان الاول اجنبيا والثاني قاتلا فعلى كل واحد منهما قيمته مائة عندنا خلافا لزفر ولو كان الاول قاتلا والثاني اجنبيا فعلى الاجنبي قيمته مائة عندنا خلافا لزفر ولو كان الاول اجنبيا والثاني قاتلا فعلى كل واحد منهما قيمته مائة عندنا خلافا لزفر

ولو قتل عبد الدين عبدا قيمته مائة فعلى القاتل قيمته مائة عندنا خلافا لزفر ولو كان الاول قاتلا والثاني اجنبيا فعلى الاجنبي قيمته مائة عندنا خلافا لزفر ولو كان الاول اجنبيا والثاني قاتلا فعلى كل واحد منهما قيمته مائة عندنا خلافا لزفر ولو كان الاول قاتلا والثاني اجنبيا فعلى الاجنبي قيمته مائة عندنا خلافا لزفر ولو كان الاول اجنبيا والثاني قاتلا فعلى كل واحد منهما قيمته مائة عندنا خلافا لزفر

ما تقدم به فهو على هذا الخلاف قال صاحب غاية البيان وهذا تكرار لا محالة لان وضع المسئلة في الفصل الثالث فيما اذا تراجع سعر الرهن الى مائة فقتله عبد قيمته مائة تقيله عبد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف فيه فلا حاجة الى ان يقول بعد ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف انتهى وقال صاحب العناية قيل في بعض الشروح وهذا تكرار لا محالة لان وضع المسئلة في الفصل الثالث معنى ما عبرنا عنه ههنا بالصورة الثالثة فيما اذا تراجع سعر الرهن الى مائة فقتله عبد قيمته مائة فدفع به وقد مر الخلاف فلا حاجة الى ان يقول بعد ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف وكذلك صاحب النهاية جعل الصورة الثالثة فيما اذا تراجع السعر لكنه لم يتعرض لوقوع التكرار وهو لازم عليه ايضا وفي ذلك شرط بمثل صاحب الهداية الذي حاز قصب السبق في مضمار التحقيق وانما الصورة الثالثة في غير تراجع السعر كما ذكرنا وهذه المسئلة في صورة التراجع والتكرار ثمة الى ههنا لفظ العناية اقول لا تكرار في بيان صورة المسائل الثلاث انما هو عبارة البداية الماخوذة من المتن الصغير والانصاف انها لا تساعد جعل الصورة الثالثة في غير تراجع السعر كما فعله صاحب العناية وصاحب الكفاية وانما تساعد جعلها في تراجع السعر ايضا كما فعله صاحب النهاية وصاحب معراج الدراية وصاحب الغاية او جعلها فيما هو اعم من تراجع السعر او من عدم تراجعه فان نص عبارة البداية على ما وفق في الجامع الصغير بكذا ومن رهن عبدا يساوي مائة بالف الى اجل ينتقض في السعر ورجعت قيمته الى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يعتبره المائة فيضمن حقه ولا يرجع على الراهن بشيء وان كان امره الراهن ببيعه فباعه بمائة قبض المائة فيضمن حقه ويرجع بتسعمائة فان قتله عبد قيمته مائة فدفع اليه مكانه فتكه بجميع الدين وقال محمد رح هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المرفوع الى المرتهن انتهى ولا يخفى عليك ان قوله فان قتله عبد الى اخره عطف على قوله ثم قتله رجل وان الظاهر المتبادر ان ضمير قتله في المعطوف راجع الى ما رجع اليه ضمير قتله في المعطوف عليه ولا شك ان الضمير في المعطوف عليه راجع الى العبد المرهون الذي نقص في السعر فكذا الضمير الذي في المعطوف كما ذهب اليه اصحاب النهاية ومعراج الدراية وغاية البيان وان اخرج الضمير في المعطوف عما هو الظاهر المتبادر من رجوعه الى ما رجع اليه ضمير المعطوف عليه فلا اقل من ارجاعه الى مطلق العبد المرهون المذكور في ضمن العبد المرهون المقيد بنقصان سعره في المعطوف عليه وعلى كلا التقديرين لا يخلو ما ذكره المصنف ههنا لقوله ولو كان تراجع سعره الى آخره عن مناسبة التكرار واما ارجاع الضمير في المعطوف الى العبد المرهون المقيد بعدم تراجع السعر فيأباه لا يساعده لعبارة المذكورة قطعا على مقتضى العربية فلا وجه للمصير اليه تبصر ترشد قوله لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى قال صاحب النهاية قوله وحق ولي الجناية بالجر اي دين العبد مقدم على دين المرتهن ومقدم على حق ولي الجناية ايضا حتى انه لو جنى وعليه دين يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء على ما يأتي في جناية المملوك في الديات وقوله لتقدمه على حق المولى اي لتقدم حق العبد على حق المولى فاذا كان مقدما على حق المولى يكون مقدما على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولي الجناية لان المرتهن يقوم مقام المولى في المالية وولي الجناية يقوم مقام المولى في ملك العين الى هنا كلامه واقتفى اثره في هذا البيان جماعة من الشراح منهم صاحب الجناية وصاحب الغاية وحق ولي الجناية بالنصب او بالرفع عطفا على لفظ دين العبد او محله على ان دين العبد مقدم على دين المرتهن كذا حق ولي الجناية ايضا مقدم على دين المرتهن

فان فضل شئ ودين غريم العبد مثل دين المرتهن او اكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن لان الرقبة استحقت لمعنى في نفسها وهي فداء المرتهن فاشبه الهلاك وان كان دين العبد اقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان لان دين المرتهن قد حل عند الراهن لانه من جنس حقه وان كان لرجل مسيكة حتى يحل وان كان ثمن العبد لا يفي بدين الغرماء اخذ الثمن وليس لغرماء الجناية ان يتعلقوا برقبته وان استوفيت فيتحاوا الى ما بعد العتق ثم اذا ادى بعد ولاء يرجع على احد لانه وجب عليه بفعله فان كانت قيمة العبد الفين وهو رهن بالفين وقد جنى العبد يقال لهما افدياه لان النصف منه مضمون والنصف امانة والفداء في المضمون على المرتهن في الامانة على الراهن فان اجمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لانه بناء وانما منع الرضى به فان تشاحا فالقول لمن قال انا افدي رهنا كان او مرتهنا لان المرتهن فاز بشئ والفداء ابطال حق الراهن في الدفع الذي يختاره الراهن ابطال حق المرتهن وكذا في جناية ولد الراهن اذا قال المرتهن انا افدي له ذلك وان كان المالك يختار الدفع لانه ان لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه وله في الفداء غرض صحيح وكالضرر على الراهن لكان له ان يفدي واما الراهن فليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره ويكون المرتهن في الفداء متطوعا في حصة الامانة حتى لا يرجع على الراهن لانه يمكنه ان لا يختاره فيخالط الراهن فلما التزمه بالحالة هذه كان متبرعا وهذا على ما روى عن ابي حنيفة رح الله لا يرجع مع الحضور وتسعين القولين انشاء الله تعالى ولو ان المرتهن ان يفدي وفداه الراهن فانه يحتسب على المرتهن نصف الفداء من دينه لان سقوط الدين امر لا بد منه فلدى او دفع فاشبه الراهن في الفداء متطوعا ثم ينظر ان كان نصف الفداء مثل الدين او اكثر بطل الدين وان كان اقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء وكان العبد رهنا بما بقي لان الفداء في النصف كان عليه فاذا اداه الراهن وهو ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا بدينه كأنه اداه في نصفه فبقي العبد رهنا بما بقي ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا وهذا قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد والحسن رح في فدية المرتهن متطوع في الوجهين لانه فدى ملك غيره بغير امره فاشبه الاجنبي وله انه اذا كان الراهن حاضرا امكنه مخاطبته فاذا فداه المرتهن فقد تبرع كالاجنبي فاما اذا كان الراهن غائبا فعند مخاطبته والمرتهن محتاج الى اصلاح المغنوم ولا يملكه وذلك الا باصدام الامانة فاذه يكون متبرعا **قال** واذا مات الراهن باع وصيه المرتهن وقضى دينه لان الوصي قائم مقامه **قوله** ولو تولى الموصى حيا بنفسه كان له ولاية البيع باذن المرتهن فكذا لو صيته وان لم يكن له وصي نصب القاضي لهم وصيا وامره ببيعه لان القاضي نصب ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجز واعجز الغرماء عن المطالبة او تعذر عليهم النظر لانفسهم والنظر في نصب الوصي ليؤدي ما عليه لغيره وليستوفي ماله من غيره وان كان على الميت دين فرهن الوصي رهنا من غرمائه لم يجز وللآخرين ان يردوه

لان كل واحد منهما مقدم على حق المولى فلان يقدم على حق المرتهن اولى لان حق المالك اولى وبدل على هذا التقرير تصريح القدوري بذلك في شرحه وقدم انفا تحقيقه ان المصنف ذكر جناية العبد المرهون اولا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله واذا قتل العبد الرهن فتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن ثم ذكر دين العبد ثانيا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله ولو استهلك العبد المرهون مالا وهذا كله يدل على ان مراد المصنف ما ذكرنا وقال بعضهم في شرح قوله وحق ولي الجناية مقدم على دين المرتهن وتقدم ايضا على حق ولي الجناية حتى لو جنى وعليه دين يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فاقول هذا في غاية الضعف لان المسئلة التي استشهد بها تدفع كلامه لانه قال دين العبد مقدم على حق ولي الجناية وفي المسئلة قدم حق ولي الجناية ثم رتب عليه حق الغرماء وانه لا مناقضة لامحالة الى هنا لفظ الغاية اقول لا تدافع بين كلام هؤلاء الشراح وبين المسئلة التي استشهدوا بها اذ لا يشتبه على الفطن تحقق تقديم حق الغرماء حقيقة على حق ولي الجناية في تلك المسئلة فانه وان دفع العبد الجاني اولا الى ولي الجناية الا انه لم يبق في يده بل بيع ووقع ثمنه الى الغرماء وقد كان بيّنه عليه صاحب الكفاية حيث قال لانه وان دفع الى ولي الجناية اولا لكن اذا بيع لم يبق للدفع اثر فعلم ان الدين كان مقدما حقيقة انتهى **قوله** فان فضل شئ الى آخره اقول فيه شئ وهو ان الظاهر من اسلوب تحرير الكتاب ان يكون قوله فان فضل شئ الى آخره من متفرعات المسئلة السابقة وهي قوله ولو استهلك العبد المرهون مالا لا يستغرق رقبته ولا يذهب على ذي مسكة ان المال المستهلك اذا استغرق رقبة العبد لا يتصور ان يفضل على دين الغريم شئ من ثمن العبد الذي بيع فيلزم ان لا ينتظم المعنى اللهم الا ان يكون قوله فان فضل شئ الى آخره مسئلة مبانية للمسئلة الاولى مقابلة لها لا مستفرعة عليها ويكون انفافي قوله فان فضل لمجرد التذكير كما يستعمل الفاء هذا المعنى ايضا على ما عرف في علم الادب تامل

فصل هذا الفصل بمنزلة المسائل المتفرقة المذكورة في اواخر الكتب فلذلك آخره استدراكا لما فات فيما سبق **قوله** لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذ المحلية بالمالية فيها والخمر ان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء اقول لقائل ان يقول لو كان مدار مسئلتنا المذكورة على هذا القدر من التعليل لما ظهر فائدة قوله ثم صار خلافا في وضع المسئلة بل كان يكفي ان يقال ومن رهن عصير خمر بعشرة فتخمر فهو رهن بعشرة لكفاية التعليل المذكور بعينه في اثبات هذا المعنى العام فلم قال صاحب العناية وللقائل ان يقول ما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فما نهذا يخلف عن ذلك الاصل وقال ويمكن ان يجاب عنه بانه كذلك فيما يكون المحل باقيا وههنا يتبدل المحل حكما يتبدل الوصف فلذلك يخلف عن ذلك الاصل انتهى اقول في الجواب بحث اذ للقائل ان يعود ويقول لم كان تبدل المحل ههنا يتبدل الوصف كان ينبغي ان يبطل العقد فيما اذا اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض اذ على تقدير تبدل المحل يلزم ان يكون المبيع هالكا قبل القبض في هاتيك الصورة وقد قالوا في مسئلة الاتية ان البيع ينفسخ بالهلاك قبل القبض وان انتقض لا يعود مع انه ذكر في الكتاب ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد الا انه يتخير في البيع فان قيل بدل التبدل ليس بتبدل حقيقي بل تبدل حكمي كما صرح به صاحب العناية والذي يستلزم كون المبيع هالكا انما هو التبدل الحقيقي دون الحكمي قلنا فلقائل ان يقول بانا ان هذا التبدل الحكمي كان له تاثير في التخلف عن ذلك الاصل المقرر ولم نسلم تاثيره في كون المبيع هالكا والفارق بينهما وبالجملة للكلام مجال في كل حال وقد اورد بعض الفضلاء على الجواب المزبور وجها آخر حيث قال فيه

لانه أو معنى الوفاء بالايفاء لكن في نفسه الايثار بالايفاء الحقيقي فان نفس وضع الشيء في يد غيره جائز لزوال المانع لوصول حقه اليه ولو بدون تمليت عرفيه مجرد تخلية المحل بالايفاء الحقيقي وقت ما يريد لانه بالقبض الاول قد يتعذر الرجوع لاحتمال الجحود والانكار ويحتاج الى اقامة البينة على الهلاك وقد لا يتمكن منها فيتضرر الراهن بخلاف ما اذا كان الرهن في يد المرتهن لان الهلاك يكون على ملكه قال رضي الله عنه وفي بعض النسخ الرهن كما ذكرناه في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى

فصل قال ومن رهن عشرة بعشرة فهلك عشرة فهي بعشرة ومن رهن عشرة بعشرة فهلك عشرة سقط عنه عشرة لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اما الحلية فظاهر والمالية فلان البيع انما يجوز لاجل المالية وكذا التقوم عندنا وكذا الرهن لان المقصود من الرهن استيفاء بعض الدين عند تعذر استيفاء الكل وذلك بالمالية والتقوم جميعا وقد بينا ان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن وما لا فلا ثم العقد لا يتجزأ في نفسه لان البيع لا يتبعض ولو تبعض تبعض الثمن والمبيع جميعا وكذا الرهن لان الرهن يتبع البيع في الهلاك فاذا هلك بعض المبيع هلك بعض الرهن ضرورة ولكن الرهن لا يتبعض في نفسه لان التبعض يتبع التبعض والرهن لا يتبعض فلا يتبعض ما يتبع به وهو الدين فلا يسقط شيء من الدين بهلاك بعض الرهن الا بالاداء او بالابراء لان الرهن لا يكون مضمونا بالاكثر من قيمته والدين لا يتأدى الا بالكل فلا يسقط شيء من الدين بهلاك بعض الرهن ولكن يسقط بقدر ما يقابل الهالك من قيمة الرهن لان الرهن يكون مضمونا بالقيمة والزيادة تكون مقصودة بالتبع والتبع يقابل بالشيء اذا بقي الى وقت وجود المقصود كولد الجارية يقابل بشيء اذا بقي الى وقت وجود الجارية ثم ما يقابل الهالك يسقط من الدين

[illegible] الدين في اصل العقد غير معين في طرف الدين لانه غير معقود عليه ولا معقود به ولا جزء سابق على الرهن ولكن لاحق بعد انفساخه ولا احتباس باصل العقد فلم يتخذ قبض الرهن [illegible] ولم يتعلق بجميع اجزائه [illegible] ولا يلزم من ذلك ان يكون الرهن مضمونا بالدين

وهو بيان قتل يتعلق به الاحكام **قال** فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح او ما اجرى مجرى السلاح كالمحدد من الخشب كالقصب المروة والمحدد من الحجارة والنار

بخطأ محض ايضا فلا يتم الحصر في القتل بسبب ولما نبه صاحب العناية لما في وجه الحصر الذي ذكره صاحب النهاية من القصور قال في بيان قول المصنف القتل على خمسة اوجه وذلك انا قد استقرينا فوجدنا ما يتعلق به شئ من الاحكام المذكورة احد هو لاء الاوجه المذكورة ونقل ما ذكره صاحب النهاية من وجه الحصر فقال وضعفه وركاكته ظاهران من غير تفصيل وبيان **قوله** والمراد ببيان قتل يتعلق به الاحكام قال جمهور الشراح انما قيد به لان انواع القتل من حيث هو قتل من غير نظر الى ضمان القتل وعدم ضمانه اكثر من خمسة كقتل المرتد والقتل قصاصا والقتل رجما والقتل لقطع الطريق وقتل الحربي حتى قال بعضهم ونظير هذا ما قاله محمد في كتاب الايمان ثلثة ولم يرد به جنس الايمان لانها اكثر من ثلثة يمين بالله وبعين بالطلاق ويمين بالعتاق والحج والعمرة وانما اراد بذلك الايمان بالله تعالى انتهى اقول فيما قالوا نظر اذ الظاهر ان شيئا من انواع القتل لا يخرج من الاوجه الخمسة المذكورة في الكتاب بل يدخل كل من ذلك في واحد من تلك الاوجه فان ما ذكروا من قتل المرتد وقتل الحربي والقتل قصاصا ورجما او لقطع الطريق يكون قتل عمد ان تعمد القاتل ضرب المقتول بسلاح او ما اجرى مجرى السلاح ويكون شبه عمد ان تعمد ضربه بما ليس بسلاح ولا ما اجرى مجرى السلاح ويكون خطأ ان لم يكن الطريق التعمد بل كان بطريق الخطأ الى غير ذلك من الاوجه المذكورة وانما يكون تلك الانواع المباحة من القتل خارجة من الاحكام المذكورة بهذه الاوجه الخمسة لا من نفس هذه الاوجه الخمسة فلا معنى للمقول بان انواع القتل اكثر من خمسة فان قلت كيف يتصور خروج تلك الانواع من الاحكام المذكورة بهذه الاوجه الخمسة لا من نفس هذه الاوجه وحكم الشئ ما يترتب عليه او يلزمه قلت قد يكون ترتب الحكم على شئ مشروطا بشروط الاترى انهم جعلوا وجوب القود من احكام القتل العمد مع ان له شرائط كثيرة منها كون القاتل عاقلا بالغا اذ لا يجب القود على المجنون والصبي اصلا ومنها ان لا يكون المقتول جزء القاتل حتى لو قتل الاب ولده عمدا لا يجب عليه القصاص وكذا لو قتلت الام ولدها وكذا الجد والجدة ومنها ان لا يكون المقتول ملك القاتل حتى لا يقتل المولى بعبده ومنها كون المقتول معصوم الدم مطلقا فلا يقتل مسلم ولا ذمي بالكافر الحربي ولا بالمرتد لعدم العصمة اصلا ولا بالمستامن في ظاهر الرواية لان عصمة ما يثبت مطلقة بل موقتة الى غاية مقامه في دار الاسلام صرح بذلك كله في عامة المعتبرات فكذا كون القتل بغير حق شرط لترتب كل من الاحكام المذكورة للاوجه الخمسة من القتل وليس شئ مما ذكروا من الانواع المباحة للقتل بغير حق بل كلها بحق فدخولها في نفس اوجه القتل دون الاحكام المذكورة لما بناء على انتفاء شرط تلك الاحكام وهو كون المقتول معصوم الدم وكون القتل بغير حق لا يقدح في شئ فالظاهر ان مراد المصنف بقوله والمراد ببيان قتل يتعلق به الاحكام هو التنبيه على ان المقصود بالبيان في كتاب الجنايات انما هو احوال القتل بغير حق اذ هو الذي يكون من الجنايات وترتب عليه احكامها دون احوال مطلق القتل وان كان الاوجه الخمسة المذكورة يتناول كل ذلك **قوله** فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح او ما اجرى مجرى السلاح قال بعض الفضلاء في تفسير قوله ضربه اي ضرب المقتول وقال فيخرج العمد فيما دون النفس انتهى اقول يرد عليه النقض بمسئلة ذكرت في المحيط نقلا عن المنتقى وهي انه اذا تعمد ان يضرب يد رجل فاخطأ فاصاب عنق ذلك الرجل فابان رأسه وقتله فهو عمد وفيه القود وان اصاب عنق غيره فهو خطأ وجه الورود انه لم يتعمد في الصورة الاولى ضرب المقتول بل تعمد ضرب يده مع انه جعل ضربه القتل العمد واجرى عليه حكم قتل النفس وهو

لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه لانه لا بد لليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك وموجب ذلك الملة
لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم الآية وقد نطق به غير واحد من السنة وعليه انعقد اجماع
الامة قال والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الآية تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود اي موجبه

القود تأمل قوله لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه إلا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك أقول فيه بحث وهو ان هذا القدر
من التعليل لشكل بما اذا استعمل الآلة القاتلة في القتل الخطأ كما اذا رمى شخصا بسهم او ضربه بسيف ظنه صيدا فاذا هو آدمي او ظنه حربيا فاذا هو
مسلم وهذا في نوع الخطأ في القصد وكما اذا رمى عرضا بآلة قاتلة فاصاب آدميا وهذا في نوع الخطأ في الفعل فان استعمال الآلة القاتلة الذي جعل دليلا
على القصد قد تحقق هناك ايضا مع انه ليس بعمد بل هو خطأ محض على ما نصوا عليه فالطريق ان قلت المراد باستعمال الآلة القاتلة في التعليل المذكور
استعمالها لضرب المقتول لا استعمالها مطلقا فيصدق اذا رمى عرضا فاصاب آدميا لم يكن استعمالها لضرب الآدمي بل كان لغرض آخر قلت هذا التأويل
انما يفيد في نوع الخطأ في الفعل دون نوع الخطأ في القصد فان استعمالها فيه ايضا لضرب المقتول لكن الخطأ في وصف المقتول فان قلت المراد
استعمالها لضرب المقتول من حيث هو آدمي لا استعمالها لضرب مطلقا وفي نوع الخطأ في القصد لم يتحقق الحيثية المذكورة قلت كون استعمال من هذه
الحيثية امر مضمر راجع الى النية والقصد فلا يوقف عليه كما لا يوقف على العمد فلا بد من دليل آخر خارجي لم يذكر في التعليل المزبور ثم انه لو كان مراد
كون القتل عمدا مجرد استعمال الآلة القاتلة كما هو الظاهر من التعليل المزبور لما كان لقول صاحب الوقاية وكثير من اصحاب المتون القتل
العمد ضربه قصدا بما يفرق الاجزاء كسلاح ومحدد من خشب او حجر او ليطة او نار وجه انه يلزم اذ ذاك ان يكون قيد قصدا زائدا بل لغو العدم
الوقوف عليه بالغرض الا باستعمال الآلة القاتلة وهو ضربه بما يفرق الاجزاء فيكفي ذكره بل لما كان القيد تعهد في الكتاب ايضا في قوله فالعمد
ما تعمد ضربه وجه بل كان ينبغي ان يقال فالعمد ما ضربه بسلاح او ما جرى مجرى السلاح فتدبر قوله وموجبه لما تلو لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم
خالدا فيها الآية أقول لقائل ان يقول الدليل خاص والمدعى عام لان يجب القتل العمد الآثم والمسلم يقابل بالذمي عندنا ولا شك ان وجوب القود لا ينفك عن لزوم الاثم
والآية المذكورة مخصوصة بقتل المؤمن اللهم الا ان يقال الآية المذكورة وان افادت الاثم في قتل المؤمن عمدا فقط بعبارتها الا انها تفيد الاثم
في حق الذمي عمدا ايضا بدلالتها بناء على ثبوت المساواة في العصمة بين المسلم والذمي نظرا الى التكليف او الدار كما سيأتي تفصيله فان قيل بقي
خصوص الدليل مع عموم المدعى من جهة اخرى وهي ان المذهب عند اهل السنة والجماعة ان المؤمن لا يخلد في النار وان ارتكب كبيرة ولم يتب
فالظاهر ان المراد بمن يقتل في الآية المذكورة هو المستحل بدلالة خالدا فيها فكان القتل بدون الاستحلال خارجا عن مدلول الآية قلنا لا نسلم ظهور كون
المراد بمن يقتل في الآية المذكورة هو المستحل لجواز ان يكون المراد بالخلود المذكور فيها هو المكث الطويل كما ذكر في التفاسير فلا ينافي التعميم ذلك
اهل السنة والجماعة ولئن سلم كون المراد بذلك هو المستحل كما ذكر في الكتب الكلامية وفي التفاسير ايضا فالآية دالة على عظم تلك الجناية وتحقق الاثم
في قتل المؤمن عمدا بدون الاستحلال ايضا والا لما لزم من استحالة الخلود في النار قوله والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الآية
يفيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود اي موجبه يعني ان ظاهر الآية يوجب القود بالقصاص انما يوجب القتل ولا يفصل بين العمد
والخطأ الا انه تفيد بوصف العمدية بالحديث المشهور الذي تلقته الامة بالقبول وهو قوله صلى الله عليه وسلم العمد قود اي موجبه قود كذا في
الشروح قال صاحب الكفاية بعد ذلك لا يقال ان قوله عليه السلام العمد قود لا يوجب التقييد لانه تخصيص بالذكر فلا يدل على نفي ما عداه

وكان الجناية بها تكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا تشرع لها دون ذلك **قال** الا عن يعفو الاولياء او يصالحوا لان الحق لهم فهو واجب عينا وليس للولي اخذ الدية الا برضا القاتل وهو احد قولي الشافعي رح الا ان له حق العدول الى المال من غير رضاة القاتل لانه تعين مدفعا للهلاك فيجوز بدون رضاه وفي قول الواجب احدهما لا بعينه ويتعين باختياره كان حق العبد شرع جابرا وفي كل واحد نوع جبر فيتخير ولنا ما تلونا من الكتاب ورويا من السنة وكان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة والقصاص يصلح للتماثل وفيه مصلحة الاحياء زجرا وجبرا فيتعين وفي الخطأ وجوب المال ضرورة صون الدم عن الاهدار ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد اخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك ولا كفارة عليه عندنا وعند الشافعي رح تجب لان الحاجة الى التكفير في العمد امس منها اليه في الخطاء فكان ادعى الى ايجابها

لانا نقول لم لم يوجب بدا اخر تقييدا الآية لم يكن القود موجب العمد فقط فلا يكون لذكر لفظ العمد فائدة انتهى اقول سؤاله ظاهر الورود وينبغي ان يخطر ببال كل ذي فطرة سليمة ولكن لم ار احدا سواه تفطن حول ذكره وانا جوابه فمنظور فيه عندي لجواز ان سئل النبي صلى الله عليه وسلم عن حكم العمد فقط بان كانت الحادثة قتل العمد فصار قوله عليه السلام العمد قود جوابا عن سؤالهم ففائدة ذكر لفظ العمد حينئذ تطبيق الجواب للسؤال ومع هذا الاحتمال كيف يتعين تقييد كتاب الله بالحديث المذكور تفكر **قوله** ولان الجناية بها تكامل وحكمة الزجر عليها يتوفر والعقوبة المتناهية لا تشرع لها دون ذلك جعل صاحب العناية قوله ولان الجناية بها تكامل وحكمة الزجر عليها يتوفر حجة عامة وجعل قوله والعقوبة المتناهية لا تشرع لها دون ذلك حجة اخرى فقال في تقرير الاولى وتقرير حجته ان العمدية تتكامل بها الجناية وكل ما كان يتكامل به الجناية كانت حكمة الزجر عليها اكمل وقال في التقرير الاخرى وتقريرها القود عقوبة متناهية والعقوبة المتناهية لا تشرع لها دون العمدية وذلك ظاهر انتهى اقول ليس ذلك بسديد لان صحة الحكم بان العقوبة المتناهية لا تشرع لها دون العمدية موقوفة على كون الآية المذكورة مقيدة بوصف العمدية اذ لو كانت باقية على اطلاقها لتناولت العمد وشبهه والخطأ فلزم ان يكون القصاص الذي هو عقوبة كاملة مشروعا دون العمدية ايضا بمقتضى اطلاقها وكون الآية المذكورة مقيدة بوصف العمدية هو المدعى ههنا فعلى تقدير ان يكون قوله والعقوبة المتناهية لا تشرع لها دون ذلك حجة اخرى يلزم المصادرة على المطلوب وايضا يلزم حينئذ ان لا يفيد المدعى ما جعله حجة اولى لان تفنيتها على مقتضى تقريره ان العمدية كانت حكمة الزجر عليها اكمل ولا يلزم منها ان لا تتحقق حكمة الزجر في غير العمد اصلا فيجوز ان يجب القصاص في غير العمد ايضا زجرا عنه فلا يتم المطلوب فالصواب ان قوله والعقود المتناهية لا تشرع لها دون ذلك من تتمة ما قبله والمجموع حجة واحدة وان لفظ ذلك في قوله لا تشرع لها دون ذلك اشارة الى تكامل الجناية كما ذهب اليه كثير من الشراح اولى لتوفر حكمة الزجر كما هو الاظهر والاقرب لا الى العمدية كما زعمه صاحب العناية فيفيد مجموع المقدمات ان القود الذي هو عقوبة متناهية لا يجب في غير العمد كما لا يخفى على ذي مسكة ثم اقول بقي في كلام المصنف ههنا شيء وهو انه قد تقرر في كتب الاصول ان مرجع الادلة المذكورة في علم الفقه باسرها الى القياس وبهذا صحوا انحصار الادلة الشرعية في اربعة الكتاب والسنة واجماع الامة والقياس فقول المصنف هنا ولان الجناية بها تكامل الى آخره راجع الى القياس وتقييد الكتاب بالقياس نسخ لاطلاق الكتب بالقياس وهو غير جائز كما عرف في علم الاصول فليتامل **قوله** ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد اخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك يعني لا يتيقن بعدم قصد الولي لقتل القاتل بعد ما اخذ الدية بجواز ان يأخذها الولي من القاتل بدون رضاه حتى يقتله وهذا جواب عن قول الشافعي رح لانه تعين مدفعا للهلاك كذا في الشروح اقول للخصم ان يقول لا شك انه تعين مدفعا للهلاك شرعا فان القاتل يصير مخفون الدم بعده حتى لو قتله الولي بعده يقتص منه وكونه مدفعا للهلاك شرعا ينافي لاخذ الدية من القاتل بدون رضاه اذ الظاهر ان العاقل لا يختار الهلاك المقرر عند تحقق الخلاص عنه شرعا باداء المال بمجرد احتمال الهلاك عقلا بعد اداء ذلك ايضا فلو اختاره القاتل وامتنع عن اداء المال بعد ذلك سفها والقاء نفسه في التهلكة فينبغي ان يحجر عليه ثم اقول لعل الاولى في الجواب عن قول الشافعي رح لانه تعين مدفعا للهلاك ان يقال بدل التعليل في مقابلة النص من الكتاب والسنة وهو لا يجوز كما تقرر في علم الاصول

ولنا انه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا يناط بمثلها وكان الكفارة من المقادير ونعينها في الشرع لدفع الاولى لا يعينها لدفع الاعلى ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه السلام لا ميراث لقاتل **قال** وشبه العمد عند ابي حنيفة رح ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما اجرى مجرى السلاح وقال ابو يوسف ومحمد وهو قول الشافعي رح اذا ضربه بحجر عظيم او بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا لانه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالبا لما انه يقصد بها غيره كالتاديب نحوه فكان شبه العمد ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لانه لا يقصد به الا القتل كالسيف فكان عمدا موجبا للقود

قال في العناية اخذا من النهاية قيل هذا الوهم موجود فيما اذا اخذ المال صلحا وقد جازوا جيب بان في الصلح المراضاة والقتل بعده ظاهر العدم انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث لان رضى القاتل لا يفيد ورضى الولي موجود في محل النزاع والاولى ان يكتفى في الجواب بقوله ان في الصلح المراضاة اذ لا مانع من الاخذ فيه بعد ما وجد رضى القاتل بخلاف ما نحن فيه انتهى اقول بحثه ساقط لان قوله لان رضى القاتل لا يفيد غير مسلم فان رضاه اذا اجتمع مع رضى الولي يفيد امرا زائدا على رضى الولي وحده فان التصالح والتوافق من الجانبين يقطع مادة العداوة والبغض عادة وعن هذا قال الله تبارك وتعالى والصلح خير بخلاف رضى الولي وحده فان الانسان كثيرا ما يندم على فعل نفسه وحده فيرجع عنه فتم قول المجيب والقتل بعده ظاهر العدم وقد كان صاحب النهاية اشار الى ما قلنا حيث قال في بسط الجواب المذكور قلت لا كذلك لانهما لما تصالحا برضاهما على المال كان وهم قصد القتل مندفعا لان للتراضي والتصالح تاثيرا في دفع الشر قال الله تعالى والصلح خير ولما ورد الخير انتفى الشر لامحالة لتضادهما انتهى ثم قال في العناية وعورض بقوله عليه السلام من قتل له قتيل فاهله بين خيرتين ان احبوا قتلوا وان احبوا اخذوا الدية وبان الشرع اوجبه القصاص لمعنى الانتقام وتشفي الصدور لا ولياء بخلاف القياس فان الجماعة تقتل بواحد والقياس لا يقتضيه فكان المعنى النظر للمولى وذلك تكمله من القصاص واخذ الدية والجواب ان الحديث خبر واحد فلا يعارض الكتاب والسنة المشهورة على ما ذكرنا وان القصاص لمعنى النظر للمولى على وجه خاص وهو الانتقام وتشفي الصدور فانه شرع زجرا عما كان عليه اهل الجاهلية من انهم كانوا قبيلة بواحد لا لانهم كانوا يأخذون اموالا كثيرة عند قتل واحد منهم بل القاتل واهله لو بذلوا ما ملكوه وامثاله ما رضي به اولياء المقتول فكان ايجاب المال في مقابلة القتل العمد تضييع حكمة القصاص انتهى اقول فيه نظر اذ للخصم ان يقول انما يكون ايجاب المال في مقابلة القتل العمد تضييعا لحكمة القصاص ان لو كان ايجاب المال في مقابلته على وجه التعيين واما اذا كان ذلك لا على وجه التعيين بل على وجه تخيير الولي بين اخذ المال وبين القصاص كما هو المذهب عند الخصم فلا تضييع بحكمة القصاص اذ للولي حينئذ القدرة على الانتقام وتشفي الصدور باختيار القصاص فاذا لم تخيره بل اختار المال كان تاركا للانتقام باختياره وكان كما اذا عفا او صالح في اسقاط ما قدر عليه من حقه **قوله** ولنا انه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا يناط بمثلها قال تاج الشريعة فان قلت لم يشكل بكفارة قتل صيد الحرم فانه كبيرة محضة ومع هذا يجب فيه الكفارة قلت هو جناية على المحل فلهذا الواشترك حال لان في قتل صيد الحرم يلزم جزاء واحد لو كان جناية الفعل لوجب جزاءان والجناية على العمد يستوي فيه العمد والخطا انتهى اقول في الجواب بحث اما اولا فلانه لا يدل السوال المذكور لان مورده مضمون الدليل المزبور وهو ان الكفارة لا تناط على ما هو كبيرة محضة لا اصل المدعى وهو انه لا كفارة في قتل العمد فاذا سلم كون قتل صيد الحرم كبيرة محضة يلزم ان يشكل الدليل المزبور به سواء كان جناية الفعل او جناية المحل وكون الجناية على المحل يستوي فيه العمد والخطا انما يفيد لو اورد السوال على اصل المدعى فانه يمكن الجواب عنه حينئذ بان ما قلناه في جناية الفعل دون جناية المحل وقتل صيد الحرم من قبيل الثانية دون الاولى واما ثانيا فلانه قد تقرر في كتب اصول الفقه ان الكفارة جزاء الفعل من كل الوجوه لا جزاء المحل اصلا فلو كان قتل صيد الحرم جناية على المحل لما جناية الفعل لزم ان لا يصلح للكفارة لكون الكفارة جزاء الفعل من كل الوجوه لا جزاء المحل اصلا **قوله** ولان الكفارة

وقوله عليه السلام الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولان الالة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن استعمالها لزهوق من المقصود قتله ويحصل القتل غالبا فقصرت العمدية نظرا الى الالة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة

من المقادير وتعيينها في الشرع لدفع الادنى لا يعينها لدفع الاعلى هذا جواب عن قياس الشافعي وجوب الكفارة في العمد على وجوبها في الخطا يعني ان تعيين الكفارة في الشرع لدفع الذنب الادنى وهو الخطا لا يعينها لدفع الذنب الاعلى وهو العمد فان كم من شئ يحمل الادنى للقدرة عليه ولا يحمل الاعلى للعجز كذا في النهاية وغيرها قال صاحب الغاية فان قال الشافعي قد دل الدليل على عدم اعتبار صفة العمدية وهو حديث وائل بن الاسقع قال انيانا رسول الله صلى الله عليه وسلم لصاحب لنا قد استوجب النار بالقتل فقال اعتقوا عنه رقبة يعتق الله تعالى بكل عضو منها عضوا منه من النار وايجاب النار انما يكون بالقتل العمد قلنا لا نسلم الجواز ان يكون استوجبها بشبه العمد كالقتل بالحجر والعصا الكبيرة سلمنا لكنه لا يعارض اشارة قوله تعالى ومن يقتل مومنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها فان الفا يقتضي ان يكون المذكور كل الجزاء فلو اوجبنا الكفارة لكان المذكور بعضه وهو خلف انتهى اقول للخصم ان يقول هذا مشترك الالزام اذ القصاص واجب في القتل العمد بالاجماع فلو اقتضى الفاء ان يكون المذكور بعده كل الجزاء لزم ان يكون القصاص ايضا مذكورا في الجزاء مع انه لم يذكر فيه وان حمل الجزاء المذكور في الاية على الجزاء الاخروي فقط كما هو الظاهر من النظم الشريف وقيل القصاص جزاء دنيوي فلهذا لم يذكر بعد الفا فليكن الامر كذلك في شان الكفارة ثم اقول يمكن ان يجاب عنه بوجهين احدهما ان وجوب القصاص عرف بآية اخرى وهي قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى فان دلت اشارة قوله تعالى ومن يقتل مومنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها على ان القصاص ليس من اجزاء القتل العمد كالكفارة بمقتضى كون المذكور بعد الفا كل الجزاء فقد دلت عبارة قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى على وجوب القصاص في القتل العمد وقد تقرر في علم الاصول ان عبارة النص ترجح على اشارة النص عند التعارض فعملنا بعبارة قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وثانيهما ان القصاص جزاء الفعل من وجه وجزاء الفعل من وجه آخر كما بين في التوضيح وغيره من كتب الاصول واما الكفارة فجزاء الفعل من كل الوجوه على ما تقرر في كتب الاصول ايضا والظاهر من الجزاء المضاف الى الفاعل في قوله تعالى ومن يقتل مومنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها هو جزاء فعله من كل الوجوه فلا يلزم ان يكون القصاص مذكورا فيه بخلاف الكفارة لو اوجبنا بها وقال صاحب النهاية ومعراج الدراية ههنا نقلا عن المبسوط والاسرار ولا وجه لحمل الاية على المستحل لان المذكور في الاية جزاء القتل العمد واذا حمل على المستحل كان المذكور جزاء الردة ولان زيادة الاستحلال زيادة على الشرط المنصوص فيكون نسخا واما تاويل الخلود فعلى معنى انه لو عامله بعدله او على معنى تطويل المدة مجازا يقال خلد فلان في السجن اذا طالت المدة انتهى اقول ليس شئ من ذينك الدليلين المستوفين لعدم وجه حمل الاية المذكورة على المستحل بمستقيم اما الاول منهما فلان كون المذكور في اية تلك الاية جزاء القتل العمد مما لا ينافيه كونه جزاء الردة ايضا على تقدير حملها على المستحل اذ يصير المذكور فيها على ذلك التقدير جزاء القتل العمد المخصوص وهو القتل بطريق الاستحلال العياذ بالله ولا شك ان القتل بهذا الطريق مستلزم للردة ففي الآية اذ ذاك بيان جزاء الردة التي سببها القتل المخصوص وفي التعبير في الشرط بمن يقتل مومنا متعمدا وطن من يرتد عن دين الاسلام فائدة التنبيه على سببية قتل المومن بطريق الاستحلال للارتداد الذي جزاؤه جهنم على الخلود وهذا معنى لطيف لا يخفى واما الثاني منهما فلانه لا يلزم من حمل الاية المزبورة على المستحل زيادة الاستحلال على الشرط المنصوص بل يكون الاستحلال حينئذ بدلول

نفس الشرط المنصوص بان يكون المراد من متعمدا معنى مستعملا مجازا في نيته ذكره الخصم وفي البزازية كان الائمة اجمعوا على هذا المعنى في قول النبي صلى الله عليه وسلم من ترك الصلاة متعمدا فقد كفر وبان يكون معنى من قتل مؤمنا من يقتله لكونه مؤمنا كما ذكره العلامة التفتازاني في شرحه للعقائد فيكون عبارة على قاعدة ان ترتيب الحكم على المشتق يقتضي غلبة المأخذ ولا شك ان قتل المؤمن لكونه مؤمنا يقتضي استحلال قتله فيحصل الدلالة على الاستحلال من نظم النص المزبور فلا يلزم الفتح اصلا والعجب من هؤلاء الاجلاء وهم اصحاب المبسوط والاسرار والنهاية ومعراج الدراية انه كيف خفي عليهم ما ذكرنا قال القاضي البيضاوي في تفسير الآية المذكورة وهو عندنا اما مخصوص بالمستحل لقوله كما ذكره عكرمة وغيره ويؤيده انه نزل في مقيس بن صبابة وجد اخاه هشاما قتيلا في بني النجار ولم يظفر بقاتله فامرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يدفعوا اليه دية فدفعوا اليه ثم حمل على مسلم فقتله ورجع الى مكة مرتدا والمراد بالخلود والمكث الطويل فان الدلائل متظاهرة على ان عصاة المؤمنين لا يدوم عذابهم الى ههنا لفظ القاضي قوله وموجب ذلك على القولين الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطأ قول الظاهر المتبادر من قوله لشبهه بالخطأ قياس وجوب الكفارة في شبه العمد على وجوبها في الخطأ او الحاق وجوبها في شبه العمد دلالة بوجوبها في الخطأ واما كان يرد عليه ان يقال ان ايجابها لدفع الذنب الادنى في الشرع لا لايجابها لدفع الذنب الاعلى كما سبق في الجواب عن قياس الشافعي وجوب الكفارة في العمد على وجوبها في الخطأ اذ لا شك ان شبه العمد ايضا اعلى ذنبا من الخطأ المحض فان الجاني في الاول قاصد في الضرب بخلاف الثاني وعن هذا قالوا في الاول وموجبه المأثم وفي الثاني والاثم فيه فالاولى في بيان وجوب الكفارة في شبه العمد ما ذكره صاحب الكافي حيث قال والكفارة لانه خطأ نظرا الى الآلة فدخل تحت قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة الآية انتهى قوله والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطأ اقول مدلول قوله اعتبارا بالخطأ ان يكون الاصل في وجوب الدية على العاقلة هو الخطأ وان يكون وجوبها عليهم في شبه العمد ثابتا بالقياس على الخطأ وليس ذاك بواضح اذ المصنف قال في اوائل كتاب العاقلة والاصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام في حديث حمل بن مالك رضي الله عنه للاولياء قوموا فدوه انتهى وقد كانت الجناية في حديث حمل بن مالك شبه عمد لا خطأ فان تفصيله على ما ذكره الشراح قاطبة في فصل الجنين من كتاب الديات انه روى عن حمل بن مالك قال كنت بين ضرتين فضربت احداهما الاخرى بعمود فسطاط وبمسطح خيمة فالقت جنينا ميتا فاختصم اولياؤها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لاولياء الضاربة دوه فقال آخرنا الذي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا اكل ومثله يطل فقال عليه الصلاة والسلام اسجع كسجع الكهان وفي رواية دعني واضيع العرب قوموا فدوه وهكذا ذكر في المبسوط ايضا ولا ريب ان قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية على العاقلة على ما ذكروا في تفصيل ذلك الحديث انما كان بجناية شبه العمد دون الخطأ وكان وجوب الدية على العاقلة في شبه العمد ثابتا بالنص دون القياس وكان الاصل في هذا الحكم هو شبه العمد لا الخطأ فتامل قوله ومالك رحمه الله وان انكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما اسلفناه قال جمهور الشراح اراد به قوله عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك ولكن المعهود من المصنف في مثله ان يقول ما رويناه وقال والحق ان يقال انما قال اسلفناه نظرا الى الحديث الذي اسلفناه انتهى

قال والخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمي او يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطأ في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا فيلزمه موجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الآية وهي على عاقلته في ثلث سنين لما بيناه ولانه في معنى الوجهين قالوا المراد اثر الفعل فما اذا نفسه لا يخرج عن الاخوين من حيث حرك الفرس وللبالغة في التثبت في حال الرمي اذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى فيخرج عن المراتب لان فيه تمام تعليق الحرمان به بخلاف ما اذا تعمد الضرب موضعا من جسده فاخطأ فاصاب موضعا آخر فمات حيث يجب القصاص لان القتل قد وجد بالقصد الى البعض بدليل وجوب الكل والبدن كالمحل الواحد قال وما اجرى مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطأ في الشرع واما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه وموجب اذا تلف فيه آدمي الدية على العاقلة لانه سبب التلف وهو متعد فيه فاشبه العمد فانه قال لا ادري ما شبه العمد وانما القتل نوعان عمد وخطأ اذ لا واسطة بينهما في سائر الافعال فكذا في هذا الفعل فكيف يكون المعنى المعقول المذكور حجة عليه قوله والخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمي او يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطأ في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا اقول في عبارة الكتاب هنا تسامح فانه قال في تفسير الخطأ في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا الى آخره وقال في تفسير الخطأ في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا ولا يخفى ان كل واحد من نوعي الخطأ غير منحصر بما ذكره في تفسيره بل الذي ذكره في تفسير كل واحد منهما جزئي من جزئياته وكان خص منه جدا فلم يصلح لان يكون تفسيرا له وكان الظاهر ان يقال في كل واحد منهما وهو كخطأ ان يرمي او هو كان يرمي اشارة الى العموم كما تدارکه صاحب الوقاية حيث قال وفي الخطأ قصدا كرميه مسلما ظنه صيدا او حربيا وفعلا كرميه غرضا فاصاب آدميا انتهى ثم ان صدر الشريعة قال في شرح الوقاية الخطأ ضربان خطأ في القصد وخطأ في الفعل فالخطأ في الفعل ان يقصد فعلا فصدر منه فعل آخر كما اذا رمى الغرض فاخطأ واصاب غيره والخطأ في القصد ان لا يكون الخطأ في الفعل وانما يكون الخطأ في قصده فانه قصد بهذا الفعل حربيا لكن اخطأ في ذلك القصد حيث لم يكن ما قصده انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال ومن قال الخطأ في الفعل ان لا يصدر عنه الفعل الذي قصده بل يصدر فعل آخر فكانه زعم انه شرط في الخطأ في الفعل ان لا يصدر عنه الفعل الذي قصده بل يصدر عنه فعل آخر وليس كذلك فانه اذا رمى غرضا فاصابه ثم رجع عنه او تجاوز عنه الى ما وراءه فاصاب رجلا يتحقق الخطأ في الفعل والشرط المذكور مفقود في الصورتين ثم انه اخطأ من وجه آخر حيث اعتبر القصد فيه وذلك غير لازم فانه اذا سقط من يده حشيشة او لبنة فقتل رجلا يتحقق الخطأ في الفعل ولا قصد فيه انتهى اقول كل من وجهي رده ساقط جدا اما الاول فلان صدر الشريعة لم يشترط في الخطأ في الفعل الا ان يصدر عنه الفعل الذي قصده بل قال فالخطأ في الفعل ان يقصد فعلا فصدر عنه فعل آخر وهذا اعم من ان يصدر عنه الفعل الذي قصده كما صدر عنه فعل آخر ومن ان لا يصدر عنه الفعل الذي قصده مثال الاول ما ذكره الرادمن الصورتين ومثال الثاني وهو الاكثر وقوعا ما ذكره صدر الشريعة بقوله كما اذا رمى الغرض فاخطأ بل يجوز ان يكون قوله كما اذا رمى الغرض فاخطأ حالا من الصور في صدور ما قصده ايضا وعدم صدوره كما لا يخفى على ذي فطانة واما الثاني فلان تحقق الخطأ في الفعل في صورة ان سقط من يده حشيشة اولبنة فقتل رجلا ممنوع بل المتحقق هنا كما اجرى مجرى الخطأ كالنائم ينقلب على رجل فيقتله لانه لم يصدر عنه فعل باختياره بل وقع السقوط بفعله لا باختياره فصار لا محالة من قبيل ما اجرى مجرى الخطأ والى الكلام هنا في نفس الخطأ لا فيما اجرى مجراه الخطأ فانه قسم آخر من الاقسام الخمسة للجناية سيأتي ذكره مستقلا فيما بعد قوله والاثم فيه يعني في الوجهين اقول كان الاولى للمصنف ره ان يقول

يعني في كل واحد من الوجهين ليحصل حينئذ صلاح افراد الضمير

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه قال القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التابيد اذا قتل عمدا

اقول فيه كلام وهو ان حاصل المعنى المعقول على ما فره صاحب العناية فيما قبل قياس العصا الكبيرة على العصا الصغيرة في كونهما غير موضوعتين للقتل ومستعملتين له وما لك منكر كون القتل بالعصا الصغيرة ايضا شبه عمد فانه قال لا ادري ما شبه العمد وانما القتل نوعان عمد وخطأ اذ لا واسطة بينهما في سائر الافعال فكذا في هذا الفعل فكيف يكون المعنى المعقول المذكور حجة عليه قوله والخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمي او يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطأ في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا اقول في عبارة الكتاب هنا تسامح فانه قال في تفسير الخطأ في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا الى آخره وقال في تفسير الخطأ في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا ولا يخفى ان كل واحد من نوعي الخطأ غير منحصر بما ذكره في تفسيره بل الذي ذكره في تفسير كل واحد منهما جزئي من جزئياته وكان خص منه جدا فلم يصلح لان يكون تفسيرا له وكان الظاهر ان يقال في كل واحد منهما وهو كخطأ ان يرمي او هو كان يرمي اشارة الى العموم كما تدارکه صاحب الوقاية حيث قال وفي الخطأ قصدا كرميه مسلما ظنه صيدا او حربيا وفعلا كرميه غرضا فاصاب آدميا انتهى ثم ان صدر الشريعة قال في شرح الوقاية الخطأ ضربان خطأ في القصد وخطأ في الفعل فالخطأ في الفعل ان يقصد فعلا فصدر منه فعل آخر كما اذا رمى الغرض فاخطأ واصاب غيره والخطأ في القصد ان لا يكون الخطأ في الفعل وانما يكون الخطأ في قصده فانه قصد بهذا الفعل حربيا لكن اخطأ في ذلك القصد حيث لم يكن ما قصده انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال ومن قال الخطأ في الفعل ان لا يصدر عنه الفعل الذي قصده بل يصدر فعل آخر فكانه زعم انه شرط في الخطأ في الفعل ان لا يصدر عنه الفعل الذي قصده بل يصدر عنه فعل آخر وليس كذلك فانه اذا رمى غرضا فاصابه ثم رجع عنه او تجاوز عنه الى ما وراءه فاصاب رجلا يتحقق الخطأ في الفعل والشرط المذكور مفقود في الصورتين ثم انه اخطأ من وجه آخر حيث اعتبر القصد فيه وذلك غير لازم فانه اذا سقط من يده حشيشة او لبنة فقتل رجلا يتحقق الخطأ في الفعل ولا قصد فيه انتهى اقول كل من وجهي رده ساقط جدا اما الاول فلان صدر الشريعة لم يشترط في الخطأ في الفعل الا ان يصدر عنه الفعل الذي قصده بل قال فالخطأ في الفعل ان يقصد فعلا فصدر عنه فعل آخر وهذا اعم من ان يصدر عنه الفعل الذي قصده كما صدر عنه فعل آخر ومن ان لا يصدر عنه الفعل الذي قصده مثال الاول ما ذكره الرادمن الصورتين ومثال الثاني وهو الاكثر وقوعا ما ذكره صدر الشريعة بقوله كما اذا رمى الغرض فاخطأ بل يجوز ان يكون قوله كما اذا رمى الغرض فاخطأ حالا من الصور في صدور ما قصده ايضا وعدم صدوره كما لا يخفى على ذي فطانة واما الثاني فلان تحقق الخطأ في الفعل في صورة ان سقط من يده حشيشة اولبنة فقتل رجلا ممنوع بل المتحقق هنا كما اجرى مجرى الخطأ كالنائم ينقلب على رجل فيقتله لانه لم يصدر عنه فعل باختياره بل وقع السقوط بفعله لا باختياره فصار لا محالة من قبيل ما اجرى مجرى الخطأ والى الكلام هنا في نفس الخطأ لا فيما اجرى مجراه الخطأ فانه قسم آخر من الاقسام الخمسة للجناية سيأتي ذكره مستقلا فيما بعد قوله والاثم فيه يعني في الوجهين اقول كان الاولى للمصنف ره ان يقول

يعني في كل واحد من الوجهين ليحصل حينئذ صلاح افراد الضمير

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه لما فرغ من بيان انواع القتل شرع في تفصيل ما يوجب القصاص من القتل وما لا يوجبه في باب على حدة

أما العمدية فلما بيناه واما حقن الدم على التابيد فلتحقق شبهة الاباحة وتحقق المساواة قال ويقتل الحر بالحر والعبد بالعبد للعمومات وقال الشافعي لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ومن ضرورة هذه المقابلة ان لا يقتل حر بعبد ولان مبنى القصاص على المساواة وهي منتفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرف العبد بخلاف العبد بالعبد لانهما يستويان وبخلاف العبد حيث يقتل بالحر لانه تفاوت الى النقصان ولنا ان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين او بالدار ويستويان فيجب وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة والنص خصص بالذكر فلا ينفي ما عداه قال وللمسلم بالذمي خلافا للشافعي رح له قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر ولانه لا مساواة بينهما وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة ولنا ما روي ان النبي عليه السلام قتل مسلما بذمي

قوله اما العمدية فلما بيناه من قوله عليه السلام العمد قود ومن ان الجناية بها تكامل كذا في العناية وغاية البيان قال بعض الفضلاء ومن قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى على ما مر في وجه كون موجب القتل القود عينا انتهى اقول فيه نظر لان قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى انما يدل على وجوب القصاص في القتل واما كون وجوب القصاص في القتل العمد خاصة فلا يدل عليه الآية المذكورة وحدها لاطلاقها وانما يدل عليه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام العمد قود والدليل المقول كما افصح عنه المصنف فيما قبل حيث قال والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وقال الا انه يفيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود اي موجبه ولا الجناية بها تكامل الى آخره فكيف يتصور ان يندرج قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى في قول المصنف ههنا اما العمدية فلما بيناه كما يقتضيه قول ذلك البعض ومن قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى تبصر قوله وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة قال صاحب العناية في شرح هذا المقام فان قال الشافعي رح يجوز ان يكون شبهة الاباحة باقية لان الرق اثر الكفر وحقيقة الكفر تمنع منه كما بين المسلم والمستامن فكذا اثره اجاب بقوله وجريان القصاص ومعناه لا يصلح ذلك مانعا اذ لو صح لما جرى بين العبدين كما لا يجري بين المستامنين وليس كذلك انتهى اقول هذا الشرح لا يطابق المشروح لان حاصله منع مانعية شبهة الاباحة عن القصاص وحاصل الشروح منع ثبوت شبهة الاباحة في العبد ومن النص فيه قول المصنف يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة فالصواب في الشرح ان يقال ومعناه ان شبهة الاباحة غير ثابتة في العبد والا لما جرى بين العبدين كما لا يجري بين المستامنين قوله والنص خصص بالذكر فلا ينفي ما عداه هذا جواب عما استدل به الخصم من مقابلة الحر بالحر والعبد بالعبد في الآية ووجهه ان ذلك تخصيص بالذكر وهو ما لا ينفي ما عداه كما في قوله والانثى بالانثى فانه لا ينفي ان يقتل الانثى بالذكر ولا العكس بالاجماع وفائدة التخصيص الرد على من اراد قتل غير القاتل بالمقتول كما يدل عليه سبب نزول هذه الآية وهو ما روي عن ابن عباس رض ان قبيلتين من العرب قتلا وكانت احداهما تدعي الفضل على الاخرى فقالت لا نرضى الا بقتل الذكر منهم بالانثى منا والحر منهم بالعبد منا فانزل الله تعالى هذه الآية ردا عليهم كذا في الشروح اقول للقائل ان يقول ان التخصيص بالذكر وان لم يدل على نفي ما عداه الا ان تعريف المسند باللام الجنس يفيد القصر نحو الكرم التقوى اي لا غير هذا والامير الشجاع اي لا الجبان ونحو التوكل على الله والامام من قريش الى غير ذلك من الامثلة كما عرف في علم الادب وقد استدل الائمة الحنفية المسئلة على ان موجب القتل العمد هو القود عينا لا واحد من القود والدية لا بعينه بقوله عليه الصلوة والسلام العمد قود وقالوا وجه التمسك به ان الالف واللام في قوله العمد للجنس فيفيد القصر على القود فلئن كان الامر كذلك فيما نحن فيه والجواب ان اللام انما يجوز حملها على الجنس اذا لم يكن هناك معهود كما عرف في علم الادب وعلم الاصول ايضا وفي الآية المذكورة تحقق المعهود وهو ما ذكر في سبب نزولها فحمل اللام عليه دون الجنس فلم يوجد فيها ما يقتضي القصر وقد اشار اليه في الكافي حيث قال بعد ذكر فائدة المقابلة بما بيان سبب النزول فكان اللام لتعريف العهد لا لتعريف الجنس قوله وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ان الكفر مبيح لزمه لقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة اي فتنة الكفر فورث شبهة عدم المساواة انتهى اقول قد عمل الشبهة المذكورة في الكتاب ههنا على شبهة المساواة وهو خبط ظاهرا واما ولا فلان المصنف قد صرح قبيل هذا بعدم

ولان المساواة في العصمة ثابتة نظرا الى التكليف او الدار لبيح كفر المحارب دون المسلم والقتل مثله يوذن بانتفاء الشبهة والمراد بما روى الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده والعطف للمغايرة

المساواة بينهما على طريق الجزم حيث قال ولانه لا مساواة بينهما وقت الجناية فكيف يتم ان يقول بعده كون الكفر بمبيحا يورث شبهة عدم المساواة ويجعله استدلالا لا اخر فصل لا يكون هذا منافيا لما سبق او مستدركا واما ثانيا فلانه سيقول في الجواب من قبلنا عن هذا الاستدلال والمبيح كفر المحارب دون المسلم والقتل بمثله يوذن بانتفاء الشبهة وذلك قطعي الدلالة على ان ليس المراد بالشبهة المذكورة ههنا شبهة عدم المساواة اذ لا شك ان قبل الذمي بمثله لا يوذن بانتفاء شبهة عدم المساواة بين المسلم والذمي وانما يوذن بانتفاء شبهة عدم الاباحة في ذم الذمي فالصواب ان المراد بالشبهة ههنا شبهة الاباحة كما هو مقتضى تفريع قوله فيورث الشبهة على قوله وكذا الكفر مبيح وقد صرح بذلك في المسئلة السابقة فحينئذ ينتظم السياق والسباق بلا غبار كما لا يخفى

قوله ولان المساواة في العصمة ثابتة نظرا الى التكليف او الدار قال صاحب العناية في حل هذا التعليل ولان القصاص المساواة في العصمة وهي ثابتة نظرا الى التكليف يعني عنده او الدار يعني عندنا انتهى اقول ومرجع الشارح المذكور قول المصنف نظرا الى التكليف او الدار الى المذهبين كما ترى فحمل قوله الى التكليف على مذهب الشافعي وقوله او الدار على مذهبنا لكنه محل نظر لان المصنف لما قال في تعليل المسئلة السابقة ولنا ان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين او بالدار قال الشارح المذكور وسائر الشراح ايضا هناك وهي اي العصمة بالدين يعني عنده او بالدار يعني عندنا فقد جعلوا قول المصنف بالدين على مذهب الشافعي واذا كان المعتبر في ثبوت العصمة عند الشافعي هو الدين فكيف يتم القول ههنا بثبوتها عنده بمجرد التكليف بدون تحقق دين الاسلام كما يقتضيه شرح صاحب العناية في هذا المحل ثم اقول لعل كلمة او في قول المصنف نظرا الى التكليف او الدار بمعنى الواو كما في قوله بيان كسر غينه او كسر عظم من عظامه فيكون المجموع على مذهبنا ويؤيده ما وقع في بعض النسخ من كلمة الواو بدل كلمة او وعبارة الكافي والتبيين ايضا فان المذكور فيهما في هذا المقام ولان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وقد وجدت نظرا الى الدار والتكليف انتهى فان قلت لم تحمل المجموع على مذهبنا مع اتفاق كلمة او على اصل معناها قلت لان التكليف وحده لا يقتضي العصمة الموجبة للقصاص الا ترى انه اذا قتل مكلفا ولو كان مسلما في دار الحرب لا يجب القصاص صرح به في عامة المعتبرات فلا بد من ان يكون في دار الاسلام ايضا قوله والمراد بما روى الحربي لسياقه ولا ذو عهد والعطف للمغايرة يعني ان المراد بالكافر في قوله عليه السلام لا يقتل مومن بكافر هو الحربي بدليل سياق وهو قوله ولا ذو عهد في عهده فانه معطوف على مومن فالمعنى ولا يقتل ذو عهد بكافر ولا شك ان ذا العهد وهو الذمي انما لا يقتل بالحربي دون الذمي فان جريان القصاص بين الذميين مجمع عليه فان قيل لم لا يجوز ان يكون المراد بذي العهد في الحديث هو المسلم دون الذمي قلنا لان العطف يقتضي المغايرة فلا جرم يكون المراد بذي العهد المعطوف على المومن غير المسلم وقد اشار اليه المصنف بقوله والعطف للمغايرة فان قيل لم لا يجوز ان يكون قوله ولا ذو عهد في عهده ابتداء كلام اي لا يقتل ذو عهد في مدة عهده قلنا لان الواو للعطف حقيقة خصوصا فيما لا يكون مستقلا بنفسه والمراد بالاول نفي القتل قصاصا لا نفي مطلق القتل فكذا في الثاني تحقيقا لمقتضى العطف من المناسبة بين الجملتين هذا جملة ما في الكافي واكثر الشروح في هذا المقام اخذا من المبسوط والاسرار وقال صاحب العناية في شرح هذا المحل قوله والمراد بما روى جواب عما استدلوا به من حديث علي رض وتقريره ما ذكره الطحاوي في شرح الآثار ان الذي حكاه ابو عبيدة عن علي لم يكن مفردا ولو كان مفردا لاستقل ما قالوا ولكن كان موصولا بغيره وهو

قال ولا يقتل بالنساء من لا يرى ضمان الدم على التابيد وكذلك كفره باعث على الحراب لانه على قصد الرجوع

قوله ولا ذو عهد في عهده والبه اشار المصنف بقوله لسياقه ولا ذو عهد في عهده ووجه ذلك انه عطف هذا على الاول والعطف للمغايرة فيكون كلاما تاما في نفسه وليس كذلك لاداية الى ان لا يقتل ذو عهد مدة عهده وان قتل مسلما وليس بصحيح بالاجماع فيقدر ولا ذو عهد في عهده بكافر على طريقة قوله تعالى آمن الرسول بما انزل اليه من ربه والمومنون ثم الكافر الذمي لا يقتل به ذو عهد هو الحربي بالاجماع فيقدر بكافر حربي واذ لابد من تقدير حربي يقدر في المعطوف عليه كذلك والا لكان ذلك اعم والاعم لا دلالة له على الاخص بوجه من الوجوه فما فرضناه دليلا لا يكون دليلا هذا خلف الى هنا لفظا لغاية اقول فيه خلل من وجوه الاول ان الاعم انما لا يدل على الاخص بوجه من الوجوه من حيث خصوصية الاخص اى لا يدل الاعم على ان يكون المراد منه هو الاخص وحده وهذا معنى ما يقال في العلوم العقلية لا دلالة للعام على الخاص باحدى الدلالات الثلث واما من حيث اندراج الاخص تحت ذلك الاعم فيدل عليه قطعا بواسطة دلالته على معناه العام الشامل لذلك الاخص ولغيره ايضا الا يرى انا اذا قلنا كل حيوان متحرك بالارادة فلا شك انه يدل على كون الانسان متحركا بالارادة كسائر الحيوانات لاندراجه تحت الحيوان وكذا حال سائر الكليات بالنظر الى ما تحتها من الجزئيات وهذا امر لا ستره به فيما نحن فيه لو لم يقدر حربي في المعطوف عليه وكان كافرا عم من الحربي والذمي لدل على ان لا يقتل مومن بشئ من افراد الكافر وحصل مطلوب الشافعي رح ولم يلزم ان لا يكون ما فرضناه دليلا لشافعي رح دليلا له على مدعاه كما زعمه الشارح المزبور واشار الى ان عدم كون ما فرضناه دليلا له لا يقتضي تقدير شئ في الحديث اذ لا يتبع تعين معنى الحديث جعل الشافعي رح ذلك الحديث دليلا على مدعاه بل جعله دليلا عليه انما يصح بعد تعين معناه فما معنى الاستدلال على عدم عموم الكافر في الحديث بلزوم ان لا يكون ما فرضناه دليلا للشافعي رح دليلا له على تقدير عمومه كما هو مقتضى تقرير الشارح المزبور والثالث ان ما عده محذورا وهو ان لا يكون ما فرضناه دليلا للشافعي رح دليلا له لا دائما على تقدير ان يقدر حربي في المعطوف عليه بمقتضى رايه لان الحربي مباين للذمي لامحالة وعدم دلالة احد المتباينين على الآخر اظهر من عدم دلالة الاعم على الاخص فان لزم من ان يكون كافر في الحديث اعم ان لا يكون ما فرضناه دليلا للشافعي رح دليلا له فلان لزم من ان يفيد كافر في الحديث حربي ان لا يكون ما فرضناه دليلا للشافعي رح دليلا له اولى فكيف يثبت تقدير حربي على رايه وبالجملة قد صرح الشارح المزبور في توجيه الحديث المذكور عن سمن الصواب بالكلية فضلا عن سببه ثم ان صاحب الغاية اعترض على قول المصنف والعطف للمغايرة حيث قال ولنا في هذا المقام نظر لانا نقول نعم العطف للمغايرة ولكن لم يعطف قوله عليه السلام ولا ذو عهد على كافر لانه لو عطف عليه القتل بالحربي هو عطف على مومن ولكن نقول ان الذمي يقتل بالذمي بالاتفاق فعلم ان المراد من الكافر الحربي انتهى اقول نظره في غاية السقوط لان قول المصنف والعطف للمغايرة ليس لبيان مغايرة ذو عهد في الحديث الكافر حتى يتجه ما توهمه من ان قوله عليه السلام ولا ذو عهد لم يعطف على كافر بل لبيان مغايرة المومن وفعا لاحتمال ان يكون المراد بذو عهد في الحديث هو المومن ايضا اذ على هذا الاحتمال لا يظهر كون المراد بكافر هو الحربي اذ المومن لا يقتل بذمي ايضا عند الشافعي رح فلا يسلم التقييد بحربي واما اذا كان ذو عهد مغايرا للمومن فكان المراد به هو الذمي تعين ان يكون المراد بكافر هو الحربي والا يلزم ان لا يقتل الذمي بالذمي ايضا مع ان خلافه مجمع عليه والعجب ان كون مقصود المصنف من قوله

ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا ويقتل المستأمن بالمستأمن قياسا للمساواة ولا يقتل استحسانا الحر المسلم ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالأعمى والزمن وبهما نقص الأطراف وبالمجنون للعمومات ولأن في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور التقاتل والتفاني قال ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده وهو باطلاقه حجة على مالك رحمه الله في قوله يقاد إذا أضجعه فذبحه ولأنه سبب لاحيائه فمن المحال أن يستوفيه لإفنائه ولهذا لا يجوز له قتله وإن وجأه في صف الأعداء مقاتلا وذلك لأن حرمة الجزء كحرمة الكل وهو محصن فالقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه ولكن من قبل الرجال والنساء وإن علا في هذا بمنزلة الأب كذا الوالدة والجدة من قبل الأب والأم قربت أم بعدت لما بينا ويقتل الولد بالوالد لعدم المستوفي قال ولا يقتل الرجل بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده لأنه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص فالولد عليه وكذا لا يقتل بعبد مولاه بعضه لأن القصاص لا يتجزأ قال ومن ورث قصاصا على أبيه سقط لحرمة الأبوة قال ولا يستوفي القصاص إلا بالسيف وقال الشافعي رحمه يفعل به مثل ما فعل إن كان فعلا مشروعا فإن مات وإلا تحز رقبته لأن مبنى القصاص على المساواة

والعطف للمغايرة ما ذكرناه مع وضوحه في نفسه يرشد إليه جدا تقرير صاحب الكافي وبعض الشراح المتقدمين فكيف لم يطلع عليه ذلك الشارح قوله ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا قال جماعة من الشراح وهو قوله ولا ذو عهد في عهده وحمله صاحب النهاية على قوله لأنه ليس مضمون الدم على التابيد ولم يقبل رأي هؤلاء الشراح حيث قال ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا أنه ليس مضمون الدم على التابيد وقيل هو إشارة إلى قوله عليه السلام ولا ذو عهد في عهده وليس بواضح لأن المعهود منه في مثله لما رويناه ولأنا قدرنا ذلك بكافر حربي إلا إذا أريد هناك بالحربي أعم من أن يكون مستأمنا أو محاربا وهو الحق وتعينا عن السوال عن كيفية قتل المسلم بالحربي والجواب عنه وغيره بقوله لما بينا لأن التقدير المذكور ليس بمروي وإنما هو تأويل فلم يقبل لما رويناه إلى هنا كلامه أقول في قوله وتعينا عن السوال عن كيفية قتل المسلم بالحربي والجواب عنه نظر لأنه إذا أريد هناك بالحربي ما هو أعم من المستأمن والمحارب يرد السوال عن كيفية قتل المسلم بالمحارب فإن قتل المحارب واجب فما معنى نفيه في الحديث فيحتاج إلى الجواب عنه بالوجهين اللذين ذكرهما من قبل وإنما يحصل الغنى عن السوال والجواب إذا كان المراد بالحربي هناك هو المستأمن فقط كما هو الأحسن وجزم صاحب البدائع حيث قال وأما الحديث فالمراد من الكافر المستأمن لأنه قال لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده عطف قوله ولا ذو عهد في عهده على المسلم وكان معناه لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد به ونحن به نقول انتهى قوله ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد لولده قال تاج الشريعة قلت خص به عموم الكتاب لأنه لحقه الخصوص فإن المولى لا يقتص لعبده ولا لعبد ولده وذكر الإمام البزدوي أن هذا حديث مشهور تلقته الأمة بالقبول فصلح مخصصا أو ناسخا حكم الكتاب انتهى أقول الحق ما قاله الإمام البزدوي لا ما قاله تاج الشريعة من عند نفسه لأن حاصل ما قاله أن الكتاب في حكم القصاص صار ما خص منه البعض بعد لم يقتص المولى لعبده ولا لعبد ولده فصار ظنيا فجاز تخصيص قتل الوالد ولده عن عموم الكتاب الدال على وجوب القصاص في القتلى بالسنة ولو كانت من أخبار الآحاد ولكنه غير تام إذ قد تقرر في علم الأصول أن العام الذي خص منه البعض إنما يصير ظنيا إذا كان تخصيصه بكلام مستقل موصول وأما إذا كان البعض من العام مخرجا بدليل مفصول عنه فيكون عمومه منسوخا لا مخصوصا ويصير قطعيا في الباقي ولا شك أن ما يخرج قتل المولى عبده أو عبد ولده عن آية القصاص ليس كلاما موصولا بها فلا ينافي قطعيتها فلا يجوز إخراج قتل الوالد ولده عنها بخبر واحد بل لا أقل من أن يكون المخرج حديثا مشهورا كما عرف في أصول الفقه فلا بد من المصير ههنا إلى ما ذكره الإمام البزدوي قوله والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه قال الشراح هذا جواب عما يقال الوارث يستحق إفناءه لا الولد ولا محذور فيه وقال صاحب العناية بعد ذلك ولو قال فمن المحال أن يثبت لفنائه لاستغنى عن هذا السوال والجواب انتهى أقول فيه بحث أولا يرى جهة مسببية المقتول لفناء القاتل سوى استحقاقه القصاص فلو قال فمن المحال أن يثبت لفنائه فإما إن أراد بتسببه لفنائه استحقاقه القصاص فيرد عليه السوال المزبور ويحتاج إلى الجواب المذكور وإما إن أراد بها شيئا سوى استحقاقه القصاص وهو غير معلوم فكيف يتم بناء الدليل عليه تدبر تفهم قوله والجد من قبل الرجال والنساء وإن علا في هذا بمنزلة الأب وكذا الوالدة والجدة من قبل الأب أو الأم قربت أو بعدت لما بينا

ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح ولان فيما ذهب اليه استيفاء الزيادة لوقوع القصود بمثل ما فعل فجوز فيه التحرز عنه كما في كسر العظم قال واذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث الا المولى وترك وفاء فله القصاص عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح لا قصاص في هذا قصاصا لانه اشتبه سبب الاستيفاء فانه الولاء ان مات حرا وللملك ان مات عبدا وصار كمن قال لغيره يعني هذا الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطيها لاختلاف السبب كذا هذا ولهما ان حق الاستيفاء للمولى يقينا على التقديرين وهو معلوم والحكم متحد واختلاف السبب لا يفضي الى المنازعة ولا الى اختلاف حكم فلا يبالى به بخلاف تلك المسئلة لان حكم ملك اليمين يتأثر حكم النكاح ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص وان اجتمعوا مع المولى لانه اشتبه من له الحق لان المولى ان مات عبدا والوارث ان مات حرا فوقع الاختلاف بين الصحابة رضي الله عنهم في موته على نعت الحرية او الرق بخلاف الاول لان المولى متعين فيها

اقول من العجائب ههنا ان الامام الزاهدي قال في شرح مختصر القدوري قلت ذكر الجدة في الهداية من قبل الام ولم يطبقها وذكر فيها الآباء من قبل الرجال والنساء والام ولم يذكر الجدة من قبل الاب اصلا فوقعت لي شبهة في الجدة من قبل الاب وقد زالت بحمد الله بما ذكر في كفاية البيهقي قال ولا يقتل اصول المقتول به وان علوا خلافا لمالك رح فيما اذا ذبحه ذبحا انتهى وانت ترى ان الجدة من قبل الاب مذكورة في الهداية ههنا صراحة فكيف خفيت عليه حتى وقعت له شبهة في امرها قوله ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح قال صاحب العناية في حل هذا المحل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف وهو نص على نفي استيفاء القود بغيره ويلحق به ما كان سلاحا انتهى اقول فيه خلل لانه اذا كان نصا على نفي استيفاء القود بغير السيف فكيف يلحق به دلالة ما كان سلاحا من غير السيف وهل يتصور ان يدل كلام واحد على نفي شئ واثباته معا والحق ان يكون المراد بالسيف في الحديث المزبور السلاح مطلقا بطريق الكناية كما اشار اليه المصنف بقوله والمراد به السلاح وصرح به صاحب الكافي والكفاية حيث قالا ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف اي لا قود يستوفى الا بالسيف والمراد بالسيف السلاح بهذا فهمت الصحابة رض وقال اصحاب ابن مسعود لا قود الا بالسلاح وانما كنى بالسيف عن السلاح انتهى وقال في النهاية فان قيل يحتمل ان يكون المراد من الحديث لا قود يجب الا بالسيف لا ان يكون معناه لا قود يستوفى الا بالسيف قلنا القود اسم لفعل هو جزاء القتل دون ما يجب شرعا وان حمل عليه كان مجازا ولان القود قد يجب بغير السيف كالقتل بالنار والابرة فلم يكن حمله عليه لوجود وجوب القود بدون القتل بالسيف وانما السيف مخصوص بالاستيفاء انتهى وذكر هذا السؤال في العناية ايضا ولكن قصر الجواب عنه فيما على الوجه الاول من الوجهين المذكورين في النهاية اقول في ذلك الوجه من الجواب نظر لانه انما يتم ان لو كان مدار السؤال على احتمال ان يراد بلفظ القود المذكور في الحديث ما يجب شرعا واما اذا كان مداره على احتمال ان يقدر في الحديث لفظ يجب بعد قوله لا قود كما هو الظاهر من عبارة السؤال فلا يتم ذلك اذ لا مجاز حينئذ في لفظ القود فان قلت المصير الى التقدير ليس باسهل من المصير الى التجوز فيحصل المطلوب وهو لزوم العدول الى خلاف الظاهر من عبارة الحديث على الاحتمال الآخر قلت لا محيص عن تقدير شئ على المعنى الذي حملوه عليه ايضا فان معنى الحديث على ذلك لا قود يستوفى الا بالسيف كما صرحوا به فلا بد من تقدير معنى الاستيفاء ومثل ذلك لمعونة المقام ليس بعزيز في كلام البلغاء فلا يتم التقريب قوله ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص اقول اطلق الوارث ههنا ولم يقيده بالحر وقيده في الصورة الآتية بذلك حيث قال وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار وكان الاولى ان يكيل الامر فانه اذا كان الوارث ههنا رقيقا فالظاهر ان يجب القصاص للمولى عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح كما في الصورة السابقة لكون حق الاستيفاء حينئذ للمولى خاصة اذ ولاية الارقاء على استيفاء القصاص قط فلم تشتبه من له الحق ههنا لكن فاته المولى على كل حال ان مات عبدا فبالملك وان مات حرا فبالولاء واما اذا كانت ورثته ارقاء في الصورة الآتية فيجب القصاص للمولى وحده في قولهم جميعا كما اذا كانت الورثة احرارا لانه مات عبدا في تلك الصورة بلا ريب والتقييد بالاحرار يشعر بكون الحكم في الارقاء بخلاف ذلك بناء على ان مفهوم المخالفة معتبر عندنا ايضا في الروايات كما صرحوا به فالاحسن ما ذكره

وان لم يترك وفاء وله ورثة احرارا وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا لانه صار عبدا بالاريب لانفساخ الكتابة بجناية معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء لان العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز واذا قتل عبد الرهن في يد المرتهن لم يجب القصاص حتى يحتمه الراهن والمرتهن لان المرتهن لا ملك له فلا يليه والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن في الدين فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه قال الخاقاني والعفو فالاقتل الى العفو فالاان يقتل

صاحب الكافي حيث قال في هذه الصورة ولو ترك وفاء وله وارث حر غير المولى فلا قصاص وقال في الصورة الآتية وان لم يترك وفاء وله ورثة احرارا ولا وجب القصاص للمولى عند هم فان قلت الرقيق لا يكون وارثا لان الرق احد الامور الاربعة التي تمنع عن الارث كما تقرر في علم الفرائض فلا احتياج الى تقييد الوارث بالحر بل لا وجه له لاشعاره بكون الرقيق ايضا وارثا قلت المراد بالوارث ههنا من كان من شانه ان يرث والرقيق كذلك لانه يرث عند زوال الرق عنه لا من يرث بالفعل فيتحمل التقييد بالحرية والا يلزم ان لا يتم تقييد الورثة بالاحرار في الصورة الآتية ايضا مع انها قيدت بهما في الكتاب بل في اصل الجامع الصغير للامام الرباني **قوله** وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا قال صاحب العناية ولم يذكر ما اذا مات ولم يترك وفاء ولا وارث له الا ورثة ارقاء لعدم القاعدة في ذكره لان حكمه حكم المذكور في الكتاب انتهى اقول هذا الكلام خال عن التحصيل لان كون حكمه حكم المذكور لا يقتضي عدم الفائدة في ذكره بل يكون بيان كون حكمه حكم المذكور عين الفائدة في ذكره الا يرى ان اكثر المسائل المذكورة في ابواب هذا الكتاب وفصوله متحدة الاحكام مع انه لا مجال لان يستغني بذكر بعضها عن ذكر الآخر على ان تخصيص من له ورثة احرار بالذكر يشعر بكون الحكم في غير المذكور خلاف حكم المذكور على قاعدة كون المفهوم معتبرا في الروايات كما ذكرنا من قبل فلا بد من بيان شيء يفيد كون الحكم في المتروك حكم المذكور بالوجه في الاعتذار عن ترك ذلك ان يقال ان حكم المتروك ههنا معلوم من حكم المذكور بالاولوية على طريقة دلالة النص فانه اذا وجب القصاص للمولى وحده في قولهم جميعا فيما اذا كان له ورثة احرار فلان يجب القصاص للمولى وحده فيما اذا لم يكن له وارث اصلا او كان له ورثة ارقاء اولى كما لا يخفى **قوله** بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء لان العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز قال في غاية البيان قال القدوري في شرح مختصر الكرخي وليس هذا كالعبد المعتق بعضه اذا مات عاجزا لانه ذكر في المنتقى عن ابي حنيفة ان القصاص لان عجز المكاتب ينفسخ به الكتابة وكانها لم تكن وموت المعتق لم ينفسخ به عتقه فالمولى يستحق القصاص في بعضه بالولاء وبعضه بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين انتهى اقول فيه نظر لانه قدم من قبل ان اصل ابي حنيفة وابي يوسف رح هو ان اختلاف السبب الذي لا يفضي الى المنازعة ولا الى الاختلاف الحكم لا يابى به ولهذا كان للمولى القصاص عندهما فيما اذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث سوى المولى وترك وفاء فكيف يتم تعليل عدم وجوب القصاص عند ابي حنيفة في مسئلة معتق البعض اذا مات عاجزا بان المولى يستحق القصاص في بعضه بالولاء وفي بعضه بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين اذ لا افضا الى المنازعة على مقتضى هذا التعليل ولا الى اختلاف الحكم فمن اين لا يثبت له الاستحقاق عنده بمجرد اختلاف السبب ثم اقول لعل مراد المصنف بقوله بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء ما اذا كان له وارث غير المولى يرشد اليه ذكر مخالفة هذه المسئلة في خبر قوله وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار الى آخره فحينئذ يصح تتميم ما اجمله المصنف في تعليله بقوله لان العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز بان يقال فالمولى يستحق القصاص في البعض المملوك بالملك والوارث يستحقه في البعض المعتق بالارث فيكون السببان راجعين الى الشخصين فتبالى باختلافهما للافضا الى المنازعة تامل تقف

قوله واذا قتل ولي المعتوه فلا بد ان يقتل يعني اذا قتل قريب المعتوه فلا بد المعتوه ان يقتل اي له ولاية استيفاء القصاص من القاتل

والحق ما قدمناه من التعميم وغاية ما يمكن في توجيه كلامهم ان يحمل ما ذكروه على التمثيل دون التخصيص قوله لانه من الولاية على النفس شرح لامر راجع اليهما وهو تشفي الصدر فيليه كالانكاح قال صاحب الغاية قال بعض الشارحين في هذا الموضع كل من ملك الانكاح لا يملك استيفاء القصاص لان الاخ يملك الانكاح ولا يملك استيفاء القصاص فاقول ليس هذا الشيء لان الاخ يملك استيفاء القصاص اذا لم يكن ثمة من هو اقرب منه كالاب والابن وكذلك يملك الانكاح اذا لم يكن ثمة ولي اقرب منه فاذا كان ثمة اقرب منه فلا يملك الانكاح ايضا لان من يستحق الدم هو الذي يستحق مال المقتول عن فرائض الله تعالى الذكر والانثى في ذلك سواء حتى الزوج والزوجة وبه صرح الكرخي في مختصره الى هنا لفظ الغاية اقول ما نسبه الى بعض الشارحين قول كل الشارحين سواء ورده عليهم مردود فانه ناش من عدم فهم معنى المقام ومراد الشراح لان معنى المقام انه اذا قبل احد ممن كان القصاص له حق المعتوه دون حق غيره كان للاب المعتوه ولاية استيفاء القصاص من القاتل نيابة عن المعتوه كما له ولاية انكاح المعتوه والصبي ومراد الشراح التنبيه على ان ليس كل من يملك انكاح الغير يملك استيفاء القصاص من قبل الغير فان الاخ مثلا يملك انكاح المعتوه والصبي ولا يملك استيفاء القصاص من قبلهما بخلاف الاب فانه يملكهما معا وبينوا وجه الفرق بان القصاص شرع للتشفي وللاب شفقة كاملة بعد ضرر الولد ضرر نفسه فحصل ما يحصل له من التشفي كالحاصل للابن بخلاف الاخ فتقول صاحب الغاية لان الاخ يملك استيفاء القصاص اذا لم يكن ثمة من هو اقرب منه كالاب والابن ان اراد به ذلك باستحقاقه اياه بنفسه كما هو الظاهر من تعليله بقوله لان من يستحق الدم هو الذي يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى فهو مسلم ولكن لا مساس له بالمقام ولا بما قاله الشراح فان الكلام ههنا في ولاية استيفاء القصاص نيابة بدون ان يستحق القصاص بنفسه اصالة وهو معنى المسئلة التي نحن فيها كما يفصح عنه جدا عبارة المحيط البرهاني فانه قال فيه واذا وجب القصاص لصغير او معتوه في النفس او فيما دون النفس وله اب لاحق للاب في هذا القصاص فان الاب لا يملك استيفاءه عند علمائنا خلافا للشافعي انتهى وان اراد بذلك ان الاخ يملك ذلك نيابة عن الغير ايضا وان لم يستحقه بنفسه اصالة فهو ممنوع جدا ولم ار في شيء من كتب الفقه ان احدا ذهب اليه وقال به والدليل الذي ذكره في الفرق بين الاب وغيره ههنا يقتضي خلاف ذلك قطعا قوله ولان ينتظر لانه انظر في حق المعتوه قال جمهور الشراح هذا فيما اذا صالح على قدر الدية اما اذا صالح على اقل من الدية لم يجز الحط وان قل ويجب كمال الدية انتهى وكذا ذكر الامام الزيلعي في شرح الكنز وقال صاحب الغاية قال بعضهم في شرحه هذا اذا صالح على مثل الدية اما اذا صالح على اقل من الدية لم يجز الحط وان قل ويجب كمال الدية ولما فيه نظر لان لفظ محمد في الجامع الصغير مطلق حيث جوز صلح ابي المعتوه عن دم قريبه مطلقا لانه قال وله

قال صاحب العناية في شرح هذه المسئلة واذا قتل ولي المعتوه يعني ابنه فلابيه وهو حد المقتول دون ابيه غير منحصر في ابن المعتوه بل يعم ابيه وغيره كاخيه واخته لام من غير ابيه وكامه المطلقة من ابيه وغير ذلك وعبارة الكتاب تحمل التعميم فان ولي المعتوه بمعنى قريبه يعم الكل فما معنى تخصيص المسئلة مع عموم جزائها وصاحب النهاية اصاب في تفسير ولي المعتوه ولكن افسد بعده حيث قال واذا قتل ولي المعتوه اي قريبه وهو ابنه يعني اذا كان للمعتوه ابن فقتل ابنه فلاب المعتوه وهو جد المقتول ولاية استيفاء القصاص انتهى واقتفى اثره جماعة من الشراح والحق ما قدمناه من التعميم وغاية ما يمكن في توجيه كلامهم ان يحمل ما ذكروه على التمثيل دون التخصيص قوله لانه من الولاية على النفس شرح لامر راجع اليهما وهو تشفي الصدر فيليه كالانكاح قال صاحب الغاية قال بعض الشارحين في هذا الموضع كل من ملك الانكاح لا يملك استيفاء القصاص لان الاخ يملك الانكاح ولا يملك استيفاء القصاص فاقول ليس هذا الشيء لان الاخ يملك استيفاء القصاص اذا لم يكن ثمة من هو اقرب منه كالاب والابن وكذلك يملك الانكاح اذا لم يكن ثمة ولي اقرب منه فاذا كان ثمة اقرب منه فلا يملك الانكاح ايضا لان من يستحق الدم هو الذي يستحق مال المقتول عن فرائض الله تعالى الذكر والانثى في ذلك سواء حتى الزوج والزوجة وبه صرح الكرخي في مختصره الى هنا لفظ الغاية اقول ما نسبه الى بعض الشارحين قول كل الشارحين سواء ورده عليهم مردود فانه ناش من عدم فهم معنى المقام ومراد الشراح لان معنى المقام انه اذا قبل احد ممن كان القصاص له حق المعتوه دون حق غيره كان للاب المعتوه ولاية استيفاء القصاص من القاتل نيابة عن المعتوه كما له ولاية انكاح المعتوه والصبي ومراد الشراح التنبيه على ان ليس كل من يملك انكاح الغير يملك استيفاء القصاص من قبل الغير فان الاخ مثلا يملك انكاح المعتوه والصبي ولا يملك استيفاء القصاص من قبلهما بخلاف الاب فانه يملكهما معا وبينوا وجه الفرق بان القصاص شرع للتشفي وللاب شفقة كاملة بعد ضرر الولد ضرر نفسه فحصل ما يحصل له من التشفي كالحاصل للابن بخلاف الاخ فتقول صاحب الغاية لان الاخ يملك استيفاء القصاص اذا لم يكن ثمة من هو اقرب منه كالاب والابن ان اراد به ذلك باستحقاقه اياه بنفسه كما هو الظاهر من تعليله بقوله لان من يستحق الدم هو الذي يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى فهو مسلم ولكن لا مساس له بالمقام ولا بما قاله الشراح فان الكلام ههنا في ولاية استيفاء القصاص نيابة بدون ان يستحق القصاص بنفسه اصالة وهو معنى المسئلة التي نحن فيها كما يفصح عنه جدا عبارة المحيط البرهاني فانه قال فيه واذا وجب القصاص لصغير او معتوه في النفس او فيما دون النفس وله اب لاحق للاب في هذا القصاص فان الاب لا يملك استيفاءه عند علمائنا خلافا للشافعي انتهى وان اراد بذلك ان الاخ يملك ذلك نيابة عن الغير ايضا وان لم يستحقه بنفسه اصالة فهو ممنوع جدا ولم ار في شيء من كتب الفقه ان احدا ذهب اليه وقال به والدليل الذي ذكره في الفرق بين الاب وغيره ههنا يقتضي خلاف ذلك قطعا قوله ولان ينتظر لانه انظر في حق المعتوه قال جمهور الشراح هذا فيما اذا صالح على قدر الدية اما اذا صالح على اقل من الدية لم يجز الحط وان قل ويجب كمال الدية انتهى وكذا ذكر الامام الزيلعي في شرح الكنز وقال صاحب الغاية قال بعضهم في شرحه هذا اذا صالح على مثل الدية اما اذا صالح على اقل من الدية لم يجز الحط وان قل ويجب كمال الدية ولما فيه نظر لان لفظ محمد في الجامع الصغير مطلق حيث جوز صلح ابي المعتوه عن دم قريبه مطلقا لانه قال وله

قال ومن قتل وله اولياء صغار وكبار فللكبار ان يقتلوا القاتل عند ابي حنيفة رح وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار لان القصاص مشترك بينهم ولا يمكن استيفاء البعض لهم الخزي وفي استيفائهم الكل ابطال حق الصغار فيؤخر الى ادراكهم

ان يصالح من غير تقدير بقدر الدية فينبغي ان يجوز الصلح على اقل من قدر الدية عملا باطلاقه وانما جاز صلحه على المال لانه انفع للمعتوه من القصاص فاذا جاز استيفاء القصاص فالصلح اولى وانفع يحصل في القليل والكثير الا ترى ان الكرخي قال في مختصره واذا وجب لرجل على رجل قصاص في نفس او فيما دونها فصالح صاحب الحق من ذلك على مال فذلك جائز قليلا كان او كثيرا كان ذلك دون دية النفس او ارش الجراحة او اكثر الى هنا لفظه اقول نظره ساقط فان لاصحاب التخريج من المشائخ صرف اطلاق كلام المجتهد الى التقييد اذا اقتضاه الفقه كما صرحوا به وله نظائر كثيرة في مسائل الفقه فيجوز ان يكون الامر هنا كذلك والظاهر ان الشراح اخذوا التقييد ههنا من كلام مشائخنا المتقدمين من اصحاب التخريج ولا بعد ان يصير بعض من نفس الشراح ايضا الى تلك الرتبة فلا يقدح فيما قالوا اطلاق ظاهر لفظ محمد في نوادره المسألة ثم ان قوله وانما جاز صلحه على المال لانه انفع للمعتوه من القصاص مسلم وقوله وانفع يحصل في القليل والكثير ممنوع فان في القصاص تشفي الصدر وما دون الدية في مقابلة تشفي الصدر لا يعد نفعا عرفا وولاية الاب للمعتوه نظرية فلا بد ان يكون تصرفه في حق المعتوه من قبيل ما يعد نفعا عرفا وعادة واما تنويره بما ذكره الكرخي في مختصره فليس بصحيح جدا فان الذي نقله عن مختصر الكرخي ما اذا كان المصالح صاحب حق القصاص نفسه وصالح صاحب الحق عن حقه على كثير من المال وقليله جاز بلا ريب اذ له اسقاط حقه بالكلية بلا اخذ عوض عنه اصلا فترك بمقابلة مال وان قل اولى بخلاف ما نحن فيه فان المصالح ههنا ولي صاحب القصاص وهو الوجه لا نفس صاحب الحق وهو المعتوه فلا بد في تصرفه من النظر لمن له الحق لكونه ولايته نظرية وهو بالجملة مدار كلامه ههنا ايضا عدم الفرق بين التصرف لنفسه اصالة وبين التصرف لغيره نيابة ثم اقول بقي شيء في اصل الدليل الذي ذكره المصنف بقوله لانه انظر في حق المعتوه وهو ان الصلح على مال اذا كان انظر في حق المعتوه من القصاص كان ينبغي ان لا يملك الاب استيفاء القصاص من قبل المعتوه عند امكان المصالحة على المال لان ولاية الاب على المعتوه لما كانت نظرية كان عليه ان يراعي ما هو الانظر له ويمكن ان يجاب عنه بان كون الاية نظرية لا تستدعي وجوب العمل بما هو الانظر لان فيه خلافه ايضا حصول اصل النظر بل انما يقتضي اولوية العمل بذلك ولم ينف احد اولوية المصالحة على المال فيما نحن فيه على ان كون المصالحة انظر في حق المعتوه من القصاص من كل الوجوه ممنوع ودلالة عبارة الكتاب عليه ايضا ممنوعة فيجوز ان يكون المصالحة انظر في حقه من وجه وهو حصول منفعة المال له ويكون القصاص انظر له من وجه آخر وهو دفع سبب الهلاك عن نفسه فانهم صرحوا بان المقصود بالقصاص تشفي الصدر او دفع سبب الهلاك عن نفس ولي المقتول كما اشير اليه بقوله تعالى ولكم في القصاص حيوة فحينئذ لا يلزم اولوية العمل بالمصالحة راسا فضلا عن وجوبه قوله ومن قتل وله اولياء صغار وكبار قال صاحب النهاية والكفاية في شرح هذا المحل بان كان للمقتول اخوان احدهما صغير والاخر كبير اقول هذا الشرح لا يطابق عبارة المشروح لان لفظ الاولياء في المشروح صيغة الجمع وكذا لفظ الصغار والكبار فكيف يتصور تصوير معنى المشروح بان كان للمقتول اخوان احدهما صغير والاخر كبير ولا يساعده لفظ الاولياء فضلا عن لفظي الصغار والكبار والظاهر في التصوير ان يقال بان كان للمقتول اخوة بعضهم صغار وبعضهم كبار وغاية ما يمكن في توجيه كلام ذينك الشارحين ان يقال ليس مقصودهما شرح كلام المصنف على وفق عين عبارته بل مقصودهما هجر وتصوير المسألة

احدهما بين الكبيرين فاحدهما غائب وكان بين المولين وله ان حق لا يتجزى لشبهة بسبب لا يتجزى وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت بكل واحد كملا ولنا ان الاعلام بخلاف الكبيرين لان احتمال العفو من الغائب ثابت فسئلة المولين مجموعة قال ومن ضرب رجلا فقطع يده فان صالحه على الدية فقتله فان صالحه على الدية فعليه الدية قال رضي الله عنه اذا صالحه على الدية لوجوب الجزء فحكم السبب وان صالحه على الدية فعنده هما يجب وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله اعتبارا منه بالاذن وهو الجديد وعنه انه يجب اذا برء وهو الاصح على ما بينه ان شاء الله تعالى وعلى هذا الخلاف اذا ضربه بالعود فانما تجب الدية لوجوب قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص حتى لا يهدر الدم ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلا بالمثقل وفيه خلاف ابي حنيفة على ما بينا ومن قال بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وهي مسئلة الموالاة له ان الموالاة في الضربات الى ان مات دليل العمد فيتحقق الوجوب لنا ما روينا الا ان قتيل خطاء العمد ويروى شبه العمد الحديث ولان فيه شبهة عدم العمد لان الموالاة قد تستعمل للتأديب لعله اعتراه الغضب في خلال الضربات فيعرى اول الفعل عنه وعساه اصاب المقتل والتسمية زالت للقود فوجبت الدية قال ومن غرق صبيا او بالغا في البحر فلا قصاص عنده لتحقيق فعله بالتسبب وقالا يقتص منه وهو قول الشافعي رحمه الله لان الماء يستوي حزا وعنده يغرق كما بيناه من قبل ولهذا قوله عليه السلام من غرق غرقناه ولان الآلة قائمة مقام اليد لاستعانة المباشر بها واقامة العمد فيها مقام العمد في اليد ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه في كل خطأ ارش ولان الآلة غير معدة للقتل ولا مستعملة فيه لتعذر استعمالها فتمكنت شبهة عدم العمد وهو الاصح لان القصاص يبتنى على المماثلة ومنه يقال اقتص اثره ومنه القصة للجلمين والقاتل بين الجرح والدق لتصور التفاوت بينهما عادة ولان الجرح لظاهر وكذا الايتاء لان في حكمة الزجر لان القتل بالسلاح غالب وبالمثقل نادر وما رواه عزم فوع او هو محمول على السياسة وقد رميت اليه اضافة الى نفسه فيه واذا امتنع القصاص وجبت الدية وهي على العاقلة وقد ذكرناه واختلافا ورواية في الكفارة قال ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر فاضيف اليه

على وجه يتضمن الاشارة الى انه لا احتياج في تحقق مادة هذه المسئلة الى تحقق معنى الجمعية لا في جانب الصغير ولا في جانب الكبير بل ولا في مجموع الجانبين ايضا قوله كما اذا كان بين الكبيرين واحدهما غائب او كان بين المولين قال صاحب النهاية في شرح قوله او كان بين المولين اي واحدهما غائب واقتفى اثره صاحب معراج الدراية كما هو واقع في اكثر الحال اقول ليس هذا الشرح صحيحا عندي اذ لو كان مراد المصنف هذا المعنى لكان ذكر قوله او كان بين المولين مستدركا محضا اذ حينئذ قوله كما اذا كان بين الكبيرين واحدهما غائب فيستغني عن قوله او كان بين المولين ايضا لو كان مراده ذلك لما قدم قوله واحدهما غائب على قوله بل كان عليه ان يؤخر قوله واحدهما غائب عن ذلك ليتعلق بمجموع القولين فلا يحتاج الى التقدير في الثاني والصواب في شرح قوله او كان بين المولين ان يقال اي واحدهما صغير اذ لا يلزم حينئذ شئ من المحذورين المذكورين بل يكون كل من قوليه المذكورين اشارة الى مسئلة مستقلة مغايرة للاخرى ويوافقه صريح ما ذكر في المبسوط فانه قال فيه في باب الوكالة بالدم من الديات صورة مسئلة المولين فيما اذا كان العبد مشتركا بين الصغير والكبير فقتل العبد لي للكبير ولا يستوفي القصاص قبل ان يدرك الصغير بالاتفاق انتهى تبصر قوله لانه حق لا يتجزى لشبهة لسبب لا يتجزى وهو القرابة اقول في تمام الاستدلال لعدم تجزي سبب القصاص وهو القرابة على عدم تجزي القصاص من نفسه خفاء فان القتل لا يحتمل ولا في كون السبب بسيطا والمسبب مركبا كيف والظاهر ان القرابة التي لا تتجزى كما انها سبب لاستحقاق ولي القتل القصاص في القتل العمد كذلك هي سبب ايضا لاستحقاقه الدية في القتل الخطا مع انه لا شك ان الدية تتجزى لانها مال والمال متجز بلا ريب فالاظهر في بيان كون القصاص حقا لا يتجزى ما ذكر في الكافي ومعراج الدراية انها تقتضي دليل الامامين وهو ان القتل غير متجز لانه تصرف في الروح فذا لا يقبل التجزي ثم ان بعض الفضلاء طعن في قولهم هنا ان سبب القصاص هو القرابة حيث قال كيف يكون سببه القرابة وهو يثبت للزوج والزوجة انتهى اقول نعم يثبت للزوج والزوجة بل للمعتق والمعتقة ايضا كما صرحوا به مع ان السبب في الزوج والزوجة هو الزوجية وفي المعتق والمعتقة هو الولاء دون القرابة الا ان الظاهر ان مرادهم ههنا وهو القرابة اما بناء على التغليب لكون اولياء القتيل في الاكثر قرابته واما بناء على انهم اردوا بالقرابة ههنا الاتصال الموجب للارث دون حقيقة القرابة فيعم الكل

قوله واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد منهما كملا كما في ولاية الانكاح قال الشراح وجه ابي حنيفة مبني على ثبوت التفرقة بين الصغار والعجز من حيث العفو في الحال وعدمه فان العفو في الغائب موهوم حال استيفاء القصاص لجواز ان يكون الغائب عفا والحاضر لا يشعر فليتوقف كان استيفاء مع الشبهة وهو لا يجوز واما العفو في الصغير فما يوجب حال استيفاء القصاص لانه ليس من اهل العفو وانما يتوهم العفو عنه بعد بلوغه والشبهة في المال لا تعتبر لان ذلك يؤدي الى سد باب القصاص لاحتمال ان يندم ولي المقتول على قتله وقال في النهاية كذا في مبسوط شيخ الاسلام وجامع الصغير للامام المحبوبي اقول لقائل ان يقول اذا لم يكن للغائب شعور اصلا يكون قريبه مقتولا بان كان في مسيرة سنة مثلا من موضع القتل فانى يتوهم منه العفو في الحال اذ العفو عن الشئ فرع الشعور به فحيث لا شعور به لا يتصور العفو عنه ومسئلة الغائب تعم مثل هذه الصورة ايضا فكيف يتم فيها ما ذكروه من التفرقة ثم اقول يمكن ان يدافع ذلك بانه يجوز ان يقول ذلك الغائب في ذلك الموضع في

قال واذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين فقتل مسلم مسلما ظن انه مشرك فلا قود عليه وعليه الكفارة لان هذا احد نوعي الخطأ على ما بيناه والخطأ هنا نوع عذر لا يوجب القود ويوجب الكفارة وكذا الدية على ما نطق به نص الكتاب وقد اختلفت سيوف المسلمين على اليمان رضي الله عنه فقتله وهو لا يعلم فقضى رسول الله عليه السلام بالدية والف الحذيفة اذا كان الاختلاط من كان في ضرب الكفار ولان الحرب لا تقوم بنفس المقاتل بل بمجموع الجيش فيعتبر بتلف غير سوادهم قال ومن شهر على رجل سلاحا ليلا او نهارا في مصر او غيره فقتل الشاهر فلا شيء على من قتله وهذا استحسان والقياس ان عليه القصاص لانه قتل رجلا معصوما عمدا عدوانا وجه الاستحسان ان فعل المسلم محمول على الصلاح ما امكن والحمية حمل احد المسلمين على الفساد فيكون هدرا في الدنيا والاخرة وفعل نفسه هدر في الدنيا معتبر في الاخرة حتى يؤجر عليه في المنوادر ان عنه الحنفية ومحمد اذا قتل نفسه كله فعلى الاجنبي نصف الدية لان فعل المباشر والحية حين لدغه كان هدرا في الدنيا والاخرة وفعل نفسه هدر في الدنيا معتبر في الاخرة حتى يؤجر عليه في المنوادر ان عنه الحنفية ومحمد اذا قتل نفسه كله فعلى الاجنبي نصف الدية ولا يصلى عليه وفي شرح السير الكبير ذكر في الصلوة عليه اختلاف المشائخ على ما كتبناه في كتاب التجنيس والمزيد ولم يكن هدرا مطلقا وكان جنسا اخر تفعل الاجنبي معتبرا في الدنيا والاخرة فصارت ثلثة اجناس فكان النفس تلفت بثلثة افعال فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية والله اعلم **فصل** قال ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم ان يقتلوه لقوله عليه السلام من شهر على المسلمين سيفا فقد اطل دمه ولانه باغ فتسقط عصمته ببغيه ولانه دفع القتل عن نفسه ثبت له قتله وقوله فعليهم وقول محمد في الجامع الصغير فحق على المسلمين ان يقتلوه اشارة الى الوجوب والمعنى وجوب فرض الضرر وفي سرقة الجامع الصغير ومن شهر على رجل سلاحا ليلا او نهارا او شهر عليه عصا ليلا في مصر او نهارا في طريق او غير مصر فقتل الشاهر رجلا عمدا فلا شيء على الذي قتله وهذا الوجه ظاهر لا يلبث فيحتاج الى ذكره بالقتل العصا الصغيرة وان كان يلبث في الليل الا لحقة الغوث غير مضطر الى قتله بالقتل والذي نهارا في غير المصر الطريق لا يلحقه الغوث فاذا قتله كان دمه هدرا قالوا وان كان عصا لا يلبث فيحتمل ان يكون مثل السلاح عند محمد وعليه عمد القصاص والدية على القاتل الشاهر لانه لا شيء على هذا الخلاف قال وان شهر المجنون على غيره سلاحا فصاله المشهور عليه عمدا فعليه القصاص عند ابي حنيفة وقالا لا قصاص عليه لانه لا قصد له صحيح وله ان فعله يقع قتلا عمدا عادة فيتعلق به القصاص كما لو قتله بحجر كبير او بالنار ولابي حنيفة ان فعله لا يعد قتلا عمدا لانه لا يقصد به القتل غالبا لان الانسان لا يقصد نفسه بالقتل عادة فيكون شبه العمد وعلى العاقلة الدية مغلظة لانه شبه العمد ودون نفس

باب القصاص فيما دون النفس

قال ... قال ... قال ...

قال ومن قطع يد رجل من نصف الساعد وجرحه جائفة فبرء منها فلا قصاص عليه لانه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه اذ الاول كسر العظم والاضبط فيه وكذا البرء نادر فيفضي الثاني الى الهلاك ظاهرا قال واذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء او ناقصة الاصابع فالمقطوع بالخيار ان شاء قطع اليد المعيبة ولا شيء له غيرها وان شاء اخذ الارش كاملا لان استيفاء الحق كاملا متعذر فله ان ينجز دون حقه وله ان يعدل الى العوض كالمثلي اذا انصرم عن ايدي الناس بعد الاتلاف فاذا استوفاها ناقصا فقد رضي به فيسقط حقه كما اذا رضي بالردي مكان الجيد ولو سقطت المؤنة قبل اختيار المجني عليه او قطعت ظلما فلا شيء له عندنا لان حقه متعين في القصاص وانما ينتقل الى المال باختياره فيسقط بفواته بخلاف ما اذا قطعت يحق عليه من قصاص او سرقة حيث يجب عليه الارش لانه اوفى به حقا مستحقا فصارت سالمة له معنى

بالوجه الذي ذكرناه فلا احتياج الى توجيه بما سبق بان المراد به ان امكن القصاص بل لا وجه له كما تحققته مما قدمناه تبصر قوله ولنا ان الاطراف ليس لها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة قال صاحب الكفاية فان قيل قوله تعالى والعين بالعين والاذن بالاذن مطلق يتناول موضع النزاع فيكون حجة عليكم قلنا قد خص منه الحربي والمستامن بالنص العام اذا خص منه شيء يجوز تخصيصه بخبر الواحد فخصصناه بما روي عن عمران بن حصين انه قال قطع عبد لقوم فقيرا اذن عبد لقوم اغنيا فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقض بالقصاص انتهى اقول فيه نظر اما اولا فلانه قد تقرر في علم الاصول ان النص العام اذا خص منه شيء بكلام مستقل موصول به يكون ذلك العام المخصوص منه البعض ظنيا في الباقي فيجوز تخصيصه بخبر الواحد واما اذا خرج من النص العام شيء بما هو مفصول عنه غير موصول به فلا يكون ذلك ظنيا في الباقي بل يكون باقيا على حالة الاولى ولا شك ان مخرج الحربي والمستامن من الآية المذكورة ليس بكلام موصول بها فتكون باقية على قطعيتها الاصلية فلا يجوز تخصيصها بخبر الواحد وقد مر منا غير مرة تطهير هذا النظر في محاله واما ثانيا فلان حديث عمران بن حصين انما يفيد عدم جريان القصاص في الاطراف بين العبدين ولا يفيد عدم جريانه فيما بين الرجل والمراة ولا بين الحر والعبد فيبقى الاعتراض باطلاق الآية المذكورة في هاتين الصورتين فلم تتم الجواب والصواب عندي في الجواب ان يقال ان الآية المذكورة آية القصاص فالقصاص ينبغي عن المماثلة فالمراد بما في الآية المذكورة ما يكون فيه المماثلة لا غير كما صرح به صاحب الكشاف في تفسير هاتيك الآية من التنزيل حيث قال ومعناه ما يكن فيه القصاص وتعرف المساواة واشار اليه المصنف في صدر هذا الباب حيث قال وهو ينبغي بحسب المماثلة فكل ما امكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا واشار اليه ههنا ايضا حيث قال فينعدم التماثل بالتفاوت بالقيمة فلم يكن الآية المذكورة مجراة على ظاهرها اطلاقا حتى يكون اطلاقها حجة علينا فيما نحن فيه وكيف يتصور اجراؤها على ظاهرها اطلاقا ولا قصاص في العين اذا قلعها بالاجماع لعدم امكان المماثلة في القطع وان معنى النظم الشريف مصروف الى ذلك فاندفع الاعتراض الناشئ من توهم الاطلاق ثم انه بقي في هذا المقام اشكال قوي ذكرته في حاشية الشروح وهو ان يقال سلمنا وجود التفاوت في القيمة والاطراف وانه يمنع الاستيفاء لكن المعقول منه ان يمنع استيفاء الاكمل بالانقص دون العكس الا يرى ان الشلاء يقطع بالصحيحة وانتم لا تقطعون يد المراة بيد الرجل ايضا والشراح كانوا في طريق وقعة طريق قدروا فقال صاحب العناية فالجواب انا قد ذكرنا ان الاطراف ليس لها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للانفس كالمال فالواجب ان يعتبر التفاوت المالي بانواعه مطلقا والشلل ليس منه فيعتبر بانعامه من جهة الاكمل لانه من حيث انه ليس تفاوتا ماليا ينبغي ان لا يعتبر فيما ليس لها مسلك الاموال ومن حيث انه يوجب تفاوتا في المنفعة ينبغي به المماثلة ينبغي ان يعتبر فقلنا يعتبر من جهة الاكمل يلزم ان يكون باذلا للزيادة في الاطراف ولا يعتبر من جهة الانقص لانه اسقاط والاسقاط جائز دون البذل بالاطراف انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلان ما ذكره من ان التفاوت المالي يجب ان يعتبر مالا بانعامه مطلقا واما ما ليس تفاوتا ماليا بل موجبا للتفاوت في المنفعة كالشلل فيعتبر ما بانعامه من جهة الاكمل فلا يعتبر ما بانعامه من جهة الانقص بحكم يجب لان العلة التي اقامها على ان الثاني لا يعتبر من جهة الانقص هي انه اسقاط والاسقاط جائز في الاطراف دون البذل متمشية بعينها في الاول ايضا اذ لا شك انه كما يجوز للانسان اسقاط حقه في المنفعة يجوز له اسقاط حقه المالي ايضا بلا تفاوت بينهما فينبغي ان لا يعتبر التفاوت المالي ايضا ما بانعامه من جهة الانقص واما ثانيا فلان كون الشلل مما لا يوجب التفاوت المالي ممنوع كيف وقيمة اليد تتفاوت بالصحة والشلل قطعا فان الشرع جعل ارش اليد الصحيحة نصف دية النفس وجعل ارش اليد الشلاء حكومة عدل كما صرحوا به في الديات واشار اليه صاحب الغاية

قيل من حيث جاز استيفاء بعض ما بين قرنية وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاة استوجب بالحيازة النقص ممقدار يتبدد من ماء بين قرنيها وقال الله
اعلم ان الشجة موجبة لكونها منتهية وزيادتها وفي استيفائه بين قرني الشاة جزء زيادة على أصل الواجب من الشين باستيفاء قدر حقه وفي الشجة ينتقم
فيجبر كما في الشاة والعين وفي حكم بخير ايضا لان يتعذر الاستيفاء كما لو تعذر في عرجه ولانا اذا كانت الشجة في طول الرأس وهي تخالف من جهته التي قدرنا ولا ينقوى فصار كما
لو اختار ان يعفي فيختلف قال ولا قصاص في سن ولا في الذكر وعن ابي يوسف رحمه الله اذا قطع من اصله حيث لا يمكن اعتبار المساواة ونحن نقول يقبض ويبسط فلا يمكن اعتبار المساواة
لان القطع حينئذ من موضع القطع معلوم كالمفصل او قطع بعض الحشفة او بعض الذكر فلا قصاص فيه لان بعض كل شيء مقدر فخلاف الاذن اذا قطع كلها او بعضها لا يقبض ويبسط
حتى يمكن اعتبار المساواة والشفة اذا استوصلها بالقطع يجب القصاص لامكان اعتبار المساواة فيها واما اذا قطع بعضها لا يتعذر اعتبارها **فصل** قال اذا قطع الانف او اصل الاذن او مثل
مرسته فعليه القصاص وجب هذا لان كبير الشوهاء كما يحصل من قطع الكل يحصل من قطع البعض اما الاية فانما تدل على ان ما دون النفس لا يؤخذ بالنفس لا على ان ما دون النفس
من قبل قبل لا يؤخذ بما دون النفس من قبل قبل والله اعلم لان الاخذ بالقصاص على ما بيناه وهو الصحيح بعينه

هنا ايضا حيث قال في اثناء تعليل المسئلة التي نحن فيها ولان ارش الاطراف مختلفة فصارت كالصحيح والاشل وقال صاحب النهاية في دفع
الاشكال المذكور قلنا نعم اذا كان التفاوت بسبب حسي كالشلل وفوات بعض الاصابع فهو كما قلت يعني يمنع استيفاء الاكمل بالانقص ودون العكس
قلنا اذا كان التفاوت بمعنى حكمي فانه يمنع استيفاء كل واحد منهما بصاحبه كاليمين مع اليسار وهذا المعنى وهو ان التفاوت اذا كان لمعنى حسي فمن له
الحق اذا رضي بالاستيفاء يجعل مستوفيا بعض حقه مستوفيا لما بقي وذلك جائز ولهذا لا يستوفي الاكمل بالانقص وان رضي به القاطع لانه يكون
بالرضى باذلا للزيادة ولا يحل استيفاء الطرف بالبذل فاما اذا كان التفاوت بمعنى حكمي فلا وجه لتمكنه من الاستيفاء ههنا بطريق اسقاط البعض و
لا بطريق البذل انتهى واقتفى اثره صاحب معراج الدراية وصاحب العناية اقول وفيه ايضا بحث اذ الفرق بين التفاوت الحسي وبين التفاوت
الحكمي في استيفاء الانقص بالاكمل تحكم ايضا فانه اذا تقرر التفاوت بين الشيئين بالكمال والنقصان فصاحب الاكمل ان رضي بان يستوفي
الانقص من صاحب الانقص بمقابلة الاكمل ليصير مستوفيا بعض حقه مستوفيا لما بقي بالضرورة سواء كان سبب ذلك التفاوت امرا حسيا او امرا
حكميا واما صاحب الانقص فان رضي بان يستوفي منه صاحب الاكمل بمقابلة الانقص ليصير باذلا للزيادة حقه بالضرورة ايضا بلا فرق
بين كون سبب التفاوت حسيا او حكميا والبذل في الاطراف غير جائز بلا خلاف واما اسقاط الحق بالرضا والاختيار فجائز في جميع الامور فلا مجال
للفرق المزبور فان قلت السبب الحكمي لا يفيد التفاوت التحقيقي واسقاط البعض وبذل الزيادة فرع التفاوت التحقيقي فهذا مدار الفرق المذكور
قلت لا نسلم ان اسقاط بعض الحق وبذل زيادته فرع التفاوت الحسي التحقيقي فان كثيرا من الحقوق الشرعية الغير الحسية يجري فيها الكمال والنقصان
فلا جرم يكون الراضي بالناقص فيها عند استحقاقه الكامل اسقاطا لبعض الحق ويكون ايفاء للكامل منها بذل الناقص بذل للزيادة كيف ولو سلم
ذلك لزم ان لا يتم اصل دليل المسئلة التي نحن بصددها فان مدار ذلك على انعدام التماثل في الاطراف بتحقق التفاوت الحكمي بينها وقال صاحب الكفاية
في دفع ذلك الاشكال قلنا شرع القصاص في الاصل لاعتبار المساواة فان كان النقصان ثابتا باعتبار الاصل كنقصان طرف الانثى والعبد من
طرف الذكر والحر منع شرع القصاص لانتفاء محله وان كان التساوي في الاصل ثابتا والتفاوت باعتبار امر عارض كان القصاص مشروعا
فيمنع استيفاء الكامل بالناقص دون عكسه اذا رضي به صاحب الحق انتهى وتقرب من هذا راى تاج الشريعة في الفرق بين المسئلتين اقول وفيه
ايضا بحث لانه ان اريد ان شرع القصاص لاعتبار المساواة بحسب الاصل ولا اعتبار للتفاوت بحسب امر عارضي يلزم ان يجوز استيفاء الكامل
وهو الصحيح بالناقص وهو الاشل كما يجوز عكسه لانهما متساويان بحسب اصل الخلقة والتفاوت بينهما بحسب امر عارض وهو الشلل مع انه لا يجوز
استيفاء الكامل بالناقص بلا ريب وان اريد ان شرع القصاص لاعتبار المساواة من كل الوجوه لكن يجوز استيفاء الناقص بالكامل اذا رضي
صاحب الحق به لرضا صاحب الحق باسقاط بعض حقه لا لتحقق المساواة المعتبرة في شرع القصاص فمع ان عبارة الجواب المذكور عنه جدا يلزم
ان يجوز استيفاء طرف المراة لطرف الرجل ايضا اذا رضي الرجل به لوجود رضا صاحب الحق باسقاط بعض حقه في باقي الصورة ايضا مع
انه لا يجوز عندنا اصلا فتامل حق التامل فلعل حل هذا المقام على وجه يرتفع به الاشكال عنه بالمرة مما تكلب فيه الغبرات

فصل قال في العناية لما كان تصور الصلح بعد تصور الجناية وموجبها اتبعه ذلك في فصل على حدة انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان
الصلح عن القصاص مسئلة واحدة من مسائل هذا الفصل وبيان وجه اتباع هذه المسئلة وحدها لا يكفي في اتباع جميع ما شمل هذا الفصل

ولانه حق ثابت للورثة يجري فيه الاسقاط عفوا فكذا التعويض لاشتماله على احسان الاولياء واحياء القاتل فيجوز بالتراضي والقليل والكثير سواء لانه ليس فيه نص مقدر فيفوض الى اصطلاحهما كالخلع وغيره وان لم يذكروا حالا ولا مؤجلا فهو حال لانه مال واجب بالعقد والاصل في امثاله الحلول كالمهر والثمن بخلاف الدية لانها ما وجبت بالعقد قال وان كان القاتل حرا وعبدا فاصالح المولى العبد رجلا ان يصالح عن دمها على الف درهم ففعل فالالف على الحر والمولى نصفان لان عند الصلح اضيف اليهما واذا عفى احد الشركاء من الدم او صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين عن القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية واصل هذا ان القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي في الزوجين لهما ان الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت

من المسائل الكثيرة المختلفة كما ترى واما ثانيا فلان كون تصور الصلح عن الجناية بعد تصور الجناية وموجبها انما يقتضي مجرد اتباعه ولكن وتاخيره عنه لا ذكره في فصل على حدة فما معنى قوله في تالي الشرطية المذكورة اتبعه ذلك في فصل على حدة **قوله** ولانه حق ثابت للورثة يجري فيه الاسقاط عفوا فكذلك تصح تصالحا اقول لقائل ان يقول لا يلزم من جريان الاسقاط عفوا فكذلك تصح تصالحا ايضا فيه الا يرى ان الشفيع اسقاط حق شفعته بلا عوض بعد ان ثبت له حق الشفعة ولا يصح ان يصالح عن حق شفعته على مال كما مر في كتاب الصلح فالمتامل في الدفع **قوله** واذا عفا احد الشركاء من الدم او صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين من القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية اقول في عبارة الكتاب هنا قصور الاول ان كلمة عفا تعدى بعن وقد عداها في الكتاب بمن حيث قال من الدم والثاني ان يقال صالح عن كذا على عوض وذكر في الكتاب كلمة من موضع كلمة عن حيث قال او صالح من نصيبه على عوض والثالث ان عبارة النصيب في قوله او صالح من نصيبه توهم تحري القصاص لان النصيب هو الحصة وقد تقرر فيما مر ان القصاص غير متحزر فيثبت كملا لكل واحد من اولياء القتيل فالاظهر في وضع هذه المسئلة ان يقال واذا عفا احد الشركاء عن الدم او صالح عن حقه على عوض سقط حق الباقين في القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية والتعبير بالنصيب انما اصاب المحز في قوله وكان لهم نصيبهم من الدية لان الدية متحزرة لكونها من قبيل الاموال وكان لكل واحد منهم نصيب منها بقدر حقه من الارث واما حق التعبير في شان القصاص فان يذكر لفظ الحق بدل لفظ النصيب كما ينبغي هنا عليه وعن هذا قال المصنف عند تقريره دليلنا على هذه المسئلة ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزى **قوله** واصل هذا ان القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي في الزوجين قال صاحب النهاية هذا اللفظ كما ترى يدل على انه ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعا عندهما ونقل عن المبسوط والايضاح ما يدل على ان خلاف مالك في الزوجين في الدية خاصة واما في حق القصاص ففيه خلاف ابن ابي ليلى في الزوجين ونقل عن الاسرار ان الشافعي يقول الاظهر للمنساوي في استيفاء القصاص لهن حق العفو ثم قال وبهذا يعلم ان ما ذكره في الكتاب من انه لاحظ للزوجين في القصاص الدية عند مالك والشافعي مخالف لرواية المبسوط والايضاح والاسرار اقول فيه نظر لان ما ذكر في الكتاب انما يكون مخالفا لرواية تلك الكتب لو كان معناه انه لاحق للزوجين في القصاص والدية جميعا عند مالك والشافعي وهذا غير مسلم لجواز ان يكون قول المصنف خلافا لمالك والشافعي في الزوجين متعلقا بقوله وكذا الدية وحده لا بالمجموع **قوله** واصل هذا ان القصاص حق لجميع الورثة وكذا الدية ولا يخلو عن نوع ارشاد الى فصل قوله وكذا الدية بذكر لفظ كذا اذ لو كان مراده الجمع بين القصاص والدية في بيان الخلاف ايضا فقال واصل هذا ان القصاص والدية حق جميع الورثة خلافا لمالك والشافعي في الزوجين وعن هذا قال تاج الشريعة في شرح قوله خلافا لمالك والشافعي في الزوجين فعندهما لا يرث الزوج والزوجة من الدية شيئا لان وجوبه بعد الموت والزوجية ينقطع به انتهى حيث لم يتعرض للقصاص في شرح ذلك ويوافقه تحرير صاحب الكافي هنا حيث قال والاصل ان القصاص حق الورثة وكذا الدية وقال مالك والشافعي لا يرث الزوجان من الدية شيئا انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية (وهو مواخذة ضعيفة لانه لا يلزم من المخالفة لهما عدم صحة ما نقله والمشهور من مذهبهما ما نقله انتهى اقول بل ما ذكره نفسه ضعيف لان صاحب النهاية لم يدع عدم صحة ما في الكتاب بالكلية بل اراد بيان مخالفته لما في اكثر الكتب الثلاثة المعتبرة المقبولة بين الفقها لا سيما المبسوط والاسرار فان صاحبيهما من اساطين الائمة ولا نسلم ان المشهور من مذهب مالك والشافعي ان ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعا بل المشهور من مذهبهما ما ذكر

ولنا انه عليه السلام امر بتوريث امرأة اشيم الضبابي من عقل زوجها اشيم ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت

لسائر الورثة الزوجية شفى ابدا المرء سلما حتى اذا ارث وثبت بعد الموت مستنده الى سببه وهو الجرح واذا ثبت الحق لهم قبل موته يكون من الاستيفاء والاسقاط خلفا وصلحا ومن ضرورة

سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزى بخلاف ما اذا قتل رجلين على التعاقب حيث لا يسقط قصاص احدهما بعفو الولي عن الآخر لان القتل والمقتول ههنا واحد

لاتحادهما واذا اسقط القصاص اسقط الموجب بالباقين بالاتفاق ومعنى قول القائل وليس للعافي شيء من المال اذا اسقط حقه فعفوه نظير قولهم وجب ما يجب من مال في ثلث سنين قال الفقيه يجب في سنتين فما

اذا كان بين الشريكين وعفى احدهما لان الواجب يتنصف لانه يتبعض بدل المحل كله مؤجل الى ثلث سنين وكذلك بعضه والواجب في اليد كل المال اطرف وهو مسيء

في الشرع ويجب في ماله لانه عمد قال واذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه لو تمالأ عليه اهل صنعاء لقتلتهم

في ذكر في تلك الكتب فالاوجه التوفيق بين ما ذكر فيها وبين ما ذكر في الكتاب بما بيناه هنا عليه اتقانا قوله ولنا انه عليه السلام امر بتوريث امرأة اشيم

الضبابي من دية زوجها اشيم اقول فيه شيء وهو ان هذا الدليل لا يفيد تمام المدعى ههنا فانه انما يدل على ثبوت الاستحقاق بالزوجية في حق الدية

ولا يدل على ثبوت ذلك في حق القصاص والعمدة ههنا هو الثاني وانما ذكر الاخر استطرادا كما ترى قوله ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان

من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة اقول فيه ايضا شيء وهو ان هذا التعليل

وان كان يتمشى في القصاص ايضا الا انه لا يتمشى فيه الى اصل حقيقة وانما يتمشى فيه على اصل ابي يوسف ومحمد فانه يجيء في اول باب الشهادة

في القتل ان القصاص طريقه طريق الوراثة عندهما كالدين والدية واما عنده فطريقه طريق الخلافة دون الوراثة فلا يصح ان يقال بين قتله

انه حق يجري فيه الارث مع ان المدعى ههنا وهو قوله واصل هذا ان القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية مما اتفق عليه ائمتنا قاطبة فكيف يتم التعليل

المتفق عليه بالمختلف فيه وقول المصنف في تتمته حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن لا يجب

نفسا لانه انما يدل على جريان الارث فيه من غير المقتول ولا كلام فيه اذ لا خلاف فيه بين ائمتنا الثلثة فان حق القصاص هناك يثبت عندهم

جميعا للمورث الغير المقتول قبل موته وراثة من المقتول عندهما وخلافة عنه للورثة عند ابي حنيفة بخلاف المقتول فان حق القصاص لا يثبت

له قبل موته عنده بل انما يثبت عنده بعد موته لورثته ابتداء لتشفي الصدر كما ستطلع على تفصيله في بابه والكلام ههنا في ورثة نفس المقتول

فلا يتم التقريب على اصله فليتامل ثم ان صاحب العناية قال في شرح هذا التعليل واما الثاني فلانهما موروثان كسائر الاموال بالاتفاق فيجب

ان يكون في حق الزوجين كذلك لان وجوبهما اولا للميت ثم يثبت للورثة ولا يقع للميت الا بان يسند الوجوب الى سببه وهو الجرح فوقع

كسائر الاموال في ثبوتها قبل الموت انتهى اقول قد زاد هذا الشارح ههنا نغمة في الطنبور حيث زاد فسادا على فساد لانه مع اثباته في

تضاعيف شرحه بما يقرر ان لا يتم هذا التعليل على اصل ابي حنيفة وهو قوله لان وجوبهما اولا للميت ثم يثبت للورثة صرح بانهما يعني القصاص

والدية موروثان كسائر الاموال بالاتفاق وقد عرفت ان القصاص ليس بموروث من المقتول عند ابي حنيفة بخلاف سائر الاموال فالتصريح

بالاتفاق فساد فوق فساد والله الهادي الى سبيل الرشاد قوله واذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه لو تمالأ عليه

اهل صنعاء لقتلتهم قال صاحب النهاية هذا جواب الاستحسان وفي القياس لا يلزمهم القصاص لان المعتبر في القصاص المساواة لما في

الزيادة من الظلم على المعتدى وفي النقصان من الخس بحق المعتدى عليه ولا مساواة بين العشرة والواحد هذا شيء يعلم ببداهة العقل فالواحد من

العشرة يكون مثلا للواحد فكيف تكون العشرة مثلا للواحد وايد هذا القياس قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وذلك ينفي مقابلة

النفوس بنفس ولكن تركنا هذا القياس لما روي ان سبعة من اهل صنعاء قتلوا رجلا فقتلهم عمر رض بالقصاص عليهم وقال لو تمالأ عليه اهل صنعاء

لقتلتهم به انتهى كلامه اقول فيه بحث لانه صرح بان هذا القياس مؤيد بقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وقال في بيانه وذلك ينفي مقابلة النفوس

بنفس فعلى ذلك يلزم من ترك هذا القياس ترك العمل بمدلول الآية المذكورة وذا لا يجوز بما روي عن عمر رضي الله عنه لان عمر رض ابى كان

منفردا في قضائه وقوله المتبوع فيه فظاهر لان قول صحابي واحد وفعله لا يصلحان لمعارضة كتاب الله تعالى فضلا عن الرجحان عليه وان انضم

اليه اجماع الصحابة حيث كانوا متوافرين ولم ينكر عليهم احد منهم فحل محل الاجماع كما صرح به في العناية وغيرها فكذلك اذ قد تقرر في علم اصول الفقه

ولان القتل بطريق التغالب غالب القصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء واذا قتل واحد جماعة فحضر اولياء المقتولين قتل بجماعتهم ولا شئ لهم في ذلك فان حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقين وقال الشافعي يقتل بالاول منهم ويجب المال ان اجتمعوا ولو يعرف الاول قتل لهم وقسمت الدية بينهم وقيل يقرع بينهم فيقتل من خرجت قرعته لان الموجب من الواحد قتلات والذي تحقق في حق قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الاول الا انه عرف بالشرع لان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال واصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص لان وجوبه على كل واحد منهم جرح حصاله للاتوهاق فيضاف الى كل منهم اذ هو لا يتجزى

ان الاجماع لا يكون ناسخا للكتاب ولا السنة كما لا يكون القياس ناسخا لشئ منهما فالحق في اسلوب تحرير هذا المقام ان لا يتعرض لحديث كون الاية المذكورة موبدة لما هو مقتضى القياس في هذه المسئلة او ان يبين عدم المنافاة بين مدلول تلك الآية وبين جواب الاستحسان ههنا وسيجيء منا الكلام في التوفيق بينهما بعيد هذا القول قوله ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء قال صاحب العناية لقائل ان يقول ما ذكرتم من المعقول ان لم يكن قياسا على مجمع عليه لا يكون معتبرا في الشرع وان كان فلا يرد بوعلى القياس المقتضي لعدم المؤيد بقوله تعالى ان النفس بالنفس والجواب انه قياس على سائر ابواب العقوبات المترتبة على ما يوجب الفساد من افعال العباد ويرد بوعلى ذلك بقوة اثر الباطن وهو احياء حكمة الاحياء وقوله تعالى ان النفس بالنفس لا ينافيه لانهم في ازهاق الروح الغير المتجزي كشخص واحد انتهى كلامه اقول فيه نظر لان جعل الاشخاص المتعددة الذوات في الحقيقة كشخص واحد بمجرد صدور ازهاق الروح الغير المتجزي عن مجموعهم وجعلهم مساويين لشخص واحد بحيث تحقق بين ذلك الشخص الواحد وبين هؤلاء الجماعة مماثلة معتبرة في القصاص بعيد جدا عن مساعدة العقل والنقل وايضا ينافي هذا ما سياتي في تعليل المسئلة الاتية من ان الاصل عندنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فكان الصادر منهم بهذا الاعتبار قتلات متعددة على عدد رؤسهم فحصلت المماثلة المعتبرة في القصاص والحق عندي ههنا ان يقال ان قوله تعالى ان النفس بالنفس لا ينافي قالوا في هذه المسئلة اذ لا دلالة فيه على اعتبار الوحدة في النفس بل فيه بمجرد مقابلة جنس النفس بجنس النفس كما ترى والمقصود منه الاحتراز عن ان تقيص النفس لغير النفس كما في قوله والعين بالعين والانف بالانف ونحوهما واما انه هل تحقق المماثلة المعتبرة في القصاص عند تعدد النفس في جانب القاتل والمقتول فانما يستفاد ذلك من دليل اخر لا يرى ان العين اليمنى لا تقتص بالعين اليسرى وكذا العكس مع ان قوله تعالى والعين بالعين لا يدل عليه نظرا الى ظاهره اطلاقه بل انما يستفاد ذلك من دليل اخر فكذا ههنا تبصر قوله ولنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال في التماثل اصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص اقول فيه اشكال اما اولا فلان كون كل واحد منهم قاتلا بوصف الكمال امر متعذر لاستلزامه تعاور العلل المستقلة بالاجتماع على معلول واحد بالشخص وهو محال كما تقرر في موضعه واما ثانيا فلان شراح الكتاب وغيرهم صرحوا في الفصل الاول بان جواب المسئلة جواب الاستحسان والقياس لا يقتضيه لان المعتبر في القصاص المماثلة ولا مماثلة بين الواحد والجماعة قطعا بل بديهة لكنا تركنا القياس باجماع الصحابة على قتل جماعة بواحد فالقول ههنا بتحقق التماثل في الفصل الاول ايضا ينافي ذلك اذ يلزم حينئذ ان يكون جواب المسئلة ههنا كجواب القياس والاستحسان معا فان قلت ليس المراد ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال حقيقة بل المراد ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال في اعتبار الشرع تحقيقا للمماثلة المعتبرة في القصاص فحصل الجواب عن وجهي الاشكال معا قلت تعاور العلتين المستقلتين بالاجتماع على معلول واحد بالشخص ممتنع عقلي واعتبار الشرع ما هو ممتنع الوقوع واقعا ما لا وقوع له في شئ ولو فرضنا وقوعه لا يظهر له فائدة فيما نحن فيه لانهم صرحوا بان شرع المماثلة في القصاص لئلا يلزم الظلم على المتعدي على تقدير الزيادة ولئلا يلزم التجنيس الحق المتعدي عليه على تقدير النقصان لا شك ان الظلم والتجنيس انما ينتفيان عند تحقق المماثلة الحقيقية واما عند اعتبار غير المماثل مماثلا فلا يخلوان لا محالة

عن الظلم والتجنيس حقيقة وهذا غير واقع بل غير جائز في احكام الشرع قوله لانه وجد من كل واحد جرح صالح للازهاق فيضاف الى كل واحد منهم اذ هو لا يتجزى اقول لقائل ان يقول حاصل هذا الدليل بيان وجه قوله في الدليل الاول ان كل واحد منهما قاتل بوصف الكمال فلا وجه

وان بان القصاص شرع مع المنافي لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله الكثير به قال ومن وجب عليه القصاص اذا مات سقط القصاص لفوات محل الاستيفاء لانه شبه موت العبد الجاني في بناني فيه خوف الشر فصار اذا لواحد منهما عنده قال واذا قصر رجلان يد رجل واحد فلا قصاص حتى يحضر احدهما وعليهما نصف الدية وقال الشافعي رح يقطع يد احدهما او المفرض اذا اختار تسليمه الى الاولياء حتى يقتص له الاعتبار بالنفس واريد ما تعذر بها اذا ضرب حكمها او جرح بينهما اجامع ولنا ان كل واحد منهما قاطع لعضو لا ينقطاع حصل باعتمادهما والحكم حصل باعتمادهما فيجب عليهما كما اذا كل واحد منهما السبب تلافا للنفس من الزهاق ولان القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الفوت والاجتماع يقطع اليد من المفصل نوجب الدية لا القطاع الى مقدر بدليه فلي بالفوت قال وعليهما نصف الدية لانه دية تلك اليد الواحدة وما قطعاها وان قطع واحد يمنى رجلين يحضر فلها ان يقطع يده واخذ منه نصف الدية فتقسم الدية نصفين سواء قطعهما معا او على التعاقب وقال الشافعي رح في التعاقب يقطع يده اولا وفي القران يقرع لان اليد استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثاني كما لو مات بعد الزوج وفي القران اليد للواحد فلا في بالقرعة وتدرج بالقرعة ولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في حكمه كالغريمين التركة والقصاص اثبات الفعل ثبت مع التعاقب فلا يظهر الاولى في حق الاستيفاء اما الحكم في وجوبه فالمعتبر فيه السبق التاريخ كما لو ان الحق ثابت في محل صحاكما اذا اشتد للعبد عينيهما على التعاقب فستحق قبضها او ان حضر واحد منهما فاختار يده فلا خيار للآخر بل يستوفي حقه ويرد حق الغائب اذا الحق لم يسقط بالاستيفاء فيتعين حق الآخر في الدية لانه اوفى به حقا مستحقا قال واذا قال العبد بقتل العبد لزمه القود وقال فرده لا يصح اقراره لانه بالابطال اقر صحاكما اذا اقر للمال لان العبد متهم فيه لانه مضر به فيقبل قوله ان لم يصدقه مولاه لان المصدق مبقى على اصل الحرية في حق الدم على الاصل المذكور والقصاص وبطلان حق المولى بطريق الحتم فلا يتعداه ومن قتل عبدا فقد السيد منه الى الخر فانا نعني القصاص للاول والدية للثاني حتى عاقلته لان الاول عاد والثاني احدث نوعي الخطا كما ذكرنا وهي الى عبده فاصابا عبدا والاثر

لجعله دليلا مستقلا معطوفا على الدليل الاول بقوله ولانه وجد من كل واحد الى اخره ثم ان صاحب العناية قال في شرح هذا الدليل يعني ان القتل جرح صالح لازهاق الروح وقد وجد من كل واحد منهم بحيث لو انفرد عن الباقين كان قاتلا بصفة الكمال والحكم اذا حصل عقيب علل لابد من الاضافة اليها فاما ان يضاف اليها توزيعا او كملا والاول باطل لعدم التجزي فتعين الثاني ولهذا لو قال حلف جماعة كل واحد منهم ان لا يقتل فلانا فاجتمعوا على قتله حنثوا انتهى قول فيه نظر لانه لا يلزم من ان لا يجوز اضافة القتل الى تلك العلل توزيعا بناء على ان القتل لا يتجزى تعين ان يضاف الى كل واحد منهم كملا بل يجوز ان يضاف كملا الى مجموع تلك العلل من حيث هي مجموع بل هو الظاهر لئلا يلزم تواردا العلل المستقلة بالاجتماع على معلول واحد بالشخص فحينئذ لا يتم المطلوب كما لا يخفى ويمكن توجيه مسئلة الحلف بان مدار الايمان على العرف كما صرحوا به في محله فاذا اجتمعت جماعة على قتل رجل ووجد من كل واحد منهم جرح صالح لازهاق الروح يقال لكل واحد منهم في العرف انه قتل فلانا وان كان القتل في الحقيقة كملا مضافا الى مجموعهم من حيث هو مجموع فجاز ان يكون مناخنث كل واحد منهم في مسئلة الحلف على العرف واما القصاص فالمعتبر فيه الحقيقة لا غير ثم اقول كل واحد من ذينك الدليلين المذكورين في الكتاب انما يتمشيان فيما اذا حضر اولياء المقتولين وقتلوا القاتل جملة واما فيما اذا حضر واحد منهم وقتل القاتل وحده فسقط حق الباقين كما ذكر في الصغاني الكتاب فلا يتمشيه لشيء منهما اذ لا يتصور ان يقال لاحد من الباقين الغير الحاضرين الذين لم يباشروا القتل اصلا انه قاتل فضلا عن ان يقال انه قاتل بوصف الكمال وكذا لا يتصور ان يقال لاحدهم انه وجد منه جرح صالح للازهاق فينبغي ان يجب الباقين المال في هذه الصورة فليتامل قوله ولان القصاص شرع مع المنافي لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفي به اقول فيه كلام وهو ان تحقيق الاحياء حكمة القصاص ومجرد حصول حكمة لا يتم امر به بل لابد من حصول شرائطه ايضا ومن جملتها المماثلة الا يرى انه لا يقتل المسلم والاذمي بالمستامن وكذا لا يقتل احد بولده وولد ولده وان سفل ولا بعبده ولا بمدبره ولا بمكاتبه الى غير ذلك مع ان حصول تحقيق الاحياء متصور في جميع ذلك وانما لا يجب القصاص في تلك الصور لانتفاء بعض شرائطه او تحقيق بعض موانعه وعند الشافعي رح ان قال فيما نحن فيه ان الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه قتل واحد فلم يوجد التماثل الذي هو مبنى القصاص كيف يتم ان يقال في مقابلته قد حصل تحقيق الاحياء بقتله فاكتفي به ولعل صاحب الكافي فهم ضعف هذا التعليل حيث ترك ذكره مع كون عادته ان يقتفي اثر صاحب الهداية قوله لان الاول عمد والثاني احد نوعي الخطا قال صاحب العناية هو خطاني القصد اقول هذا خبط ظاهر اذ قد مر في الكتاب ان الخطا على نوعين خطاني القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو ادمي او ليظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطاني القتل وهو ان يرمي غرضا فيصيب ادميا ولا شك ان ما نحن فيه من قبيل الثاني دون الاول ومن البين فيه قول المصنف هنا كانه رمى الى صيد فاصاب ادميا قوله والفعل يتعدد والاثر قال صاحب العناية قيل فان الرمي اذا اصاب حيوانا ومزق جلده سمي جرحا وان قتله سمي قتلا فان اصاب الكوز وكسره سمي كسرا فكذلك يجوز ان يكون بالنسبة الى المحل عمدا وبالنسبة الى اخر خطا وفيه نظر لان ذلك تسمية الفعل الواحد باسماء مختلفة بالنسبة الى المحال والنزاع فيه انما الكلام في ان يتعدد الفعل الواحد فصيره فعلين متضادين انتهى اقول نظيره ساقط اذ النزاع ان ذكره ذلك القائل تسمية الفعل الواحد بحيثيات اسماء قيود مختلفة وذا وصافا متضادة ليست مختلفة لاتسمية ذلك الفعل الواحد من حيث هو عوامل احتراز عن الاسامي المختلفة الا يرى الى الرامي من حيث انه اصاب الكوز لان يسمى جرحا والقاتل يسمى كسرا وكذا من حيث انه اصاب حيوانا ومزق جلده او قتله لا يسمى كسرا بل يسمى جرحا او قتلا واذا تقرر ان اختلاف تلك الاسامي باختلاف الاوصاف المضيفة الى ذلك الفعل تقرر ان اختلاف مسميات تلك الاسامي ايضا كذلك مناسبا لما نحن فيه فصيره فعلين ثم ان قوله وانما الكلام في ان يتعدد الفعل الواحد فصيره فعلين

فصل قال ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده او قطع يده عمدا ثم قتله خطأ او قطع يده خطأ فبرأت يده ثم قتله خطأ او قطع يده عمدا فبرأ ثم قتله عمدا فانه يؤخذ بالامرين جميعا والاصل فيه ان الجمع بين الجراحات واجب امكن تتميما للاول لان القتل في الاغلب يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج لان لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع في سدة الفصول في الاولين لاختلاف حكم الفعلين وفي الاخرين لتخلل البرء وهو قاطع للسراية حتى لو تخلل وهو قد يكونا خطأين كان خطأ بين يجمع بالاجماع لامكان الجمع والكفف بدية واحدة وان كان قطع يده عمدا ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده فان شاء الامام قال اقطعه ثم اقتله وان شاء قال اقتله وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يقال ولا تقطع يده لان الجمع ممكن بتحاذي الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما ولان الجمع متعذر اما لاختلاف بين الفعلين عندهما لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر لان الآخر يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صار من شخص عجز القود على الجاني قصا ولا تخلل البرء بخلاف ما اذا قطع يسرى لان الفعل واحد بخلاف ما اذا كانا خطأين لان الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة ولان ارش اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل وذلك بالجز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان اما القطع والقتل قصاصا فيجتمعان **قال** ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ من ذلك ثم مات من عشرة فعليه دية واحدة لان البارئ منها لا يبقى معتبرة في حق الارش وان بقيت معتبرة في حق التعزير وبقي الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت ولو بقي لها اثر على اصل ابي حنيفة رحمه الله وعن ابي يوسف في مثله حكومة عدل وعن محمد رحمه الله تجب حرة الطبيب ولو ضرب رجلا مائة سوط وجرحه وبقي له اثر تجب حكومة العدل لبقاء الاثر والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس **قال** ومن قطع يد رجل وعفا المقطوعة يده عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله وان عفا عن القطع وما يحدث منه ثم مات من ذلك وقد عفا عن النفس ثم ان كان خطأ فهو من ثلث المال وان كان عمدا فهو من جميع المال هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا عفى عن القطع فهو عفو عن النفس ايضا وعلى هذا الخلاف اذا عفى عن الشجة ثم سرى الى النفس ومات لهما ان العفو عن القطع عفو عن موجبه وموجبه القطع لو اقتصر والقتل اذا سرى فكان العفو عنه عفوا عن احد موجبيه ايهما كان

متغايرين ان اراد به ان الكلام فيه بل الانسلم امكان ذلك وان اراد به ان الكلام في ان تعدد الشخص هل الواحد تعدد الاوصاف المتضادة المنضمة اليه فهو مسلم لكن هذا التعدد يحصل قطعا بتعدد الاسامي تعددا شيئا من تعدد المسميات بالحيثيات المختلفة كما هو الواقع ومراد ذلك القائل كما عرفت انفا ثم قال صاحب العناية ولقائل ان يقول الخطأ لا يستلزم اباحة لكونه سببا للكفارة وهو لا يكون امرا بالمأثم والحظر والاباحة ولم يوجد هنا والجواب ان الخطأ هو تحقق الجناية في انسان مخالف لظن الجاني كمن رمى الى شئ يظنه صيدا فاذا هو انسان او لقصده مطلقا كمن رمى الى هدف فاصاب انسانا وكالذي يخن فيه والرمي بالنسبة الى المخالف لهما كالرمي لا الى معين في ذلك مباح لا محالة انتهى اقول في تحرير جوابه نوع خلل فان تمثيل قوله او لقصده مطلقا بقوله كمن رمى الى هدف فاصاب انسانا وكالذي يخن فيه يشعر بان يكون الاصابة للانسان عند الرمي الى هدف وكذا ما يخن فيه من قبيل الخطأ في القصد وليس كذلك قطعا اذ كل منهما من قبيل الخطأ في الفعل كما بينا من قبل

فصل لما ذكر حكم الفعل الواحد ذكر في هذا الفصل حكم الفعلين لان الاثنين بعد الواحد كذا في الشروح **قوله** ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده الى آخره اقول لقائل ان يقول اذا اختلف حكم الفعلين بان يكون احدهما عمدا والاخر خطأ لم يشتمل كل واحد حكم نفسه سواء تخلل بينهما التبرأ ولم تخلل كما سينكشف في الاصل الآتي ذكره فيكون قوله قبل ان تبرأ يده في وضع هذه المسئلة مستدركا لاتمام جوابها وهو ان يؤخذ بالامرين جميعا بدون ذكر ذلك القيد بل يوهم ذكره ان لا يكون الجواب كذلك فيما بعد ان تبرأ يده بناء على ان تخصيص الشئ بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه كما صرحوا به وعن هذا قال في وضع المسئلة الثانية او قطع يده عمدا ثم قتله خطأ بدون ذكر ذلك القيد ثم اقول يمكن ان يقال فائدة ذكر ذلك القيد في المسئلة الاولى التنبيه من اول الامر على ان تخلل البرء ليس بمؤثر فيما اذا اختلف الفعلان فانه اذا اعتلى كل واحد منهما حكم نفسه فيما اذا تخلل البرء فيما اذا تخلل ذلك اولى وبهذا يندفع ان لا يكون الجواب فيما اذا تخلل البرء كالجواب فيما اذا لم تخلل فان تخصيص الشئ بالذكر انما يدل في الروايات على نفي الحكم عما عداه ان لو لم يكن ما عداه اولى بثبوت الحكم المذكور له واما اذا كان كذلك فيدل على اشتراك ما عداه معه في الحكم المذكور بالاولوية بطريق لحن الخطاب بلا ريب وما نحن فيه من هذا القبيل ثم انه لما حصل التنبيه على ذلك في المسئلة الاولى حصل الاستغناء عنه في المسئلة الثانية لاشتراكهما في اختلاف الفعلين ولهذا لم يذكر ذلك القيد فيها ثم لما جاء الى المسئلة الثالثة والرابعة قيدهما بتخلل البرء لتجانس الفعلين عمدا وخطأ فيهما فلا بد في الاخذ بالامرين جميعا من تخلل البرء في البين **قوله** فصار تخلل البرء قال بعض الفضلاء منقوض بما اذا كان كلاهما خطأ اقول كيف يكون منقوضا بذلك وقد تدارك المصنف صراحة فيما بعد حيث قال وبخلاف ما اذا كانا خطأين وعللة بتعليلين باز التعليلي ابي حنيفة ما اذا كانا عمدين وتعليله الثاني وهو قوله ولان ارش اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل الى آخره واقع قطعا لتوهم انتقاض قوله فصار تخلل البرء بما اذا كان خطأين تامل تفهم وقال صاحب معراج الدراية فان قيل لو كان بمنزلة تخلل البرء ينبغي ان لا يكون للامام خيار كما لو تخلل البرء قلنا المسئلة مجتهد فيها فالقاضي يقضي على وفق رايه

اذا لم تخلل

الاول

ولان اسم القطع يتناول السارى والمقتصر فيكون العفو عن القصر عفوا عن نوعيه وصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول الجناية السارية والمقتصرة كذا هذا ولان سبب الضمان قد تحقق وهو قتل النفس معصومة متقومة والعفو لم يتناوله بصريحه لانه عفا عن القطع وهو غير القتل والسراية تبين ان الواقع قتل حقيقة وكان يوجب ضمانه وكان ينبغي ان يجب القصاص وهو القياس لانه هو الموجب للعمد الا ان في الاستحسان اوجب الدية بدلا عن صورة العفو ورثت شبهة وهي دلالة للعفو ولانا نسلم ان السارى نوع من القطع ثم ان السراية صفة له بل السارى قبل من الابتداء وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعا فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن الجناية لانه اسم جنس وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لانه صريح في العفو عن السراية والقتل ولو كان القطع خطأ فقد لجزاه عمرى العمد في هذا الوجوه وفاقا وخلافا اذ ذاك طلاقا الا انه ان كان خطأ فهو من ثلث مال الجاني ان كان عمدا فهو من جميع المال

أقول في الجواب نقول ان قول المصنف بعد بيان خيار الامام وهذا عند ابي حنيفة تنبيها بهذا الجواب حيث ان قضا القاضي في المسئلة المجتهد فيها على وفق رأيه ليس بقول ابي حنيفة فتنبه ايضا ليقول ان به كما لا يخفى على العارف بمسائل الفقه ثم ان هذا كله على تقدير ان يكون الخيار للامام عند ابي حنيفة واما اذا كان الخيار للولي عنده كما ذكره شمس الائمة السرخسي ونقل عنه الشراح قاطبة حتى قال صاحب الغاية بعد نقل ذلك عنه فعلى هذا يكون قوله فان شاء الامام معناه يتبين لهم ان لهم الخيار فلا تغفل راسا للسؤال على الوجه المذكور نعم يرد ان يقال فما معنى قول ابي حنيفة في هذه المسئلة بان للولي الخيار مع الجزم في المسائل السابقة بان يوخذ بالامرين جميعا وعلة تعذر الجمع متحققة في الكل عنده بلا تفاوت كما تبين في الكتاب قوله ولان اسم القطع يتناول السارى والمقتصر وكان العفو عنه عفوا عن نوعيه اقول اسلوب التحرير يقتضي ان يكون ما سبق دليلا تاما لهذا وهذا ايضا دليلا آخر مستقلا له لكن لا يخفى على الفطن ان ما سبق لا يتم دليلا لهذا ومن ثم لم يذكر هذا الا لانه اذا لم يتقرر ان اسم القطع يتناول السارى والمقتصر لا يتقرر كون القتل احد موجبي القطع فانه اذا لم يتناول اسم القطع السارى ايضا لا يتعين كون القتل احد موجبي القطع اذ لا يحتمل ان يكون القطع المقتصر موجبا للقتل ايضا تدبر قوله وكان ينبغي ان يجب القصاص وهو القياس قلت وكان ينبغي ان يقول وكان الظاهر ان يجب القصاص بدل قوله وكان ينبغي ان يجب القصاص لان الذي ينبغي هو موجب الاستحسان دون موجب القياس الا ان موجب القياس هو الظاهر في بادي الراى قوله ولو كان القطع خطأ فقد اجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا قال جمهور الشراح في بيان هذه الوجوه وهي الوجوه الاربعة التي هي العفو عن القطع مطلقا والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الشجة والعفو عن الجناية انتهى اقول ليس هذا بسديد لان معنى كلام المصنف ههنا ان محمدا رح اجرى القطع خطأ مجرى العمد في هذه الوجوه المذكورة في المسئلة المارة التي هي من مسائل الجامع الصغير والعفو عن الشجة لم يكن مذكورا في كلام محمد في الجامع الصغير قط وانما ذكره فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير حيث قال وكذلك لا اختلاف في الضرب والشجة والجراحة في اليد وما اشبه ذلك وكذا ذكره المصنف في الهداية دون البداية وحيث قال وعلى هذا لا اختلاف اذا عفا عن الشجة ثم سرى الى النفس وما ذكره المصنف ههنا بصدد بيان ما تناوله كلام محمد في المسئلة المارة التي هي مسئلة الجامع الصغير فكيف يتصور درج العفو عن الشجة في مضمون ذلك كما فعله جمهور الشراح حيث فسروا هذه الوجوه بقوله فقد اجراه مجرى العمد في هذه الوجوه بما يشمل العفو عن الشجة ايضا فالوجه ان مراد المصنف بهذه الوجوه نفي الوجوه الثلثة وهي العفو عن القطع مطلقا والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الجناية لان هذه الثلثة هي المذكورة في مسئلة الجامع الصغير واما العفو عن الشجة فقد ذكره المصنف فيما مر استطرادا وبين ان حكمه كحكم ما ذكر في مسئلة الجامع الصغير اخذا مما ذكره فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير قوله اذ ذاك بذلك اطلاقا اي علم بذلك اطلاق لفظ الجامع الصغير وهو قوله ومن قطع يد رجل فعفى المقطوعة يده عن القطع حيث لم يتعرض للعمد والخطأ وكان متناولا لهما كذا في عامة الشروح قال صاحب الغاية بعد ان شرح المقام كذلك هذا التقرير ما اقتضاه كلام صاحب البداية وذلك ممنوع عندنا لان محمدا قيده بالعمد في اصل الجامع الصغير كما ذكرنا روايته وكذلك قيد الفقيه ابو الليث وفخر الاسلام والصدر الشهيد وغيرهم في شروح الجامع الصغير بالعمد فلا يصح حينئذ دعوى الاطلاق انتهى واما ما عدا صاحب الغاية من الشراح قالوا ههنا واجابوا حيث قالوا فان قيل لا نسلم ان لفظه مطلق بل هو مقيد بالقطع العمد دليل جواب العمد وهو قوله فعلى القاطع الدية من ماله فانه تبين ان مراده العمد لان الدية في الخطأ على العاقلة قلنا وضع المسئلة مطلق بلا شك اذ القيد غير ملفوظ لكن الجواب انما هو لاحد نوعي القطع فتقديره فعلى القاطع الدية في ماله ان كان القطع عمدا انتهى كلامهم اقول للمذهب سبب عليك ان جوابهم هذا لا يسمن ولا يغني من جوع اذ لا شك ان مقصود المصنف ههنا بيان احبرا

لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما انه ليس بمال فصار كما اذا اوصى باعادة ارضه اما الخطأ فموجبه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث
قال واذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية ان كان خطأ وان كان عمدا ففي مالها وهذا عند ابي حنيفة رح لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه فوق القطع اذا كان عمدا فلا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا الا بما قدرنا من السقوط فيجب مهر المثل وعليها الدية في مالها لان التزوج ان كان يتضمن العفو عما بين لك ان شاء الله تعالى لكن عن القصاص في الطرف فهذه الصورة

محمد رح القطع خطأ مجرى العمد في احكام هذه الوجوه وفاقا وخلافا ولا ريب ان حكم المسئلة انما يؤخذ من جوابها واذا كان الجواب في لفظ الجامع الصغير مخصوصا بصورة العمد فكيف يؤذن مجردا طلاق وضع المسئلة اشتراك نوعي القطع في الحكم اذ لو اذن ذلك اشتركا فيما في الحكم المستفاد من الجواب وقوله في ماله لا مع عن ذلك لامحالة فلا يؤذن للاشتراك قط فلم تتم قول المصنف اذن بذلك اطلاقه فتامل قوله لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما انه ليس بمال قال في العناية فيه بحث وهو ان القصاص موروث بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة ثم قال والجواب عنه ان المصنف نفى تعلق حق الورثة به لا كونه موروثا ولا تنافي بينهما لان حق الورثة انما يثبت بطريق الخلافة وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الاصل والقياس في المال ايضا ان لا يثبت فيه تعلق حقهم الا بعد موت المورث لكن ثبت ذلك شرعا لقوله عليه السلام لان تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس وتركهم اغنيا انما تحقق بتعلق حقهم بما يتحقق به الغنى وهو المال فلو لم يتعلق به لم يتصرف فيه فتتركهم عالة يتكففون الناس والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث انتهى اقول في تقرير البحث المذكور خلل فاحش وفي تحرير الجواب المزبور التزام ذلك اما الاول فلانه سيجيء في اول باب الشهادة في القتل ان القصاص يثبت لورثة القتيل ابتداء لا بطريق الوراثة من المقتول عند ابي حنيفة واما عندهما فيثبت للقتيل ابتداء ثم ينتقل بموته الى ورثته بطريق الوراثة مثل الدين والدية فقوله ان القصاص موروث بالاتفاق كذب صريح وقد مر نظير هذا من صاحب العناية في الفصل السابق ويثبت بطلانه هناك ايضا فتذكر واما الثاني فلانه لم يقع لتعرض فيه لكون القصاص غير موروث من المقتول عندنا منا الاعظم بل سبق الكلام فيه على وجه يشعر بكونه موروثا بالاتفاق الا يرى الى قوله في خاتمته والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث قوله اما الخطأ فموجبه المال وحق الورثة تعلق به فيعتبر من الثلث قال جمهور الشراح فان قتل القاتل واحد من العاقلة فكيف جوز الوصية بجميع الثلث هنا حتى صح في نصيب القاتل ايضا مع ان الوصية لا تصح للقاتل قلنا انما جوز ذلك لان المجروح لم يقبل وصيتك لك بثلث الدية وانما عفا عنه المال بعد سبب الوجوب فكان متبرعا مبتدءا وذلك جائز للقاتل الا ترى انه لو وهب له وسلم جاز انتهى كلامهم واورد بعض الفضلاء على قولهم الا يرى انه لو وهب له وسلم جاز بان قال فيه بحث لان الهبة في المرض في حكم الوصية على ما سيجيء في كتاب الوصية انتهى اقول ان اراد ان الهبة في المرض في حكم الوصية من كل الوجوه فهو ممنوع الا يرى ان الهبة عقد منجز والوصية عقد معلق بالموت كما صرحوا به وان اراد انها في حكم الوصية في بعض الوجوه لكونها معتبرة من الثلث ونحو ذلك فهو مسلم لكن لا يلزم منه ان لا يصح هبة المجروح للقاتل كعدم صحة وصيته له فلا يجدي قدحا فيما ذكره الشراح في تنوير جوابهم قوله ثم القطع ان كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا قال جاءة من الشراح فان قيل القصاص لا يجري بين الرجل والمرأة في الاطراف فكيف يكون هذا تزوجا على القصاص قلنا الموجب الاصلي في العمد القصاص فتضمنه الاطلاق قوله تعالى والجروح قصاص الا انه تعذر الاستيفاء لقيام التفاوت المانع وهو بين في الرجل والمرأة انتهى اقول في الجواب نظر لان اطلاق قوله والجروح قصاص لما كان فيه ممنوع فان القصاص مبني على المماثلة وما لا يمكن فيه المماثلة لا يتصور فيه القصاص وعن هذا اذا قطع رجل يد رجل عمدا من غير المفصل لا يجب القصاص لعدم امكان اعتبار المماثلة وقد حقق المصنف هذا المعنى في اول باب القصاص فيما دون النفس لصدر الاستدلال لقوله تعالى والجروح قصاص على وجوب القصاص في قطع يد غيره عمدا من المفصل وقد تقرر فيما مر انه لا مماثلة بين الرجل والمرأة في الاطراف فلا يندرج في قوله تعالى والجروح قصاص ولئن سلم ذلك لزم ان ينقض الجواب المذكور بما اذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده فاقتص القطع فانه تصح التسمية فيه ويصير ارش اليد وهو خمسة ادرهم مهرا لها بالاجماع صرح به الشراح قاطبة في اول هذه المسئلة وعزاه جماعة منهم الى الامام قاضي خان والامام المحبوبي وقالوا اشار اليه المصنف بقوله ثم مات

واذا سرى تبين انه قتل النفس لوليها وله العفو فتجب الدية وترجع في ماله لانه عمد والقياس ان يجب القصاص على ما بيناه واذا وجب فحالهما مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة ان كانا على السواء وان كان في الدية فضل ردده على الورثة وان كان في المهر ردده الورثة عليها واذا كان القطع خطأ يكون هدرا وترجع على عاقلة الزوج بالدية واذا سرى الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ان لا يد له والاشتى فيها والاستقاط لان الدية تجب على العاقلة في الخطأ والمهر لها قال ولو تزوجها على الية فاوجبت ضمانا او على الجناية فزمات من ذلك والقتل عمد فلها مهر مثلها لان هذا تزوج على القصاص ولا قصاص فيجب مهر المثل على ما بيناه واصلا كما اذا تزوجها على خمر او خنزير ولا شيء عليها لانه لما جعل القصاص مهرا فقد رضي بسقوطه بجهة المهر فيسقط اصلا كما اذا اسقط القصاص بشرط ان يصير ولا فانه يسقط اصلا وان كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها وهو ثلث ماله لانه هذا تزوج على الدية وهي تصلح مهرا الا انه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لانه مريض مرض الموت والتزوج من الجوانب الاصلية ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لانه محاباة فتكون وصية ويرفع عن العاقلة ثلثه لانهم يتحملون عنها من المال ان ترجع عليهم وهو جناياتها وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من اهل الوصية لانهم ليسوا بقتلة فان كان ثلث تخرج من الثلث تسقط وان لم تخرج يسقط ثلثه

ولو كان الموجب الاصلي هو القصاص في العمد الواقع بين اطراف الرجل والمراة ايضا لزم ان يكون التزوج في صورة الاقتصار ايضا تزوجا على القصاص فلزم ان لا يتم ما صرحوا به من صحة التسمية ولزوم الارش مهرا لها بالاجماع في تلك الصورة كما لا يخفى وقال صاحب الغاية وتاج الشريعة فان قيل الجواب في الاطراف بين الرجل والمراة هو الارش وارش اليد معلوم فهو خمسمائة دينار فما المانع عن ان يكون هو المهر قلنا ارش اليد ليس متعينا لجواز ان يكون خمسة آلاف درهم فيكون مجهولا فيجب مهر المثل انتهى اقول في جواب هذا السؤال ايضا نظر فانه ينتقض ايضا قطعا بالتزوج على يده في صورة الاقتصار فان ارش اليد يصير مهرا لها هناك بالاجماع كما صرحوا به مع تحقق الجهالة الناشئة من عدم تعيين ارش اليد هناك ايضا ثم اقول لو قال المصنف في تعليل صورة العمد ايضا من مسئلتنا هذه مثل ما قال في صورة الخطأ منها من ان يكون هذا تزوجا على ارش اليد اذ القصاص لا يجري في الاطراف بين الرجل والمراة في العمد ايضا عندي واذا سرى الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فوجب مهر المثل لصح وكان سالما عن ان يرد عليه السؤالان المذكوران ولم يحتج الى جوابهما المذكورين في الشروح المختلفين كما بيناه انفا **قوله** واذا سرى تبين انه قتل ولم يتناوله العفو فتجب الدية قال في النهاية فان قلت لم يجب القصاص ههنا على المراة مع ان القطع كان عمدا وهو قتل من الابتداء فانه لما مات ظهر ان الواجب هو القصاص وهو لم يجعل القصاص مهرا لان القصاص لا يصلح مهرا لانه ليس بمال والمهر يجب ان يكون مالا ولما لم يصلح القصاص مهرا صار كانه تزوجها ولم يذكر شيئا وفيه القصاص فكذا ههنا قلت نعم كذلك الا انه لما جعل القصاص مهرا جعل ولاية استيفاء القصاص للمراة ولو استوفت المراة القصاص انما يستوفى عن نفسها لنفسها وذلك محال فان الانسان لا يتمكن من استيفاء القصاص عن نفسه لنفسه لان الشخص الواحد لا يصلح ان يكون مطالبا للقصاص ومطالبا به فسقط القصاص لاستحالة الاستيفاء وبسقط القصاص بقي النكاح بلا تسمية فيجب مهر المثل كما اذا لم يسم ابتدا انتهى اقول لا السؤال شيء ولا الجواب اما الاول فلان وجه عدم وجوب القصاص ههنا على المراة ظاهر من قول المصنف والقياس ان يجب القصاص على ما بيناه فانه اشارة الى ما ذكره فيما قبل من ان وجوب الدية ههنا دون القصاص على موجب الاستحسان فان صورة العفو اورثت شبهة وهي دارئة للقود فلم يبق محل السؤال عن لمية عدم وجوب القصاص ههنا على المراة واما الثاني فلان القصاص الذي جعل مهرا وجعل ولاية استيفائه للمراة انما هو قصاص اليد دون قصاص النفس كما افصح عنه قول المصنف فيما قبل يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف واذا سرى تبين انه قتل النفس فلم يتناوله ولاية المراة للعلة التي ذكرها المصنف في عدم تناوله العفو الذي تضمنه التزوج فبقي السؤال عن وجه عدم وجوب قصاص النفس على المراة بعد ان تبين ان قطعها صار قتل النفس واما ما ذكر في الجواب المزبور اذ لم يجعل احد ولاية استيفاء قصاص النفس للمراة قط حتى يلزم من وجوب قصاص النفس عليها استيفاؤها القصاص عن نفسها لنفسها **قوله** واذا كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ماله وصية قال صاحب النهاية والعناية في شرح هذا المحل قوله يرفع عن العاقلة مهر مثلها اي قدر مهر مثلها وقوله ولهم ثلث ماله وصية اي وللعاقلة ثلث ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية يكون وصية انتهى اقول في التفسير الثاني خلل فان المصنف فصل فيما بعد حال الزيادة على مهر المثل وجعلها صورتين حيث قال فان كانت تخرج من الثلث لم تخرج وان لم تكن تخرج يسقط ثلثه وعلى ذلك التفسير يلزم ان لا يتناول الكلام المصنف ههنا الصورة الاولى من الصورتين اللتين ذكرهما فيما بعد فان ما يكون وصية لهم في الصورة الاولى منهما جميع ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية لا ثلثه فقط كما لا يخفى وقال صاحب الغاية قوله يرفع عن العاقلة مهر مثلها اي قدر مهر مثلها وقوله ولهم ثلث ماله وصية

وقال ابو يوسف ومحمد كذلك الجواب فيما اذا تنازعا على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين قال ومن قطعت يداه فاقتص له من اليد ثم مات فانه لا شيء على القاطع لانه قتل القصاص بحق وهذا لان الجناية كانت قبل القود له القود واستيفاء القطع لا وجب القود ثم له القود اذا استوفى حقه من عليه القصاص وهو عن ابي يوسف رحمه الله ينبغي ان يجب على القاطع دية يده لانه قطع طرفا لا يستحق الا بالقود فلا يكون قصاصا وهو قول ابي حنيفة رحمه الله وقد بينا وجهه في الكتاب ولنا ان القود يثبت بدلا عن القطع فيكون القطع قصاصا به ولهذا لو عفا عن القود فلا شيء عليه ولان القطع مستحق تلافي النفس شرعا اجزاؤها وكمالها لا يقصد لذاتها اذ الاسري وما سري واقطع فاسري وما سري اذا قطع فاخرج فاقتص فمات فلا شيء على القاطع لانه قتل القصاص بحق وهذا لان القصاص لا يتضمن الا اصابة قدر ما يفضي الاصابع وله انه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وبانه وكان القصاص الا ان يجب القصاص الا ان سقط للشبهة فان له ان يتملفتعا واذا سقط وجب المال واذا لا يجب في احتمال ان يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه وملك القصاص في النفس دون الطرف لا يظهر الا عند الاستيفاء او العفو والا عتياض عما قبل ذلك لا يظهر لعدم الضرورة بخلاف ما اذا سري الا استيفاء واما اذا لم يسر حتى قطع اليد حتى لو قطع اليد حتى لو قطع وما عفا وهذا الصحيح انه على هذا الخلاف واذا قطع فاخرج قبضة اخرى فقطعها ثم مات فانه يقتل بالاولى ولا شيء عليه في الثانية لانه قطع يد نفسه بغير حق لان القصاص سقط بالاولى ولو عفا عن القصاص بعد ما قطع احدى يديه ثم مات فلا شيء على القاطع لانه قطع يد نفسه بغير حق لان القصاص سقط بالاولى ولو عفا عن القصاص بعد ما قطع احدى يديه ثم مات فلا شيء على القاطع لانه قطع يد نفسه بغير حق لان القصاص سقط بالاولى

لهم انتهى اقول مال هذا ايضا ما ذكره صاحب النهاية والعناية وان كانت العبارة مغايرة في التفسير الثاني فانه لما بين ما ترك الميت في قوله ثلث ما ترك الميت لقوله من الدية يتعين ان مراده ثلث الدية فيرد عليه مثل ما يرد على ما ذكراه من انه يجوز ان يخرج كل الدية من ثلث مال الميت فيلزم ان لا يتناوله كلام المصنف هنا على التفسير المزبور ثم اقول في كلام المصنف هنا احتمال آخر وهو ان يكون معناه وللعاقلة ثلث ما ترك الميت من جميع ماله وصية الهم فيتناول الصورتين الاثنتين في التفصيل معا لان جميع مال الميت يشمل الدية وغيرها فيجوز ان يخرج الدية كلها من ثلث جميع ماله لكن يتجه عليه ايضا انه يجوز ان يكون ثلث جميع ماله اكثر ازدا وعلى مهر مثلها من الدية بل يجوز ان يكون اكثر من كل الدية فلا يصح حينئذ قوله وصية لان ما يكون وصية للعاقلة انما هو بمقدار ما زاد على مهر مثلها من الدية لا غير وبالجملة عبارة المصنف هنا ليست بخالية عن القصور في افادة تمام المراد كما لا يخفى على ذوي الرشاد فالاولى في تحرير المقام ما ذكره صاحب الوقاية حيث قال وفي الخطاء دفع عن العاقلة مهر مثلها والباقي وصية لهم فان خرج من الثلث سقط والا سقط ثلث المال انتهى تامل قوله وقال ابو يوسف ومحمد رح كذلك الجواب فيما اذا تنازعا على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين اي في التزوج على اليد ما يحدث منها او على الجناية كذا قال جمهور الشراح وهو الصواب وزاد صاحب العناية على ذلك شيئا في شرحه حيث قال يعني التزوج على اليد اذا كان القطع خطاء وفي التزوج على اليد وما يحدث منها او على الجناية انتهى وتبعه الشارح العيني اقول ليس ذاك بشيء اذ لا وجه لتقييد القطع في الفصل الاول بالخطاء فان الظاهر من كلام المصنف هنا ومن قوله فيما سبق ولو كان القطع خطاء فقد اجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا وكذا مما ذكر في عامة الكتب من المتون والشروح ان يكون الجواب عندهما في العمد والخطاء في الفصلين سواء ولقد صرح به هنا صاحب العناية نقلا عن شروح الجامع الصغير حيث قال فاما عندهما فالجواب فيه في العمد والخطاء كالجواب فيما اذا تنازعا على القطع وما يحدث منه او على الجناية لما ذكر في المسئلة المتقدمة كذا في شروح الجامع الصغير انتهى قوله ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فانه لا شيء على المقتص منه قال صاحب العناية ولم يذكر ما اذا مات المقتص منه من القطع وحكم الدية على عاقلة المقتص له عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف ومحمد رح والشافعي رح لا شيء عليه ايضا انتهى اقول هذا الكلام منه رح كلام خال عن التحصيل لانه ان كان مقصوده منه مواخذة المصنف رح بانه ترك ذكر تلك الصورة مع كون ذكرها ايضا مما يهم فلا وجه له اذ قد ذكرها ايضا فيما بعد وان كان مقصوده منه مواخذة المصنف رح انه لم يذكر تلك الصورة هنا مع كون حقها ان تذكر هنا ليس كذلك فان تلك الصورة من قبيل استيفاء من له القصاص في الطرف كما صرح به في الكتاب فيما بعد وما نحن فيه من قبيل استيفاء من له القصاص في النفس وملاءمة المسئلة المتصلة بما نحن فيه من قبيل استيفاء من له القصاص في النفس ايضا كما ترى ذكرها المصنف عقيب ما نحن فيه وآخر تلك الصورة عنها وان كان المقصود منه مجرد بيان حكم تلك الصورة ايضا دون مواخذة المصنف بشيء فلا فائدة فيه وقد بين المصنف حكمها فيما سيجيء مفصلا وعد الاجمال ثم البيان ذلك الشارح هنا قوله ونحن نقول انما اقدم على القطع خطاء ان حقه فيه وبعد السراية تبين انه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به قال صاحب الاصلاح والايضاح وفيه اشكال لما هو ان صورة العفو تكفي في سقوط القود لانها تورث شبهة وبذلك تمسكوا في سقوطه فيما اذا عفا عن القطع ثم مات منه ولم يلتفتوا ثمة الى المقدمة القائلة انه لا يكون مبرئا عنه بدون العلم به انتهى اقول جوابه انه قد تقرر عندهم ان الشبهة معتبرة دون شبهة الشبهة فيما نحن فيه يكون الابراء عن النفس شبهة الشبهة لان الاقدام على القطع لا يقتضي الفراغ مما وراءه راسا فجاز ان يستوفي القتل ايضا بعد القطع يكون له القود ويستوفي في طرف من عليه القود ثم اتيانه فتحققت شبهة ثم ان الفراغ مما وراء القطع لا يقتضي الابراء عنه ايضا فجاز ان يفرغ منه خطاء ان حقه في القطع لا ابراء عما وراءه فتحققت

بخلاف ما تشبهه ايمن المسائل لانه مكلف فيها بالفعل اما تقلدا كالامام او عقدا كما في غيره منها والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة كالزكوة الى الحصرى وفيما نحن فيه الالتزام واجب اذ هو مندوب الى العفو فيكون من باب الاطلاق فاشبه الاصطلاق

باب الشهادة في القتل قال ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعيد والكلام في هذا الفصل على خط الرجعة على الاجمال وذلك ان الدين يلزم الكل لاجماعهم على انهم لو صالحوا على الف درهم من تركة الميت جاز ويكون لكل واحد منهم خمسمائة فيكون الملك فيه لورثة الميت ثم للورثة ان يتراضوا في العوض كما في الدية ولهذا لو انقلب ماله لا يكون للميت ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت فيتقصر حقه على ورثته خصما عن الباقين ثم له ان القصاص طريقه طريق احد الافتين وان الوراثة الاخرى ان صار القصاص من غيبت بعد الموت ومن الميت ليس من اصله فيكون الاول كالاجنبي في حق الثاني ولهذا يقتضي بعد موته ولانه لو اقام احد الاولياء البينة على القتل بعد موته وقضى له بالقصاص ثم حضر الباقون كان لهم ان يشاركوه في القصاص لان الحق لهم ابتداء لا بنيابة احدهم عن الباقين وهذا لان القتل لا يتجزأ فكان كل جزء منه موجبا للقصاص كملا واذا كان كذلك كان لكل واحد منهم ان يستوفي القصاص بنفسه ولا يحتاج الى اذن صاحبه ولا الى حضرته ولا يسقط القصاص لان ادعى على الحاضر سقوط حقه بالعفو او بالصلح ولا يمكن اثباته لانه لا يدعي العفو من الغائب فيتقصر الحاضر خصما عن الغائب وكذلك عبد بين رجلين قتل عمدا واحد الرجلين غائب فاقام الحاضر البينة على القتل قال ابو حنيفة رح وان كانت الاولياء ثلثة فشهد اثنان منهم على الاخر انه قد عفا فانها تقبل وهذا باطل وهو عفو منهما لانهما يجران بشهادتهما الى نفسهما مغنما وهو انقلاب العفو ملكا فان صدقهما القاتل فلا شيء عليه وان صدق احدهما فعليه ثلثا الدية لان احدهما اقر بثلثي الدية لهما ثم يرجع المقر على القاتل بما اقر به لورثة المقر له لانه اقر بما كان حقا للمقر له وان كذبهما القاتل فعليه ثلثا الدية لان احدهما اقر بثلثي الدية لهما ثم يرجع المقر على القاتل بما اقر به لورثة المقر له لانه اقر بما كان حقا للمقر له وان كذبهما القاتل فعليه ثلثا الدية لان احدهما اقر بثلثي الدية لهما ثم يرجع المقر على القاتل بما اقر به لورثة المقر له لانه اقر بما كان حقا للمقر له

شبهة بعد شبهة فصارت شبهة الشبهة فلم تعتبر بخلاف ما اذا عفا عن القطع ثم مات منه فان العفو عن القطع هناك مقرر لا شبهة فيه وانما بقيت شبهة ان يكون العفو عن القطع عفوا عن القتل فاعتبرت في سقوط القود بها لكون الشبهة وارثة له فافهم قاتامل فان هذا معنى عميق وفرق دقيق قوله بخلاف ما استشهد من المسائل لانه مكلف فيها بالفعل اما تقلدا كالامام او عقدا كما في غيره منها اقول فيه تساهل لان من تلك المسائل ما لا يجب فعلا لا تقلدا ولا عقدا وهو المامور بقطع اليد فان المراد به ما اذا قال اقطع يدي ففعل فسري الى النفس فمات كما صرح به في الكافي وعامة الشروح فلم يتم قول المصنف او عقدا كما في غيره منها فان العقد انما يتحقق في النزاع والمجامع منها دون المامور بالقطع مع انه غير الامام وانه من تلك المسائل ايضا ولا يجدي التشبث بالتغليب نفعا هنا لان قوله بعده والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة لا تمشي في تلك المسئلة اذ لا يجب على المامور بالقطع القطع بل هو تبرع منه كما لا يخفى فيلزم ان يكون الدليل المذكور في الكتاب قاصرا عن افادة الفرق في حق تلك المسئلة كما ترى نعم يمكن الفرق في حقها ايضا بان يقال لما فعل المامور بالقطع ان الامر انتقل حكم الفعل الى الامر فصار كما لو قطع يد نفسه وفي ذلك لا ضمان لكن الكلام في قصور عبارة الكتاب عن افادة تمام المرام وهذا مما لا ريب فيه

باب الشهادة في القتل

لما كانت الشهادة في القتل امرا متعلقا بالقتل اورد هنا بعد ذكر حكم القتل لان ما يتعلق بالشيء كان او في درجة من نفس ذلك الشيء قوله ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعيد قال في العناية والاصل ان استيفاء القصاص حق الوارث عنده وحق المورث عندهما وقال وليس لابي حنيفة رح تمسك لصحة العفو من الوارث حال حيوة المورث استحسانا كما انه ليس لهما ذلك لصحة العفو من المورث للجرح استحسانا للمتدافع انتهى اقول فيه بحث لان ما تمسكا به لا ينتهض حجة على ابي حنيفة رح وما تمسك به ينتهض حجة عليهما فكيف يتحقق التدافع بين التمسكين وذلك ان القصاص وان كان حقا للوارث عنده باعتبار ثبوته للوارث ابتداء بناء على ان القصاص لا يثبت الا بعد الموت والميت ليس من اهل ان يثبت له هذا الحق لانه شرع للتشفي ودرك الثار والميت ليس باهل لذلك لكنه حق للمورث ايضا عنده باعتبار انعقاد سببه الذي هو الجناية في حق المورث وقد صرح في كثير من الشروح فابو حنيفة رح راعى فيما نحن فيه جهة كون القصاص حقا للوارث فقال باشتراط اعادة البينة اذا حضر الغائب احتياطا للدرء ورعاها في مسئلة العفو من المورث المجروح جهة كونه حقا للمورث فقال بصحة العفو منه احتياطا للدرء ايضا واما عندهما فالقصاص حق ثابت للمورث ابتداء من كل الوجوه ثم ينتقل بعد موته الى الوارث بطريق الوراثة كسائر املاكه فتبجه عليهما المواخذة بصحة العفو من الوارث حال حيوة المورث استحسانا بالاجماع فتدبر قوله وان كذبهما فلا شيء لهما وللاجر ثلث الدية معناه اذا كذبهما القاتل ايضا قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام وان كذبهما فلا شيء لهما اي وان كذبهما المشهود عليه معناه اذا كذبهما القاتل ايضا وانما قيد بهذا لانه اذا صدقهما القاتل عند تكذيب المشهود عليه يجب على القاتل دية كاملة بينهم اثلاثا ثم قال وفي بعض النسخ معناه اذا كذبهما المشهود عليه ايضا فحينئذ كان معنى قوله وان كذبهما اي وان كذبهما القاتل انتهى وعلى طرزه شرح صاحب الغاية ايضا الا انه جعل النسخة الثانية اصلا على عكس ما في النهاية وقال والاول اصح اقول مدار ما ذكرا في شرح المقام على انهما فهما على ان مراد المصنف بقوله معناه اذا كذبهما القاتل ايضا وكذا بقوله في النسخة الاخرى معناه اذا كذبهما المشهود عليه ايضا

وتاويله اذا شهدوا انضربه بشئ جارح فقال واذا اختلف شاهد القتل في الايام او في البلد او في الذي كان به القتل فهو باطل لان القتل لا يعاد والاكراه والقتل في زمان او في مكان غير القتل في زمان او مكان آخر والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه العمد وتختلف احكامهما فكان على كل قتل شهادة فرد وكذا اذا قال احدهما قتله بعصا وقال الآخر لا ادري باي شئ قتله فهو باطل لان المطلق يغاير المقيد قال وان شهد انه قتله وقالا لا ادري باي شئ قتله ففيه الدية استحسانا والقياس ان لا تقبل هذه الشهادة لان القتل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به وجه الاستحسان انهم شهدوا بالقتل مطلق والمطلق ليس بمحمل فيجب اقل موجبيه وهو الدية ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه ستر اعليه واولى كذبهم في نفي العلم بظاهر ما ورد باطلاقه في اصلاح ذات البين

بيان الكلام المقدر في عبارة الجامع الصغير وهي قوله وان كذبهما فلا شئ لهما فانه جعل الفاعل لكذبهما في قوله وان كذبهما فالضمير راجعا الى المشهود عليه على نسخة معناه اذا كذبهما القاتل ايضا وضمير راجعا الى القاتل نسخة معناه اذا كذبهما المشهود عليه ايضا وهذا لا يتصور الا بان يكون مراد المصنف رح في النسخة الاولى ان جملة اذا كذبهما القاتل ايضا مقدرة في عبارة الجامع الصغير فتقدير ها وان كذبهما المشهود عليه فلا شئ لهما اذا كذبهما القاتل ايضا وفي النسخة الاخرى ان جملة اذا كذبهما المشهود عليه ايضا مقدرة فيها فتقدير ها وان كذبهما القاتل في شئ لهما اذا كذبهما المشهود عليه ايضا لكن ليس ما ذهبا اليه بسديد اذ يابه قطعا قول المصنف معناه لان المقدر لا يكون معنى المذكور والحق عندي ان مراد المصنف بيان اعتبار مجرد قيد ايضا في عبارة الجامع الصغير هنا كما انه بين قبيله اعتبار قيد وحده في عبارة حيث قال معناه اذا صدقهما او حده فمراده على النسخة الاولى ان معنى قول محمد رح في الجامع الصغير وان كذبهما اذا كذبهما القاتل ايضا اي مع المشهود عليه كما ان معنى قوله فيما قبل فان صدقهما القاتل اذا صدقهما وحده اي بدون المشهود عليه والقيدان مبنيان بمنزلة المقام ومراده على النسخة الاخرى يعني قول محمد رح وان كذبهما اذا كذبهما المشهود عليه ايضا اي مع القاتل فحينئذ ينتظم الكلام وتتضح المرام **قوله** وتاويله اذا شهدوا انه ضربه بشئ جارح قال في الكفاية وانما اول ليكون المسئلة مجمعا عليها وقال في معراج الدراية نقلا عن الذخيرة ما ذكر في الجامع الصغير ان كان قولا فهو مجرى على اطلاقه وان كان قول الكل فتاويله ان يكون الآلة جارحة انتهى ثم قال جمهور الشراح فان قيل الشهود شهدوا على الضرب بشئ جارح ولكن الضرب به قد يكون خطأ فكيف يثبت القود مع انهم لم يشهدوا انه كان متعمدا قلنا لما شهدوا انه ضربه بسلاح فقد شهدوا انه قصد ضربه لانه لو كان مخطيا لم يحل لهم ان يشهدوا انه ضربه وانما يشهدون انه قصد ضرب غيره فاصابه وقالوا كذا ذكر شيخ الاسلام المعروف بخواهرزاده وقال صاحب النهاية بعد نقل ذلك بالسوال والجواب واقول هذا لا يرد على صاحب الهداية لانه اشار اليه بقوله اذا كان عمدا نعم يرد على عبارة الجامع الصغير ولهذا احترز عنه المصنف انتهى وانا اقول نعم لا يرد على المصنف ذلك السوال بعد ما قيد مسئلة الجامع الصغير بقوله اذا كان عمدا لكن يرد عليه ان يقال ليس لهذا التقييد هنا وجه لانه ان اراد به ان وجوب القود في مسئلة الجامع الصغير فيما اذا صرح الشهود بكونه ضربه عمدا لا فيما اذا اطلقوا ضربه ولم يقيدوا بكونه عمدا فليس الامر كذلك على ما ذكره شيخ الاسلام ونقل عنه شراح الكتاب فانه صريح في ان تصريح الشهود بذكر العمد ليس بلازم في وجوب القود في المسئلة المذكورة وان لم يرد به ذلك بل كان معتبرا فيما ذكره شيخ الاسلام فلا حاجة الى تقييده المزبور بل لا وجه له كما لا يخفى **قوله** والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه العمد وتختلف احكامهما اقول لو قال بدل قوله المذكور والقتل بآلة غير القتل بآلة كما قال في الزمان والمكان لكان اجل واشمل اما كونه اجل فظاهر واما كونه اشمل فلان الاختلاف في الذي كان به القتل غير منحصر في الاختلاف فيما يوجب الاحكام كالعصا والسلاح بل يعم الاختلاف في غير ذلك ايضا كالسيف والرمح فان القتل لكل واحد منهما مما يوجب القود مع ذلك لو قال احد الشاهدين قتله بسيف وقال الآخر قتله برمح كانت شهادتهما ايضا باطلة نص عليه الحاكم الشهيد في الكافي حيث قال ولو شهد احدهما انه قتله بسيف وشهد الآخر انه طعنه برمح او شهد احدهما انه ضربه بسيفين وشهد الآخر انه رماه بسهم او اختلفا في مكان القتل او وقته او موضع الجراحة من بدنه فالشهادة باطلة انتهى **قوله** ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه ستر اعليه فيه صنعة التجنيس لانام كما في قوله تعالى يوم تقوم الساعة يقسم المجرمون ما لبثوا ساعة فالاجمال الاول ههنا بمعنى الابهام والثاني بمعنى الصنيع وهو الاحسان ثم ان كثيرا من الشراح قالوا قول المصنف هذا جواب عما يرد على وجه الاستحسان وهو ان يقال الشهود في قولهم لا ندري باي شئ قتله اما صادقون او كاذبون وعلى كلا التقديرين

وهذا معناه فلا يثبت الاختلاف بالشك وتجب الدية في ماله لان الاصل في الفعل العمد غلظ الزجر والعقوبة قال واذا قتل رجلان كل واحد منهما صاحبه عمدا فلا القود على واحد منهما وقتل الاول منهما وشهد عليه رجلان بقتله وقال الاول منهما وشهد عليه رجلان بقتل صاحبه والقرق ان الاقرار والشهادة يستويان لكل واحد منهما جميعا فلا يمكن ان يقتلهما وان شهد واحد على رجل انه قتل فلانا وشهد آخرون على الآخر

وقاله لاشئ عليه كانه بالارتداد سقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامي عن موجبه كما اذا ابرأه بعد الجرح قبل الموت وله ان الضمان يجب بفعله وهو الرمي وقد
لا فعل منه بعد ثم يتعقبه حالة الرمي والمرمى اليه فيهما متقوم وهذا يعتبر حالة الرمي فرحى الحل حتى لا يحرم بردته الرامي بعد الرمي وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد
الجرح قبل الموت والفعل وان كان عمدا فالقود سقط للشبهة وجب الدية دلوم اليه وهو مرتد فاسلم ثم وقع به السهم فالاشئ عليه في قولهم جميعا وكذا اذا
رمى حربيا فاسلم ثم الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب جبا لصيد ورميه متقوما بعد ذلك قال ان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه
قيمته للمولى عند ابي حنيفة وقال محمد عليه فضل ما بين قيمته ومبيا الى غير رمي وقول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة ره له ان العتق قاطع للسراية واذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية
ينقص بها قيمة المرمي اليه كاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك ولهما انه يصير قاتلا من وقت الرمي لان فعله الرمي وهو مملوك وفي تلك الحالة فوت قيمته بخلاف القطع والجرح لانه
اتلاف بعض المحل وانه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب شئ لوجب للعبد فتصير النهاية مخالفة للبداية

باتلاف بعض النفس والقصاص يجب باتلاف البعض كما يجب باتلاف الكل فلهذا كان له ان يقتص اذا وافى الشهادة فلما كذب كل فريق في بعض الشهادة بطلت
شهادتهما في الكل انتهى وقال صاحب النهاية في بيان صورة الاقرار لما اقر كل واحد منهما بكل القتل صدق المولى بقوله قتلتما كل واحد منهما في نصف القتل
والتكذيب في نصف ما اقر به لا يبطل الاقرار اما التكذيب في كل ما اقر به يبطل الاقرار لانه حينئذ يكون ردا والاقرار بالرد ارتد بالرد انتهى اقول هذا
الشرح والبيان من ذينك الشارحين مما لا يكاد يصح لما رويناه غير مرة ان القتل لا يتجزى فكيف تصور اتلاف بعض النفس ونصف القتل كما زعماه وبناه عليه
معنى المقام وايضا قد مر ان الاصل عندنا فيما اذا قتل جماعة واحدا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال وبهذا الاعتبار يحصل التماثل بين الجماعة والواحد
فيجب القصاص على الجميع فكيف يصح القول بوجوب القصاص باتلاف بعض النفس ونصف القتل كما هو اللازم فيما نحن فيه على مقتضى تقريريهما والصواب
ان معنى المقام هو ان كل واحد منهما اقر بالقتل بانفراده وقد صدق المولى كل واحدة منهما بقوله قتلتما جميعا في بعض ما اقر به وهو القتل وكذبه في بعضه
الآخر وهو انفراده فعلى مقتضى ان تكذيب المقر له في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي يؤاخذ كل واحد منهما باقراره بالقتل فللمولى ان يقتلهما جميعا
وان اراد انفراد كل واحد منهما بالقتل وبصيره كما اذا قتل جماعة واحدا عمدا حيث يقتص من جميعهم اجماعهم بخلاف صورة الشهادة كما بين في الكتاب

باب في اعتبار حالة القتل لما كانت الاحوال صفات لذوات هما ذكر بها بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به كذا في الشروح **قوله** وقالا لاشئ عليه لانه
بالارتداد سقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامي عن موجبه قال في العناية الا ان ابا حنيفة رح يقول ان قولهما انه بالارتداد صار مبرئا عن ضمان الجناية
غير صحيح لان في اعتقاد المرتد ان الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرئا عن ضمان الجناية كذا في الجامع الصغير لقاضيخان والتمرتاشي والمحبوبي انتهى
اقول لهما ان يقولا في الجواب عنه انا لا نريد بالابراء في قولنا انه بالارتداد صار مبرئا حقيقة الابراء بل يريد بذلك الابراء الحكمي لانه بالارتداد ولما اسقط
تقوم نفسه شرعا اسقط حقه معنى لان ما لا تقوم له لا ضمان عليه في الشرع فصار فعله في حكم الابراء شرعا سواء طابق اعتقاده او لم يطابق ولعل تصريح المصنف
قوله فيكون مبرئا للرامي عن موجبه على قوله لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه يرمي ما ذكرناه **قوله** وقول ابي يوسف مع ابي حنيفة ره قلت لعل وجه عدول
المصنف ره ههنا عن التحرير المألوف حيث لم يقل فيما قبل عند ابي حنيفة ره وابي يوسف ره كما هو المعتاد في نظائره بل قال بعد بيان الخلاف بين ابي حنيفة
ومحمد ره فقول ابي يوسف ره مع ابي حنيفة رح هو ان قول ابي يوسف ره مع ابي حنيفة ره في هذه المسئلة ليس مما اتفقت عليه الروايات لان الفقيه
ابا الليث ذكر قول ابي يوسف رح مع محمد رح في شرح الجامع الصغير في هذه المسئلة وذكر فخر الاسلام البزدوي في شرحه قوله مع ابي حنيفة رح كما بين
في غاية البيان فلو قال المصنف ره في اول المسئلة عند ابي حنيفة ره وابي يوسف ره لفهم منه اتفاق الروايات عليه بناء على ما هو المألوف في نظائره فغير
الاسلوب اشارة الى ان فيه اختلاف الرواية وان المختار عنده كون قوله مع ابي حنيفة رح **قوله** ولهما انه يصير قاتلا من وقت الرمي لان فعله الرمي
وهو مملوك في تلك الحالة فيجب قيمته قال الشراح مراد ابي حنيفة رح في هذه المسئلة على اصله وابو يوسف ره فرق بين هذه المسئلة وبين ما تقدم ووجه الفرق
ان المرمى اليه خرج بالارتداد من ان يكون معصوما فصار مبرئا عن الجناية اذ الضمان لتعذر العصمة والردة تنافيهما واما الاعتاق فانه لا ينافي العصمة فيجب
عليه ضمان قيمته للمولى انتهى اقول في وجه الفرق نظر لان الاعتاق وان لم ينافي العصمة الا انه ينافي كون المحل مالا متقوما فينبغي ان يصير الموسى
ايضا مبرئا عن ضمان قيمة العبد المرمى اليه باعتاقه اياه قبل الاصابة لان ضمان القيمة انما يتصور فيما هو مال متقوم ولما اخرجه المولى بالاعتاق
من ان يكون مالا متقوما فقد اسقط حقه في قيمته الا يرى ان المغصوب منه اذا اعتق العبد المغصوب جعل مبرئا للغاصب عن الضمان باسقاط حقه

امالرمي قبل الاصابة ليس بتلاف شئ لانه لا اثر له في المحل وانما قلنا رجعات فيه فلا يجب به ضمان ذكر في النهاية والمبدائع وجب فيه قيمة المملوك وقوله وان كان يخاف لقد في وجوب القيمة نظر الى حالة الاصابة فالحجة عليه ما حققناه قال فمن قضى عليه بالرجم فرماه رجل فرجمه آخر بعد الشهود ثم وقع به السهم فلا شئ على الرامي لان المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيها واذا رمى المجوسي صيدا فاسلم ثم وقعت الرمية بالصيد لم يؤكل وان رماه وهو مسلم ثم تجوس العياذ بالله فالمعتبر حال الرمي في حق المحل والحرمة فالرامي هو الذكاة فتعتبر الاهلية انما بوقوعه اذ لو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء وان رمى حلال صيدا ثم احرم فلا شئ عليه لان الضمان انما يجب بالتعدي وهو رميه في حالة الاحرام وفي الاول هو محرم وقت الرمي وفي الثاني حلال فلهذا افترقا والله اعلم بالصواب

كتاب الديات

قال في شبه العمد مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بيناه في اول الجنايات

بالاجماع كما صرحوا به فلم يكن الامر كذلك فيما نحن فيه ثم ان صاحب العناية بعد ان ذكر الفرق المزبور عن قبيل الى يوسف رد قال ومن هذا يعلم ان ابا يوسف يعتبر وقت الرمي الا في صورة الارتداد انتهى اقول ليس هذا بسديد لانه مع كونه ظاهر الفساد اذ لو لم يعتبر ابو يوسف رده وقت الرمي في صورة الارتداد لصح منه القول بانه صار بالارتداد مبريا عن الضمان فان الابراء انما يصح بعد انعقاد السبب مخالف لما صرح به كبار المشائخ في شروح الجامع الصغير كما ذكرنا في النهاية ومعراج الدراية فانه قال في النهاية وبهما يقول ابو حنيفة رحمه في ان المعتبر في حالة الرمي ولهذا اوافقاه في هذه المسئلة يعني المسائل الاربعة في الكتاب ونظائرها الا ان الرمي اليه في مسئلتنا لما ارتد صار مبريا للرامي عن الدية باخراجه نفسه من ان يكون معصوما وفعله معتبر في اسقاط حقه كما اذا ابرأ المغصوب منه الغاصب باعتاق المغصوب على ما ذكرنا الا ان ابا حنيفة يقول ان قولها انه بالارتداد صار مبريا عن ضمان الجناية غير صحيح لان في اعتقاد المرتد ان الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبريا عن ضمان الجناية كذا في الجامع الصغير لقاضي خان والتمرتاشي والمحبوبي وقال في معراج الدراية وصحابنا اعتبروا حالة الرمي كما في هذه المسئلة وكذا مسئلة الرمي على ما يجيء وكذا في مسئلة الرمي ثم تحس وكذا في مسئلة المحرم على ما يجيء الا انهما يقولان في مسئلة ان رمى مسلما فارتد انه بالارتداد يصير مبريا للرامي عن الضمان ولهذا قال يصير بالارتداد مبريا والابراء انما يصح بعد انعقاد السبب وابو حنيفة رحمه يقول بالارتداد لا يصير مبريا لان في اعتقاد المرتد ان الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبريا عن الضمان كذا في جامع قاضيخان والتمرتاشي والمحبوبي انتهى

قوله اما الرمي قبل الاصابة ليس بتلاف شئ لانه لا اثر له في المحل اقول لمتوهم ان يتوهم ان هذا الكلام هنا فيما قاله في صدر دليلها من انه يصير قاتلا من وقت الرمي فان القتل لا يتصور بدون اتلاف شئ من المقتول والجواب ان معنى ما قاله في صدر دليلها هو انه يصير بمنزلة القاتل من وقت الرمي من جهة استناد الحكم الى وقت الرمي عند الاتصال بالمحل وقد اشار اليه صاحب الغاية بقوله هنا وانما انقلب الرمي علة الاتلاف عند الاتصال بالمحل بطريق استناد الحكم الى وقت الرمي فكانه وجد من ذلك الوقت انتهى

كتاب الديات

قال الشراح ذكر الديات بعد الجنايات ظاهر المناسبة لما ان الدية احدى موجبي الجناية في الآدمي المشرعين صيانة لكن القصاص اشد صيانة فقدم انتهى اقول يرد على ظاهر هذا الوجه انه انما يقتضي ان يذكر الديات في كتاب الجناية كالقصاص بان يوضع لكل واحد منهما باب مستقل من كتاب الجنايات لكون كل منهما موجب الجنايات لا ان يجعل الديات كتابا على حدة كما هو الواقع في الكتاب والجواب ان مقصودهم هنا بيان وجه مناسبة ذكر الديات بعد ذكر الجنايات وهذا المقصود يحصل بما ذكروه قطعا واما جعل الديات كتابا على حدة دون باب من ابواب الجنايات فله وجه آخر لم يذكروه اصالة وهو انه لما كثرت مسائل الديات ومباحثها استحقت ان يجعل كتابا على حدة ككتاب الطهارات بالنسبة الى سائر شروط الصلوة وكتاب الصرف بالنسبة الى سائر انواع البيع ثم اعلم ان ما وقع في الكتاب وضع القدوري في مختصره واما الشيخ ابو الحسن الكرخي فقدم في مختصره كتاب الديات على كتاب الجنايات والشيخ ابو جعفر الطحاوي قدم القصاص على الديات ولكن جعلهما في كتاب واحد وترجم الكتاب بكتاب القصاص والديات والامام محمد رحمه الله ذكر احكام الجنايات في كتاب الديات ولم يسم كتاب الجنايات اصلا لان علة احكام الجنايات هي الديات فان القصاص لا يجب الا بالعمد المحض والدية يجب في شبه العمد وفي الخطاء ومعنى شبه الخطاء في القتل بسبب وفي العمد ايضا اذا لم يكن فيه شبهة فرجح جانب الدية في نسبة الكتاب اليها ثم ان الدية مصدر وذي القاتل المقتول اذا اعطى وليه المال الذي هو بدل النفس ثم قيل لذلك المال الدية تسمية بالمصدر

قال وكفارة عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الآية فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين لهذا النص ولا يجزى فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء

كذا ذكر في المغرب وعامة الشروح قال في القاموس الدية بالكسر حق القتيل جمعها ديات قال في الصحاح وديت القتيل اديه دية اذا اعطيت ديته وقال في الكافي الدية المال الذي هو بدل النفس والارش اسم للواجب على ما دون النفس انتهى اقول الظاهر من هذه المذكورات كلها ان يكون الدية مختصة بما هو بدل النفس وينافيه ما سيجيء في الفصل الآتي من ان في المازن الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية وفي اللحيين الدية وفي شعر الرأس الدية وفي الحاجبين الدية وفي العينين الدية واليدين الدية وفي الرجلين الدية الى غير ذلك من المسائل الذي اطبقت الدية فيها على ما هو بدل ما دون النفس وكذا اورد في الحديث وهو ما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المازن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم رضي الله عنه كما سيأتي فالاظهر في تفسير الدية ما ذكره صاحب الغاية اخرا فانه بعد ان ذكر مثل ما ذكر في المغرب وغيره الشروح قال والدية اسم لمال يجب بمقابلة الآدمي او طرف منه سمي بها لانها تودى عادة لانه قلما يجري فيه العفو لعظم حرمة الآدمي انتهى قوله وكفارة عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الآية فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص قال صاحب الغاية في شرح هذا المقام وكفارة عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين الآية وهو نص في كونها بالتحرير او الصوم فقط فلا يجزي فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير يعرف بالتوقيف انتهى اقول لمحل الشارح المذكور بحق المقام في تحريره هذا اما اولا فلانه حيث بالمذكر في بيان كفارة شبه العمد عتق رقبة مؤمنة وجعل قوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين العمد عتق رقبة مؤمنة وجعل قوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين دليلا عليه فقد قصر في البيان حيث لم يذكر كون كفارة شهرين متتابعين اذا لم يجد رقبة مؤمنة ولم يصب في شوق الدليل حيث جعل الدليل على كون كفارة عتق رقبة مؤمنة مجموع قوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ان الدليل عليه قوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة وحده وانما قوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين دليل على القسم الاخر من كفارته الذي لم يذكر في المدعى بخلاف تحرير المصنف رح فانه بين كل واحد من قسمي كفارته على ترتيبها حيث قال وكفارة عتق رقبة مؤمنة ثم قال فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين واستدل على كل واحد منهما بدليل مستقل حيث قال في تعليل الثاني لهذا النص اي باخر هذا النص هو قوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين واما ثانيا فلانه قال وهو نص في كونها بالتحرير او الصوم فقط وفرع عليه قوله فلا يجزي فيه الاطعام فان كان مدار رح فقط في قوله وهو نص في كونها بالتحرير او الصوم وكذا مدار التفريع في قوله فلا يجزي فيه الاطعام على ان تخصيص التحرير والصوم بالذكر في الآية يدل على نفي ما عداهما كان ذلك قولا بمفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا وان كان مدارهما على ما ذكره المصنف رح فيما بعد من الاستدلال بالآية المذكورة على عدم اجزاء الاطعام بوجهين آخرين وهما قوله ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء وقوله ولكونه كل المذكور على ما عرف كان قوله لانه لم يرد به نص الى آخره بعد تفريع عدم اجزاء الطعام على ما قبله كلاما مختلا اذ يكون المفرع عليه اذ ذاك دليلا على المفرع فيصير قوله فلا يجزي فيه الاطعام من قبيل تفريع المرعى على الدليل فلا جرم لصير قوله لانه لم يرد به نص الى آخره دليلا آخر على ذلك المدعى فيجب فيه زيادة واو العطف بان يقال ولانه لم يرد به نص الى آخره كما لا يخفى على من له دربة باساليب الكلام بخلاف تحرير المصنف رح فانه جعل قوله ولا يجزي فيه الاطعام كلاما مبتدا لا مطلوبا بالبيان على الاستقلال واستدل عليه بوجوه تامة كما ترى فلا غبار في اسلوب تحريره اصلا قوله ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء قال الشارح يعني ان الواقع بعد فا الجزاء يجب ان يكون كل الجزاء اذ لو لم يكن كذلك لالتبس فلا يعلم انه هو الجزاء او نفي منه شيء

او كونه كل المذكور على ما مر ويجزيه مع صحيح لحديث ابن مسعود السابق ولظاهر سلامة الحرفة ولا يجزئ معاوي البطن لانه لم ترج حياته ولا سلامته قال
وهو الكفارة في المطالبة وهي عند ابي حنيفة ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وابو يوسف مائة من الابل اربعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس
وعشرين جذعة قوله قال محمد والشافعي رحمهما الله ثلاثون حقة وثلاثون جذعة واربعون ثنية كلها خلفات في بطونها اولادها ذكره ابو الطيب قوله عليه السلام الا ان قتيل الخطأ العمد
قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل اربعون منها في بطونها اولادها عن عمرو بن شعيب ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وكان دية شبه العمد اغلظ وذلك فيما قلنا
الحديث قوله عليه السلام في نفس المؤمن مائة من الابل مار دناه غير ثابت لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في صفة التغليظ ابن مسعود رضي الله عنه قال بالتغليظ اربعا كما ذكرنا وكلهم رووا
فيما رووه قال لا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة لان التوقيف فيه فان قضى بالدية في غير الابل لم تغلظ لما قلنا قال قتيل الخطأ تجب الدية على العاقلة والكفارة
على القاتل لما بينا من قبل قال والدية في الخطأ مائة من الابل اخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وعند
قول ابن مسعود رضي الله عنه وانما اخذنا نحن والشافعي رحمه الله برواية ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في قتيل قتل خطأ اخماسا على نحو ما قال وكان ما قلناه اخف فكان اليق بحالة الخطأ لان الخاطئ معذور

ومثله محل انتهى اقول لكن هذا بالجبران عن الميراث فان جزاء القتل الصفائي العمد وشبهه والخطأ وشبهه كما مر في اول كتاب الجنايات مع انه ليس بداخل
في الواقع بعد فاء الجزاء الآية المذكورة فليتامل قوله ولكونه كل المذكور على ما عرف يعني لو كان الغير مراد الذكر لانه موضع الحاجة الى البيان و
حيث لم يذكر دل انه غير مراد لان السكوت عن البيان في موضع الحاجة الى البيان بيان كما عرف في اصول الفقه كذا في الشروح كما قال صاحب الكفاية
بعد ذلك لا يقال ان السكوت لا يدل على ان المذكور كل الواجب لقول النبي عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من
الابل ولم يذكر الكفارة ومع ذلك قلتم بوجوب الكفارة لانا نقول ثمة وجد بيان نص آخر ونقول لا نسلم فانه قال الجرجاني وجدت رواية عن اصحابنا
ان الكفارة لا تجب في شبه العمد انتهى اقول في كل من جوابيه نظر اما في الاول فلان التثبت بوجود نص آخر في مادة النقض وعدم وجوده فيما نحن فيه
مصير الى الاستدلال بالوجه الاول الذي ذكره المصنف بقوله لانه لم يرد به نص فيلزم ان لا يكون هذا الوجه الذي هو مورد السؤال دليلا مستقلا بل يلزم
ان يكون مستدركا واما في الثاني فلان اللازم الجيب دفع النقض كما ذكر في الكتاب لانه هو المورد للسؤال ولا شك ان ما ذكر فيه مبني على وجوب الكفارة
في شبه العمد وما رواية عدم وجوبها فيه فمعزل عنه فلا وجه للمصير اليه هنا كما لا يخفى ثم ان صاحب الغاية قال في تفسير قول المصنف رحمه الله وكونه كل المذكور
اي لكون الصيام كل المذكور وتبعه العيني اقول ليس في اك بسديد اذ لا يخفى ان كل المذكور في حق كفارة القتل في كتاب الله تعالى انما هو تحرير رقبة مؤمنة وصيام
شهرين متتابعين لا الصيام وحده واما اطلاق الكل على الصيام لكونه الجزء الاخير الذي يتم به الكل فامر قبيح لا ينبغي ان يسب نشرح الكتاب فالحق في
التفسير ان يقال اي ولكون ما ذكرنا من التحرير والصيام كل المذكور قوله ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة لان التوقيف فيه فان قضى بالدية
في غير الابل لم تغلظ لما قلنا اقول لقائل ان يقول اذا لم يثبت التغليظ الا في الابل خاصة ينبغي ان لا يصح القضاء بالدية من غير الابل اصلا
في جناية شبه العمد اذ قد ذكر في اول هذا الكتاب ومن الصفائي اوائل كتاب الجنايات ان موجب شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل
فحيث لم يثبت التغليظ في غير الابل لم يصلح غيرها ان يكون دية في شبه العمد لانتفاء ما هو المعتبر في دية وهو التغليظ فكيف يتم قول المصنف فان
قضى بالدية من غير الابل لم تغلظ فان الظاهر منه ان يصح القضاء بالدية من غير الابل في شبه العمد ولكن لا يثبت التغليظ في غير الابل بان يزاد
في الدراهم على عشرة الاف درهم وفي الدنانير على الف دينار كما فصلوا في الشروح فليتامل في التوجيه قوله وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه فانا

نحن والشافعي رحمه الله برواية ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في قتيل قتل خطأ اخماسا على نحو ما قال اقول فيه شيء وهو ان ابن مسعود رضي الله عنه روى
قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم على نحو ما قاله الآن علي رضي الله عنه كان يقول الدية في الخطأ مائة من الابل اربعا خمس وعشرون حقة و
خمس وعشرون جذعة وخمس وعشرون ابنة لبون وخمس وعشرون ابنة مخاض ذكره ابو يوسف رحمه الله في كتاب الخراج وذكر في غاية البيان
وغيرها من الشروح والتفاسير لا يعرف الا سماعا وكان كالمرفوع فصار ما رواه ابن مسعود معارضا به فكيف يتم جعل المصنف رحمه الله مجرد رواية ابن مسعود رضي الله عنه
دليلا على ما اخذنا نحن والشافعي رحمه الله بدون بيان الرجحان فيما رواه ابن مسعود نعم كون ما رواه اليق بحالة الخطأ لكونه اخف يصلح ان يكون مرجحا
لما رواه وعن هذا قال تاج الشريعة بعد بيان اختلاف الصحابة في البيان الابل في دية الخطأ ونحن رجحنا رواية ابن مسعود لانه ادفق لموضوع دية
الخطأ وهو التخفيف الا ان قول المصنف رحمه الله ولان ما قلناه اخف فكان اليق بحالة الخطأ لان الخاطئ معذور يشعر بان هذا دليل مستقل وعاقبة البيان دليل
مستقل وهنا يا في ضم الثاني الى الاول ليحصل به الرجحان بالجملة في تحرير المصنف رحمه الله هنا نوع ركاكة وكان صاحب الغاية تنبه له حيث غير اسلوب تحرير المصنف رحمه الله في شرح

خيروا عند الشافعي رحمه الله بعشرين بنت لبون ومكان ابن مخاض عشرة دنانير او من الورق عشرة دراهم وقال الشافعي رحمه الله من الورق الف درهم لما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قضى بذلك ولنا ما روى عمر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قضى بالدية في قتيل الخطأ عشرة آلاف درهم او عدلها من الذهب والبقر مائتا بقرة والغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة وبان ان عمر رضي الله عنه حكم به بمحضر من الصحابة فكان اجماعا ولان التقدير انما يستفاد بتوقيف معلوم والمائة وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان المتلفات بالاتفاق بل يعرف بالاخبار المشهورة عدمناها في غيرها وذكر في المعاقل انه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة او مائتي بقرة لا يجوز وهذا يدل على ان التقدير بذلك توقيفي هو قول الكل غير ان الخلاف وقيل هو قولهما **قال** ودية المرأة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على علي رضي الله عنه ومرفوعا الى النبي عليه السلام وقال الشافعي رحمه الله مادون الثلث لا ينتصف فالمأمومة فيه عنده وعند زيد بن ثابت رضي الله عنه سواء والحجة عليهما ما رويناه بعمومه

هذا المقام فقال بعد بيان ما رواه ابن مسعود وما روى عن علي رض لكن ما قلنا اخف فكان اولى بحمل الخطأ لان الخاطئ معذور انتهى تبصر **قوله** غير ان عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض اقول ههنا كلام وهو ان قوله هذا استثناء من قوله واخذنا نحن والشافعي به كما صرح به في النهاية وغيرها والمقصود به بيان الفرق بيننا وبين الشافعي بعد الاتفاق في الماخذ لكن فيه اشكال اذ الظاهر ان الضمير به في قوله واخذنا نحن والشافعي به بعد قوله وهو قول ابن مسعود راجع الى قول ابن مسعود فيكون الماخذ المتفق عليه بيننا وبين الشافعي هو قول ابن مسعود فبعد ذلك كيف يتم القول بان عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والقضاء بابن لبون مكان ابن مخاض بيننا في الاخذ بقول ابن مسعود لان ابن مخاض متعين في قوله وانما الذي يصلح ان يكون ماخذ المذهب الشافعي وهو القضاء بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض ما روى مالك في الموطا عن ابن شهاب عن سليمان بن يسار انه كان يقول في دية الخطأ عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة كما ذكر في غاية البيان فليتامل في التوجيه **قوله** ولا يثبت الدية الا من هذه الانواع الثلثة عند ابي حنيفة رح وقالا منها ومن البقرة مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة قال جامعه من الشراح فائدة هذا الاختلاف انما يظهر فيما اذا صالح القاتل مع ولي القتل على اكثر من مائتي بقرة او غيرها على قول ابي حنيفة رح كما هو المذكور في كتاب الديات يجوز كما لو صالح على اكثر من مائتي فرس وعلى قولهما لا يجوز كما لو صالح على اكثر من مائتي من الابل انتهى اقول **ليت** شعري ما بالهم صوروا ظهور فائدة هذا الاختلاف في هذا المضيق وحصروا فيه بكلمة انما مع كون ظهور فائدته في غير هذه الصورة اظهر واجلى فان للقاتل الخيار في اداء ثلث الدية من اي نوع شيئا من انواع الدية الا من غير انواعها كما صرحوا به فعلى قولهما يكون القاتل من اداء ثلثها من نوع البقر او نوع الغنم او نوع الحلل كما يتمكن من اداء ثلثها من الانواع الثلثة المتفق عليها وهي الابل والعين والورق وعلى قوله في رواية كتاب الديات لا يتمكن من اداء ثلثها الا من هذه الانواع الثلثة **قوله** وذكر في المعاقل انه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة او مائتي بقرة لا يجوز وهذا اية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل غير ان الخلاف وقيل هو قولهما قال جمهور الشراح او رد قوله وذكر في المعاقل اي معاقل ليست شبهة على ما روي عن ابي حنيفة رح من انه لا يثبت الدية الا من هذه الانواع الثلثة وجه ورودها ان محمدا رح ذكر في المعاقل انه لو صالح الولي عن الدية على اكثر من الف شاة او من مائتي بقرة او من مائتي حلة لا يجوز ولم يذكر الخلاف فيه وذلك دليل على ان الاصناف الثلثة ايضا من الاصول المقدرة في الدية عنده ايضا وذكر الجواب بوجهين احدهما يصح الشبهة ويرتفع الخلاف ثانيهما دفع الشبهة بمجرد رواية المعاقل على قولهما ثم ان صاحب العناية رد الوجه الاول منهما حيث قال ولا ارى صحته لانه تناقض رواية كتاب الديات كما مر انفا انتهى اقول ليس هذا الشئ لان مدار الوجه الاول على عدم قبول صحة رواية كتاب الديات وعدم تسليم ثبوت الاختلاف بينهم وكونه مناقضا لرواية كتاب الديات انما ينافي صحة لو تحققت صحة تلك الرواية وهي في حيز المنع عند قائل ذلك الوجه يدل عليه قطعا عبارة صاحب النهاية حيث قال فقال في جوابه بوجهين احدهما انه صحيح الشبهة فقال نعم تلك الرواية اعني رواية الخلاف غير صحيح بل الصحيح رواية كتاب المعاقل والخلاف بينهم غير ثابت بل هذه الانواع اعني البقر والغنم والحلل في الدية من الاموال المقدرة انتهى وتصحيح احدى الروايتين ومنع الاخرى ليس بصحيح في كلمات الفقهاء وقد صرح به نظائر كثيرة في الكتاب وقال بعض الفضلاء لدفع رد صاحب العناية الوجه الاول يرتفع التناقض بالحمل على الرجوع الى قولهما انتهى اقول هذا لا يصلح لدفع رد الوجه المذكور وانما يصلح لان يكون جوابا آخر عن اصل الشبهة لان مآله الى ان يكون في المسئلة عنه روايتان ويكون المروي في احداهما قوله الاول وفي الاخرى قوله الآخر الذي رجع اليه وقد ذكره ايضا صاحب العناية

بعد بيان ذينك الوجهين ورد احدهما حيث قال وحمل بعض مشائخنا على ان في المسئلة عنه روايتين انتهى ومدار رده احد ذينك الوجهين على ان يكون المراد به تقرير الشهرة ورفع الخلاف كما ذكره الشراح وذلك لا يتصور الا بان ينحصر القول منه في مسئلة فيما ذكر في المعاقل والا لا يتقرر الشهرة بل ترتفع بالحمل على القولين منه تفكر تفهم **قوله** ولان حالها انقص من حال الرجل ومنفعتها تقل وقد ظهر اثره انتقصان بالتنصيف في النفس فكذا في اطرافها واجزائها باعتبارها بالثلث وما فوقه اقول لقائل ان يقول حاصل هذا التعليل القياس ولا مجال له في هذا الباب لان الدية من المقدرات الشرعية والاجرى القياس في المقادير على ما نصوا عليه ثم ان صاحب العناية قال في تعليل قوله فكذا في اطرافها واجزائها باعتبارها بالثلث وما فوقه لئلا يلزم مخالفة التبع للاصل وتبعه العيني اقول لم لا يجوز ان يمنع بطلان اللازم فلا محذور في مخالفة التبع الذي هو الاطراف للاصل الذي هو النفس في بعض الاحكام الا ترى ان القصاص يجري بين العبد والمرأة في النفس ولا يجري بينهما فيما دون النفس عندنا كما مر في كتاب الجنايات فلم لا يجوز المخالفة بين النفس وما دونها في حكم الدية ايضا

فصل فيما دون النفس لما ذكر حكم الدية في النفس ذكر في هذا الفصل حكمها فيما دون النفس لان الاطراف تابعة للنفس فاتبع ذكر حكمها ايضا تحقيقا للمناسبة

قوله اصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان والانف قال في الكافي وغاية البيان فقسنا عليه غيره اذا كان في معناه انتهى اقول فيه نظر لان الدية من المقدرات الشرعية والقياس لا يجري فيها على ما عرف فالصواب عندي ههنا ان يقال فالحقنا به غيره دلالة **قوله** ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قبل يقسم على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فيقدر بالا يقدر تحبب قال جمهور الشراح والحروف التي تتعلق باللسان هي الالف والتا والثا والجيم والدال والراء والزاء والسين والشين والصاد والضاد والطا والظا واللام والنون انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك عن النهاية وفي كون الالف من ذلك نظر لانه من اقصى الحلق على ما عرف انتهى اقول ذكره ساقط اذ الظاهر ان مراد جمهور الشراح بالالف والتا والثا وغيرها ما ذكروا انها الالفاظ التي تتهجى بها لا الحروف المبسوطة التي تتركب منها الكلم والذي من اقصى الحلق انما هو الحرف الذي يقع في اول الكلم كما في اول اخذ واوسط بسال وآخرا لا الحرف الذي تتهجى به وهو لفظ الف اذ هو مركب من ثلثة اجزاء متعلق باللسان بواسطة جزئية الاوسط الذي هو اللام فتشا نظر صاحب العناية عدم وقوفه على مراد هم كيف ولو كان مرادهم ما توهمه لذكروا الهمزة بدل الالف كما لا يخفى فان قلت الالفاظ التي تتهجى بها اسما مسميا تها الحروف المبسوطة التي تركبت منها الكلم كما حققه صاحب الكشاف في اول سورة البقرة وجمهور الشراح انما عدوا الالف ونظائره من الحروف التي تتعلق باللسان فكيف يصح ان يكون مرادهم بذلك ما تتهجى به من الالفاظ قلت قد وقع في عبارات المتقدمين اطلاق الحروف على تلك الالفاظ مجازا استعمالا للحرف في معنى الكلمة كما نص عليه ايضا صاحب الكشاف هناك وكلام هولاء الشراح ههنا بل كلام المصنف ره ايضا جار على ذلك الاصطلاح السائغ فيما بين القوم ولهذا يقولون لها حروف التهجي فان قلت لم لم يريدوا بالحروف ههنا الحروف المبسوطة التي تتركب منها الكلم ولم يخرجوا الالف من عدد الحروف التي تتعلق باللسان قلت لعل سترذلك ان الغائبة من الحروف انما يعرف بالامتحان انما يكون في العادة بحروف التهجي كما وقع

وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال وهذا كله اذا فسد المنبت فان نبت حتى استوى كما كان لم يجب شيء لان الجمال يعود بزوال الجناية ويؤدب على ارتكابه كالمغيلة وان نبتت بيضاء فعن ابي حنيفة رحمه الله انه يجب حكومة عدل لانه نقص قيمة وعنده يجب حكومة عدل لانه نقص في غير اوانه يشينه والا يزينه ويستوي العمد والخطأ على ما هو المذكور وفي الحاجبين الدية وفي احدهما نصف الدية عندنا وقال الشافعي رحمه الله تجب حكومة عدل وقد مر الكلام فيه في الجنة قال وفي العينين الدية وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية وفي الاذنين الدية وفي الاذنين الدية كذا روي في حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه عن النبي عليه السلام قال وفي كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية وفي كتاب النبي عليه السلام لعمرو بن حزم وفي العينين الدية وفي احدهما نصف الدية ولان في تفويت الاثنين من هذه الاشياء تفويت جنس المنفعة وفي كل واحد منهما تفويت النصف فيه نصف الدية قال وفي قطع اليد من المرأة الدية ما دامت في النصف من تفويت جنس المنفعة وفي احدهما نصف دية المرأة لما بينا في الخلاف ثم في الرجل حتى تجب حكومة عدل لان الجمال فيه يفوت جنس المنفعة والجمال وفي حق المرأة الدية كاملة لفوات جنس منفعة الارتفاق واما في اللتين في احدهما نصفها لما بينا قال وفي شفر العينين الدية وفي احدهما ربع الدية لان الجمال يفوت بهما وفي احدهما نصفها لما بيناه قال وفي اشفار العينين الدية وفي احدهما ربع الدية لما بينا والقذى عن العين اذهبه فدفعه بالهدب واذا كان الواجب في الكل كل الدية وهي ربعة كان في احدها ربع الدية وفي ثلثة منها ثلاثة ارباعها ويجب ان يكون مراده ما نبت الشعر والحكم فيه هكذا واو قطع الجفون باهدابها ففيه دية واحدة لان الكل شيء واحد وصار كالمارن مع القصبة قال في كل اصبع من اصابع اليدين او الرجلين عشر من الابل الآن في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر فتنقسم الدية عليها قال والاصابع كلها سواء لاطلاق الحديث ولانها سواء في اصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال وكذا اصابع الرجلين لانه تفوت بقطع كلها منفعة المشي فتجب الدية كاملة ثم فيها عشر اصابع فتنقسم الدية عليها قال وفي كل اصبع فيها ثلثة مفاصل ففي احداها ثلث الدية لان الاصبع وما فيها متصلا ان ففي احدهما نصف دية لانه اصبع وثلثا اصبع وثلثا نظير الانسام دية اليد على الاصابع قال وفي كل سن خمس من الابل لقوله عليه السلام في حديث ابي موسى الاشعري رضي الله عنه وفي كل سن خمس من الابل لان الاسنان كالاضراس سواء لاطلاق ما روينا ولما روي في بعض الروايات والاسنان كلها سواء وان كلها في اصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل لان الدية والاصابع وهذا اذا كان خطأ فان كان عمدا ففيه القصاص قد مر في الجنايات قال ومن ضرب عضوا فاذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد اذا شلت والعين اذا ذهب ضوءها لان المعتبر تفويت جنس المنفعة لانوات الصورة ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه وجب الدية لتفويت جنس المنفعة وكذا لو احدبه لانه فوت جمالا على الكمال وهو استواء القامة فلو زالت الحدبة لاشيء عليه لانها لا تعود الا عن قرب **فصل** قال الشجاج عشرة الحارصة هي التي تخرص الجلد اي تخدشه ولا تخرج الدم بها في قصة علي رضي الله عنه وهي ما روي ان طرف قطع رجلا لسان رجل في زمن علي رضي الله عنه فامره ان يقر اثبت فكلما قرأ حرفا اسقط من الدية بقدر ذلك وما لم يقرأ اوجب من الدية بحسابه وهو الاصل في هذا الباب كما صرح به في الشروح وغيرها فاجروا عليه في العبارة والارادة على وفق ذلك تفقه **قوله** وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفيه معنى الاجمال اقول يرد على ظاهر هذا التعليل انه ينافي سياق كلامه فانه قسم لحية الكوسج على ثلثة اقسام وجعل منها ما كان متصلا فقوله لانه ليس بكوسج في تعليل قوله وان كان متصلا ففيه كمال الدية ينافي ذلك والجواب ان مراده بقوله لانه ليس بكوسج حقيقة وان كان في صورة الكوسج والذي قسم لحيته على ثلثة اقسام في سياق كلامه اعم من الكوسج الحقيقي والصوري فلا منافاة **قوله** والاضراس سواء قال في الغاية قالوا فيه نظر والصواب ان يقال والاسنان كلها سواء ويقال والانياب والاضراس كلها سواء لان السن اسم جنس يدخل تحته اثنان وثلثون اربع منها ثنايا وهي الاسنان المتقدمة اثنتان فوق واثنتان اسفل ومثلها رباعيات وهي ما يلي الثنايا ومثلها انياب تلي الرباعيات ومثلها ضواحك تلي الانياب واثنتا عشرة سنا تسمى الطواحين من كل جانب ثلث فوق وثلث اسفل وبعدها سن وهي اخر الاسنان تسمى ضرس الحلم لانه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل فلا يصح ان يقال الاسنان والاضراس سواء العودة الى المعنى ان يقال الاسنان وبعضها سواء انتهى اقول في هذا النظر مبالغة مردودة حيث قيل في اوله والصواب ان يقال وفيه اشارة الى ان ما في الكتاب خطأ وقيل في آخره فلا يصح ان يقال الاسنان والاضراس سواء وفيه تصريح بعدم صحة ما في الكتاب مع ان تصحيحه على طرف التمام فان عطف الخاص على العام طريقة معروفة قد ذكرت في علم البلاغة ولها امثلة كثيرة في التنزيل منها قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلوة ومنها قوله تعالى من كان عدوا لله وملئكته ورسله وجبريل وميكال فجاز ان يكون ما نحن من قبيل ذلك ويعود حاصل معناه الى ان يقال الاضراس وما عداه من الاسنان سواء فانه اذا عطف الخاص على العام يراد بالمعطوف عليه ما عدا المعطوف من افراد العام كما صرحوا به فلا يلزم المحذور ثم ان قوله او يقال والانياب والاضراس كلها سواء معارض بمثل ما اورد على ما في الكتاب فان الاضراس تعم الانيات ايضا كما افصح عنه في المغرب حيث قال الاضراس ما سوى الثنايا من الاسنان وكذا ذكر في النهاية وغيرها فيعود معنى قوله والانياب والاضراس سواء الى ان يقال وبعض الاضراس والاضراس كلها سواء لمثل ما ذكر في الايراد على ما في الكتاب فلا معنى لان يكون ذاك صوابا دون ما في الكتاب بنعم الاظهر في افادة المراد ههنا ان يقال والاسنان كلها سواء على ما جاء به لفظ الحديث او ان يقال والاضراس والثنايا كلها سواء بالجمع بين النوعين كما ذكر في المبسوط ما جاء به لفظ الحديث او ان يقال والاضراس والثنايا كلها سواء بالجمع بين النوعين كما ذكر في المبسوط

فصل في الشجاج لما كان الشجاج نوعا من انواع ما دون النفس ولكثرة مسائله اسما وحكما ذكره في فصل على حدة كذا في الشروح قلت لو ذكر المصنف لفظ الباب بدل لفظ الفصل في قوله فصل في ما دون النفس ثم ذكر الشجاج التي هي نوع من انواع ما دون النفس وذكر سائر انواعه

الدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدامعة وهي التي في العين والدامية وهي التي تسيل الدم والباضعة وهي التي تقطع اللحم والمتلاحمة وهي التي تغوص في اللحم والسمحاق وهي التي تصل الى السحاق وهي جلدة رقيقة بين اللحم والعظم والموضحة وهي التي توضح العظم اي تبينه والهاشمة وهي التي تكسر العظم والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر الى جهة اخرى والآمة وهي التي تصل الى ام الرأس وهو الذي فيه الدماغ قال في فتح القدير وانما سميت موضحة لان كان عمد اما وجب القصاص في الموضحة لانه يمكن السكين الى العظم فيستبان اي فيتحقق القصاص قال والقصاص في بقية الشجاج لا لانه لا يمكن استيفاء المساواة فيها لانه لا حد ينتهي السكين اليه الا ان فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه وهذه رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وهو ظاهر الرواية بخلاف القصاص فيما قبل الموضحة لانه يمكن اعتبار المساواة فيه اذ ليس في كسر العظم ولا خوف هلاك فليس بعضو فاعتبر بسائر الجراحات وتؤخذ حدة بقدر ذلك فيقطع بمقداره فتحقق استيفاء القصاص قال وفيما دون الموضحة حكومة العدل لانه ليس في مقدره لا يمكن اهداره فوجب اعتبار بحكومة العدل وهو ما وجب في المخنى من عبد الغرة قال وفي الموضحة اذا كانت خطأ خمس عشرة من الدية وفي الهاشمة عشر من الدية وفي المنقلة عشر من الدية وفي الآمة ثلث الدية وفي الجائفة ثلث الدية فان نفذت فهي جائفتان فيجب ثلثا الدية لما روى في كتاب عمرو بن حزم رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال في الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمس عشرة وفي الآمة ثلث الدية قال عليه السلام في الجائفة ثلث الدية وعن ابي بكر رضي الله عنه انه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثي الدية ولانها اذا نفذت تزداد ضررا فجائفتان احداهما من جانب البطن والاخرى من جانب الظهر وفي كل جائفة ثلث الدية قلهذا وجب في النافذة ثلثا الدية وعن محمد رحمه الله جعل التلاحم قبل الباضعة وهي التي يتلاحم فيها الدم ويسود وما ذكرنا وبه مروي عن ابي يوسف وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى وحكم وبعده هذه شجة اخرى تسمى الدامغة وهي التي تصل الى الدماغ وانما لم يذكرها لانها تقع قتلا في الغالب لا جناية مقصودة فلا حكم عليه فيها

التي يجيء في الفصل الآتي في فصل آخر ايضا لكن احسن وادق لما هو المعتاد في نظائره كما لا يخفى **قوله** والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدامعة في العين والدامية وهي التي تسيل الدم اقول تفسير الدامعة والدامية بهذين الوجه الذي ذكره المصنف وان وقع في كثير من الكتب المعتبرة كالبدائع والكافي وعامة الشروح واقتضاه ترتيب القدوري في مختصره حتى قدم الدامعة على الدامية وصرح به في شرحه للمختصر الكرخي الا انه منظور فيه عندي لانه مخالف لما ذكر في عامة كتب اللغة الموثوق بها فانه قال في المغرب الدامعة من الشجاج هي التي يسيل منها الدم كدمع العين وقبلها الدامية وهي التي تدمر من غير ان يسيل منها دم انتهى وقال في الصحاح والدامعة من الشجاج بعد الدامية قال ابن عبيد الدامية هي التي تدمى من غير ان يسيل منها دم فاذا سال منها الدم فهي الدامعة بالعين غير معجمة انتهى وقال في القاموس والدامعة من الشجاج بعد الدامية انتهى الى غير ذلك من معتبرات كتب اللغة ويجيء من المصنف التصريح بان الحكم في الشجاج مرتب على الحقيقة اللغوية في الصحيح فلا مجال للحمل على الاصطلاح المحض ثم اقول الصحيح المطابق للغة في تفسير الدامية والدامعة من الشجاج وترتيبهما ما ذكر في المحيط البرهاني نقلا عن الطحاوي حيث قال فيه اعلم ان اول الشجاج الحارصة بالحاء المهملة وهي التي يشق الجلد ماخوذ من قولهم حرص القصار الثوب اذا شقه في الدق والادمية ثم الدامية وهي التي تخدش الجلد وتدميه ولا يسيل الدم بهذا ذكره الطحاوي وذكر شيخ الاسلام رحمه الله التي تسيل الدم اكثر ما يكون في الدامية من السيلان ماخوذ من دمع العين وكانها سميت بهذا الاسم لان الالم يصل الى ما حولها فتدمع عينا بسبب ما يجب من الالم الى هنا لفظ المحيط تبصر **قوله** والباضعة وهي التي تبضع الجلد اي تقطعه اقول في تفسير الباضعة بما ذكره المصنف تسامح وان تابعه صاحب الكافي وكثير من المتاخرين فيه لان قطع الجلد متحقق في الصورة الاولى ايضا سيما في الدامعة والدامية اذ الظاهر ان يسيل من اظهار الدم واسالته لا يتصور بدون قطع الجلد وقد صرح الشراح بتحقق قطع الجلد في كل من الانواع العشرة للشجة فكان التفسير المذكور شاملا للكل غير مختص بالباضعة فالظاهر في تفسير الباضعة ما ذكر في المحيط الباضعة وهي التي تبضع الدم اي يقطعه وقال في البدائع والباضعة هي التي تبضع اللحم اي تقطعه انتهى ويعضد ذلك ما وضع في معتبرات كتب اللغة فانه قال في المغرب وفي الشجاج الباضعة وهي التي جرحت الجلد وشقت اللحم انتهى وقال في القاموس والباضعة الشجة التي تقطع الجلد وتشق اللحم شقا خفيفا وتدمي الا انها لا تسيل انتهى لا يقال فعلى هذا يشكل الباضعة بالمتلاحمة فانه قال في الكتاب والمتلاحمة وهي التي ياخذ في اللحم وهذا في المال عين ما نقلته عن المحيط والبدائع في تفسير الباضعة لانا نقول من فسر الباضعة بما نقلنا من المعنى الظاهر لا نقول بتفسير المتلاحمة بما ذكر في الكافي حتى يلزم الاشتباه بل نريد عليه الاتيان به وعن هذا قال في المحيط ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم اي تقطعه هنا قال شيخ الاسلام ولا تنزع شيئا من اللحم ثم المتلاحمة وهي التي تقطع اللحم وتنزع شيئا من اللحم الى هنا لفظ المحيط وقال في البدائع والباضعة هي التي تبضع اللحم اي تقطعه والمتلاحمة هي التي تذهب في اللحم اكثر مما تذهب الباضعة فيه انتهى وقال في المغرب والمتلاحمة من الشجاج هي التي تشق اللحم دون العظم ثم تلاحم بعد شقها اي تلتام وتلتاصق انتهى وقال في الصحاح والمتلاحمة الشجة التي اخذت في اللحم وابتلع السمحاق انتهى وقال في القاموس وشجة متلاحمة اخذت فيه ولم تبلغ السمحاق انتهى **قوله** وفي الجائفة ثلث الدية قال في الايضاح الجائفة ما اتصل الى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه وما وصل من الرقبة الى الموضع الذي اذا وصل الشراب اليه كان مقطرا او ما فوق ذلك فليس بجائفة انتهى وقال في النهاية ومعراج الدراية لبعد نقل ذلك فعلى هذا ذكر الجائفة ههنا في مسائل الشجاج صح

فرد نعم يشترط ان يختص الوجه المرئية بمكان في غير الوجه كالرأس بحيث لو حلق محكوم عليه على الحقيقة في الحج حتى لم تحقق في غيرهما كالساق وليد لا يكون فيها ارش مقدر وانما يجب حكومة العدل لان التقدير بالتوقيف وهو انما ورد فيما يختص بمحل وانما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذي لحقه ببقاء اثر الجراحة والشين يختص بما يظهر منحاني الوجه وهو الحاجبان هذا ان لا سواهما وأما الحيان فقد قيل انهما من الوجه وهو قول مالك وحتى لو وجد فيهما أو فيدارش مقدر لا يجب المقدر وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة ولا مواجهة فيما ظاهر فيهما الا ان عند انهما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد تحقق فيهما معنى المواجهة ايضا وقالوا بانه مختص بالوجه وجوف الرأس وجوف البطن في تقدير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي وهو ان يقوم مملوكا بدون هذا الاثر ويقوم وبه هذا الاثر فينظر الى التفاوت مابين القيمتين فان كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية بان كان ربع عشر فربع عشر وقال الكرخي ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان الموضحة لا نص فيها فيرد الى المنصوص عليه **فصل**

اتفاقا وكذا قال في العناية نقلا عن النهاية اقول نعم على ما ذكر في الايضاح يكون الامر كذلك الا ان المصنف تدارك حيث قال فيما بعد وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس او جوف البطن يعني انهما لما تناولت ما في جوف الرأس ايضا كانت من الشجاج فيما اذا وقعت في الرأس فتدخل في مسائل الشجاج باعتبار ذلك فلا يكون ذكرها في فصل الشجاج مجاوزة اتفاقا **قوله** ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة قال في النهاية ومعراج الدراية وكذلك تختص بالجبهة والوجنتين والذقن ايضا على ما ذكرنا من رواية الايضاح انتهى اقول ليس هذا الكلام وجيها لان كلا من الجبهة والوجنتين والذقن داخل في الوجه لانهم صرحوا في اول كتاب الطهارة بان حد الوجه من قصاص الشعر الى اسفل الذقن والى شحمتي الاذن لان المواجهة تقع بهذه الجملة وهو مشتق منها وقد صرح الشراح فيما سيأتي في هذا الفصل حتى قال صاحب النهاية ومعراج الدراية انفسهما ايضا بان الذقن من الوجه بلا خلاف والعثنون التي تحت الذقن وهو اللحيان فمن الوجه ايضا عندنا خلافا لمالك وقال المصنف رح ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لشمول الكل فبعد ذلك امعنى ان يقال وكذلك الرأس بالجبهة والوجنتين والذقن ايضا وكل من العطف وارادة التشبيه بمقتضى المغايرة محالة **قوله** ولانه انما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء اثر الجراحة قال بعض الفضلاء دليل على عدم جواز الحاق الجراحة بها دلالة ففي قوله ولانه تسامح انتهى اقول ان اراد انه دليل على ذلك اصالة فهو ممنوع وان اراد انه دليل اصل له على عدم وجوب ارش مقدر في الجراحة التي في غير الوجه والرأس ولكن يتضمن الدلالة ايضا على عدم جواز الحاق تلك الجراحة بالشجاج دلالة فهو مسلم ولكن قوله ففي قوله ولانه تسامح ممنوع لان قوله لان التقدير بالتوقيف دليل على عدم وجوب ارش مقدر في الجراحة الكائنة في غير الوجه والرأس ولما كان قوله ولانه انما ورد الحكم فيها الى آخره دليلا على ذلك ايضا اصالة كان حق الاداء ان يقال ولانه بلا تسامح ايضا ولعل ذلك البعض انما غره تقرير صاحب الكافي هنا حيث قال لان الاثر بالتقدير جار في الشجاج في الراس والوجه وغيرهما ليس في معناها حتى يلحق بها الشين ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذي يلحقها ببقاء اثر الجراحة والشين انما يكون فيما يظهر من البدن وهو الوجه والراس انتهى ولكن التقدير المصنف رح شان اخر كما ترى **قوله** الا ان عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد تحقق فيه معنى المواجهة ايضا قال في النهاية وفي مبسوط شيخ الاسلام ويجب ان يفترض غسل اللحيين في الطهارة لانهما من الوجه على الحقيقة الا انا تركنا هذه الحقيقة بالاجماع ولا اجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة انتهى وهكذا ذكر في الكفاية ومعراج الدراية وايضا واما صاحب العناية فذكره على وجه السؤال والجواب حيث قال فان قيل عليه فيجب ان يكون غسلهما فرضا في الطهارة واجيب بانا تركنا هذه الحقيقة بالاجماع ولا اجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة انتهى واقتفى اثره الشارح العيني اقول في الجواب اشكال عندي لان اللحيين اذا كانا من الوجه على الحقيقة كانا داخلين تحت قوله تعالى فاغسلوا وجوهكم فيكون ترك وجوب غسلهما بالاجماع نسخا للكتاب بالاجماع وقد تقرر في اصول الفقه ان الاجماع لا ينسخ الكتاب والسنة **قوله** وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الراس وجوف البطن اقول فيه كلام وهو ان الجائفة ان تناولت ما في جوف الراس ايضا فالتي في جوف الراس منها ان كانت من احد الانواع العشرة للشجاج فما معنى ذكرها وبيان حكمها بعد ذكر ذلك تلك الانواع بانواعها وبيان حكم كل واحد منها وان لم تكن من احد تلك الانواع بل كانت مغايرة لها فما معنى قوله في صدر فصل الشجاج عشرة اذ يكون الشجاج حينئذ احدى عشرة اللهم الا ان يقال هي احد تلك الانواع وهو الامتة بدلالة كون حكمها مثل الدية وذكرها مع حكمها بعد ذكر تلك الانواع مع احكامها لبيان حال قسمها الذي في جوف البطن لا لبيان حال قسمها الذي في جوف الراس لكنه تعسف لا يخفى

فصل لما كانت الاطراف دون الراس لها حكم على حدة ذكرها في فصل على حدة كذا في العناية وغيرها اقول لا يذهب على الناظر في مسائل هذا الفصل انها غير منحصرة

وفي اصابع اليد نصف الدية لان في كل اصبع عشر الدية على ما رويناه فكان في الخمس نصف الدية وكان في قطع الاصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على ما مر فان قطعها مع الكف فنصف ايضا نصف الدية لقوله عليه السلام وفي اليدين الدية وفي احديهما نصف الدية ولان الكف تبع للاصابع لان البطش بها وان قطعها مع نصف الساعد ففي الاصابع والكف نصف الدية وفي الزيادة حكومة عدل وهو رواية عن ابي يوسف اه وعنه ان ما زاد على اصابع اليد والرجل فهو تبع الى المنكب والى الفخذ لان الشرع اوجب في اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب فلا زيادة على تقدير الشرع وتأويل ما روينا ان الدية باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع فلم يحمل الذراع بتمامه في حق الضمين لانه لا وجه الى ان يكون تبعا للاصابع لان منها عضوا كاملا وهو الا ابى ان يكون تبعا للكف لانه تابع والتابع لا يتبع قال (وان قطع الكف من المفصل وفيها اصبع واحدة ففيه عشر الدية وان كان اصبعان ففي كل واحد منهما خمس من الابل وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يقسط على ارش الكف والاصبع فيكون عليها الاكثر ويدخل القليل في الكثير لانه لا وجه الى الجمع بين الارشين لان الكل شيء واحد ولابي حنيفة ان كل واحد اصل من وجه فوجبنا الكثرة ولان الاصابع اصل والكف تابع حقيقة وشرعا لان البطش يقوم بها واجب الشرع اصبع واحدة عشر من الابل والترجيح من حيث الذات احكم اولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب لان الكف اصابع وزيادة وفي الكف الاصابع اصول في التقوم والاستيفاء حتى لا يستوجب الكف اذا كانت الاصابع قائمة باسرها قال في الاصبع الزائد في الاصبع الزائد حكومة عدل لانه لا منفعة فيه تشوينا للاصل وهذا لان السن الشاذة ما فيها منفعة الا الزينة ولذلك لا يجب في ذكره ولسانه اذا لم تتم منفعتهما بخلاف الاصلية وقيل الشاذة في الفم تجب فيه دية كاملة لان الغالب فيه الصحة فاشبه قطع اللسان في الاذن والذي ان الشاذ في الفم يشوه المنظر ويمنع من مضغ الطعام والانتفاع المنفعة فاذا لم تتم صار كالمعدوم لان الاشراف على الشيء لا يتحقق اجتماعا للزام بخلاف اللسان والاذن لان الشاذ فيهما لا يمنع من الانتفاع المقصود هو الجمال او منفعة على الكمال لذلك لو استعمل الصبي لانه ليس بجمال ظاهر انما هو حسن وصورة معرفة الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل به على النظر فيكون بعد ذلك حكومة بالتحري والظن قال ومن شج رجلا فذهب عقله او شعره او سمعه او بصره دخل ارش الموضحة في الدية

في الاطراف بل بعضها متعلقة بالاطراف وبعضها متعلقة بالشجاج وبعضها متعلقة بالقتل فالوجه المذكور انما يمشي في بعض منها دون الكل فالاوجه عندي ان يقال لما كانت مسائل هذا الفصل مسائل متفرقة ولهذا كانت كل مسئلة منها في باب على حدة في مختصر الكرخي كما ذكرنا في غاية البيان اوردها المصنف رح في فصل على حدة وآخرها عن الفصلين الماضيين جريا على ما هو عادة المصنفين من جمع المسائل المتفرقات في فصل واحد وتأخيرها عن سائر الفصول تلافيا لما فات فيها الا انه لم يصرح بكونها مسائل متفرقة كما هو المعتاد اليها اعتمادا على فهم الناظرين قوله وفي اصابع اليد نصف الدية اي في اصابع اليد الواحدة وهي خمس اصابع نصف الدية ولو لم يكف الاستلزام وعدم الاقتضاء في حصول العلم بمسئلة بل كان لا بد فيه من التصريح بها للزم ان يذكر ايضا ان في الاصبعين عشر الدية وفي ثلث اصابع ثلثة اعشار الدية وفي اربع اصابع اربعة اعشار الدية الى غير ذلك من المسائل المتروك ذكرها صراحة في الكتاب ويمكن الجواب عنه بان ذكر هذه المسئلة هنا ليس لبيان نفسها اصالة حتى يتوهم الاستدراك بل ليكون ذكرها توطئة للمسئلة اللاحقة اياها وهي قوله فان قطعها مع الكف ففيه ايضا نصف الدية فالمقصود بالبيان هنا وان قطع الاصابع يد بلا كف وفيها نصف الدية قوله ولان في قطع الاصابع تفويت جنس البطش وهو الموجب يعني ان في قطع الاصابع كلها تفويت جنس منفعة البطش وهو يوجب الدية الكاملة على ما مر ففي تفويت نصف منفعة البطش اللازم من قطع اصابع اليد الواحدة نصف الدية لا محالة ثم ان جمهور الشراح قالوا قوله على ما مر اشارة الى قوله ولان في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشرة فتقسم الدية عليها اقول فيه بحث اذ الظاهر ان قوله على ما مر متعلق بقوله وهو الموجب لا بما قبله والا لكان حق قوله وهو الموجب ان يؤخر قوله على ما مر فاذا كان قوله على ما مر متعلقا بقوله وهو الموجب لم يتجه ان يشار به الى ما قاله هؤلاء الشراح اذ ليس في ذلك تعرض لما هو الموجب للدية حتى يشار اليه ههنا بقوله كما مر وقال صاحب الغاية ههنا قوله وهو الموجب على ما مر اي الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت صورة الالة على ما مر في فصل فيما دون النفس انتهى اقول هذا البعد مما ذهب اليه جمهور الشراح لان بيان كون الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت صورة الالة مما لا فائدة له اصلا فيما نحن فيه لان المفروض فيه قطع اصابع اليد الواحدة على ما يدل عليه قوله ولان في قطع الاصابع تفويت جنس منفعة البطش دون مجرد ازالة منفعتها بدون القطع حتى يتصور كون قول المصنف رح ههنا على ما مر اشارة الى ما ذكره في فصل فيما دون النفس قبيل فصل الشجاج بقوله لان المتعلق تفويت جنس المنفعة لا تفويت الصورة كما زعمه صاحب الغاية بخلاف ما مر في ذلك الفصل فان وضع المسئلة هناك فيمن صرف عضوا فاذهب منفعته بدون ان يقطعه فلبيان كون الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت الصورة تاثير تام وفائدة ظاهرة هناك ثم اقول الاقرب الى الحق عندي ان يكون قول المصنف رح ههنا على ما مر اشارة الى ما ذكره في اوائل فصل فيما دون النفس من قوله والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال او ازالها مقصودا في الادمي على الكمال يجب كل الدية لاتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تغليظا للادمي انتهى فان الظاهر منه ان الموجب للدية الكاملة في الاطراف تفويت جنس المنفعة او ازالة الجمال المقصود في الادمي على الكمال فيناسب الاشارة اليه ههنا بقوله على ما مر في قوله وهو الموجب على ما مر قوله ولهما ان اليد الة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع اقول لقائل ان يقول الظاهر من هذا الكلام ان يكون كل واحد من الكف والاصابع مدخل في البطش وعلى قوله فيما قبل ولان الكف تبع للاصابع لان البطش بها ان يكون الباطش هو الاصابع لا غير فبين كلاميه في المقامين نوع تدافع وكان صاحب الكافي تفطن له حيث غير تحرير المصنف ههنا فقال لهما ان ارش اليد انما يجب باعتبار انه الة باطشة والاصل في

لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا اوضحه فمات وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط والدية بفوات كل الشعر وقد تعذر بسبب واحد فدخل الجزء في الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده وقال زفر لا يدخل لان كل واحد جناية فيما دون النفس فلا تتداخلان كسائر الجنايات وجوابه ما ذكرنا قال وان ذهب سمعه وبصره او كلامه فعليه ارش الموضحة مع الدية قالوا هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعن ابي يوسف انه ان الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر وجه الاول ان كلا منها جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء على ما بينا

البطش الاصابع والكف تبع لها واما الساعد فلا يتبعها لانه غير متصل بها فلم يجعل تبعا لها في حق التضمين انتهى ثم اقول يمكن التوفيق بين كلامي المصنف ره ايضا بنوع عناية وهو ان يقيد المضاف في قوله فيما قبل لان البطش بها اي لان اصل البطش بها كما قال في الكافي هناك لان قوام البطش بها فلا ينافي ان يكون بالكف ايضا البطش في الجملة بالتبعية فيرتفع التدافع قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا اوضحه فمات اقول فيه نظر اذ لو كان فوات العقل بمنزلة الموت وكان هذا مما يدخل ارش الموضحة في الدية لما تم ما سبق في فصل فيما دون النفس من انه قد روي ان عمر رضي الله عنه قضى باربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر فانهم صرحوا بانه لو مات من الشجة لم يلزمه الا دية واحدة فلو صح كون فوات العقل بمنزلة الموت لما ازم في ضربة ذهب بها العقل الا دية واحدة فليتامل قوله وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط قال صاحب النهاية اي لو نبت الشعر والتامت الشجة فصار كما كان لا يجب شيء مما ثبت بهذا ان وجوب ارش الموضحة بسبب فوات الشعر انتهى وقال صاحب العناية قوله وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر لبيان الجزئية وقوله حتى لو نبت يعني الشعر يسقط يعني ارش الموضحة لبيان ان الارش يجب بالفوات كذا في النهاية وليس بمفتقر اليه لكونه معلوما انتهى اقول ان قوله وليس بمفتقر اليه لكونه معلوما ليس بشيء اذ لا ريب ان كون وجوب ارش الموضحة بفوات جزء من الشعر لا لمجرد تفريق الاتصال والايلام الشديد امر خفي جدا غير معلوم بدون البيان والاعلام اذ كان الظاهر المتبادر مما ذكر في فصل الشجاج ان لا يشترط في وجوب ارش الموضحة فوات جزء من الشعر بالكلية بان لا يثبت من لدن اصلا فانهم قالوا الموضحة من الشجاج هي التي توضح العظم اي تبينه ثم بينوا حكمها بانه القصاص ان كانت عمدا او نصف عشر الدية ان كانت خطأ ولا شك ان اسم الموضحة وحدها المذكور يتحقق فيما ينبت فيه الشعر وكان اشتراط ان لا ينبت الشعر لعدم البدء اصلا في وجوب ارشها امرا خفيا محتاجا الى البيان بل الى البرهان ولهذا قال المصنف ره وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط وقال في الكافي ووجوب ارش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر ولهذا لو نبت الشعر على ذلك الموضع واستوى لا يجب شيء وقال في المبسوط وجوب ارش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر بدليل انه لو نبت الشعر على ذلك الموضع فاستوى كما كان لا يجب شيء الى غير ذلك من البيانات الواقعة من الثقات قوله وجوابه ما ذكرناه قال في العناية قيل يعني به قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء وقيل قوله وقد تتعاقب سببا واحدا وهو اشمل من الاول بحث لان المراد بسبب واحد في قول المصنف ره وقد تتعاقب سببا واحدا انما هو فوات الشعر كما يرشد اليه قوله داخل الجزء في الجملة لان بعض الجزء لو وجد في صورة فوات شعر راسه بالشجة لا في صورة ذهاب عقله بها وقد صرح الشراح حتى صاحب العناية بان مراد المصنف ره بسبب واحد هناك فوات الشعر حيث قال في شرح قوله وقد تتعاقب يعني ارش الموضحة في الدية سبب واحد وهو فوات الشعر لكن سبب الموضحة البعض وسبب الدية الكل فدخل الجزء في الجملة انتهى ولا يخفى ان هذا المعنى مختص بالمسئلة الثانية وهي صورة ذهاب شعر راسه كما ان قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء مختص بالمسئلة الاولى وهي صورة ذهاب عقله فكيف يصح القول بان الفعل الثاني اشمل من الاول والوجه عندي ان يكون مراد المصنف ره بقوله ما ذكرناه في قوله وجوابه ما ذكرناه مجموع ما ذكره في تعليلي المسئلتين فحينئذ يوجد الشمول بلا غبار كما لا يخفى قوله ووجه الاول ان كل واحد جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء قال في شرح الدراية قال الهندواني كنا نفرق بهذا الفرق حتى رايت بخطه هو ان لو قطع يده فذهب عقله ان عليه دية العقل وارش اليد بلا خلاف من احد فلو كان زوال العقل كزوال الروح لما وجب ارش اليد كما لو مات

والصحيح من الفرق ان الجناية وقعت على عضو واحد في العقل ووقعت في السمع والبصر على عضوين فلا يدخل انتهى اقول كما ينتقض الفرق المذكور في الكتاب بالمسئلة التي ذكرها الهندواني كذلك ينتقض ما عده صحيحا من الفرق بتلك المسئلة فان الجناية وقعت فيها ايضا على عضو واحد وهو اليد مع انه الا يدخل ارش اليد في الدية وان اعتبر العقل في تلك المسئلة عضوا مغائرا لعضو اليد فيكون الجناية فيها واقعة على العضوين بذلك الاعتبار فلم لم يعتبر العقل في مسئلة الشجة ايضا عده مغائرا لمحل الشجة حتى يكون هذه المسئلة ايضا بذلك الاعتبار من قبيل ما وقعت الجناية على عضوين فلا يدخل الارش في الدية كما في السمع والبصر بما عده الهندواني صحيحا من الفرق هنا لا يخلو عن الانتقاض ايضا فتامل قوله وجه الثاني ان السمع والكلام مبطن قال صاحب العناية قيل يريد به الكلام النفسي بحيث لا يدرك فيها المعاني ولا يقدر على نظم الكلام فان كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسيرا جدا وان كان المراد به التكلم بالحروف والاصوات ففي جعله مبطنا نظر انتهى اقول يمكن ان يقال المراد به هو الثاني والمراد بكون السمع والكلام مبطنا كون محلهما مستورا غائبا عن الحس بخلاف البصر فان محله ظاهر مشاهد فتدبر فيه النظر كما ترى قوله وينبغي ان تجب الدية في المفصل الاعلى وفيما بقي حكومة عدل اقول لقائل ان يقول هذا يخالف وينافي ما ذكره فيما قبل من قوله وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء في الكل كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده فان مقتضى ما اسلفناه ان يجب في الكل كما اذا سبب الدية ولا يدخل الجزء في الكل على خلاف ما ذكره هنا اللهم الا ان يكون هذا بناء على اختلاف ما ذكره في المقامين على اختلاف الروايتين في المسئلة ومما يعضده كلام تاج الشريعة ههنا حيث قال وذكر الصدر الشهيد في الجامع على نحو ما ذكر هنا وذكر فخر الاسلام البزدوي في مبسوطه اجمعوا على انه لو قطع فصل من اصبع فشل الباقي فانه يجب في الكل الارش ويجعل كلها جناية واحدة انتهى تدبر قوله ولهذا كان السنة حولا بالاجماع اي يوجل سنة بالاجماع وذكر في التتمة ان سن البالغ اذا اسقط ينتظر حتى يبرأ موضع السن لا الحوال هو الصحيح لان نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التاجيل الا ان قبل البرء لا يقتص ولا الى حول لا الى الابد لانه لا يدري عاقبته انتهى قال صاحب العناية بعد نقل ذلك اجمالا وليس بظاهر وانما الظاهر ما قال المصنف رحمه الله وانما الحول مشتمل على الفصول الاربعة ولها تاثير فيما يتعلق ببدن الانسان فلعل فصلا منها يوافق مزاج المجني عليه فيبرئ في اثنائه وقال ولكن قوله بالاجماع فيه نظر لانه قال في الذخيرة وبعض مشائخنا قالوا الاستثناء حولا في فصل القلع في البالغ والصغير جميعا لقوله عليه السلام في الجراحات كلها يستاني حولا وهو كما ترى ينافي الاجماع انتهى اقول نظره ساقط لان الذي ينافي الاجماع ما نقله عن الذخيرة انما هو مفهوم قوله وبعض مشائخنا قالوا اي مفهوم المخالفة لكن مفهوم ذلك انما هو عدم اجماع المشائخ لا عدم اجماع المجتهدين ومراد المصنف رحمه بالاجماع في قوله ولهذا يستاني حولا هو بالاجماع انما هو اجماع المجتهدين دون اجماع المشائخ وانتفاء احد الاجماعين لا يستلزم انتفاء الاخر الا يرى ان المشائخ كثيرا ما يختلفون في رواية المسئلة عن المجتهدين فبعضهم يروي اجماع المجتهدين فيها وبعضهم يروي اختلافهم فيها وانحن فيه يشبه ان يكون من هذا القبيل كما يشعر به ما ذكر في غاية البيان فانه قال فيما ذكر نقل الناطفي في الاجناس عن ابي يوسف ومحمد وابن سماعة قال ابو يوسف رحمه الله قلع سن رجل لا ننتظر بها حولا وانما ننتظر بسن الصبي واتفق عليه باقي علمائنا

ولو لو تسقط ولكنها اسودت يجب الارش في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا تسود منه ولكنه اذا كسر بعضه واسود الباقي لا يضاف ما ذكرنا وكذا لو اصفر او اخضر **قال** ومن شجر رجلا فاقتصت ولو بقي لها اثر ونبت الشعر سقط الارش عند ابي حنيفة رح وقالا يجب **قال** ابو يوسف يجب عليه ارش الاثر وهو حكومة عدل والشيئان الموجبان **قال** لو اصلحه الطبيب فزال فلا شيء عليه لانه اصلح ما افسده فصار كما لو قطع يده فخاطها الطبيب فالتحمت ثم مات من الدواء لانه لما ازمه اجرة الطبيب في الدواء بفعل فصار كما لو اخذ ذلك من ماله الا ان ابا حنيفة رح يقول ان المداواة على اصل الاستقامة لا بعقد او شبهته ولو جنى على الجاني فلا يغرم شيئا **قال** ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ منها فعليه ارش الضرب فيما اذا لم يبرأ وهو على اصله لان الاستقامة لا بعقد او شبهته ولو برئ فهو على اختلاف قد مضى في الشجة المتلحمة **قال** ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله قبل البرء فعليه الدية وسقط ارش اليد لان الجناية من جنس واحد والموجب حد وهو الدية وهما لا يبقى اذ هو فوق اختلاف قد مضى في الشجة المتلحمة **قال** ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله قبل البرء فعليه الدية وسقط ارش اليد لان الجناية من جنس واحد والموجب حد وهو الدية وهما لا يبقى اذ هو فوق بدل النفس جميعا اجزائها فدخل الطرف في النفس كما لو قتله ابتداء **قال** ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ وقال الشافعي رح يقتص منه في الحال اعتبارا بالقصاص في النفس ولهذا الموجب قد تحقق فلا يعطل ولنا قوله عليه السلام بستأني في الجراحات سنة ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها لان الحكم فيها ما في الحال غير معلوم فلعلها تسري الى النفس فيظهر انه قتل وانما يستوفي الامر بالبرء **قال** وكل عمد يسقط القصاص فيه بشبهة فالدية في مال القاتل وكل ارش يجب بالصلح فهو في مال القاتل لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا الحديث وهذا عمد غير ان الاول يجب في ثلث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فاشبه شبه العمد والثاني يجب حالا لانه مال وجب بالعقد فاشبه الثمن في البيع

وذلك لان بهذا السن لم يبلغ السن بعد البلوغ نادر والى هذه الرواية مال بعض اصحابنا مثل خواهرزاده وغيره وقال الناطفي ايضا قال في المجرد لو نزع سن صبي ينبغي ان لا يفتصر فيها عن النازع للمنزوع سنه ويوجله سنة سنة يوم نزع سنة فاذا مضت سنة ولم تنبت اقتص له وعلى هذه الرواية لم يفرق كثير من مشايخنا بين سن البالغ والصغير بل قالوا بالاستثناء فيهما جميعا واليه ذهب القدوري والسرخسي وغيرهما الى هنا لفظ الغاية والظاهر ان المصنف رح ايضا ذهب اليه فقال ولهذا يستأني حولا بالاجماع من غير فرق بين الصبي والبالغ وادعى الاجماع لما ذكر في الذخيرة منافيا للاجماع ولم يجعل ما ذكر في التتمة منافيا له حيث لم يورد النظر مع كون منافاته اياه اظهر على تقدير حصل الاجماع على اجماع المشايخ كما هو مدار نظره المذكور وعن هذا قال صاحب النهاية وصاحب الكفاية ومعراج الدراية قوله ولهذا يستأني حولا بالاجماع يخالف رواية التتمة **قوله** ولو لم تسقط ولكنها اسودت يجب الارش في الخطأ على العاقلة في السنة في ماله قال في الذخيرة والمحيط اوجب محمد رح كمال الارش باسوداد السن ولم يفصل بين ان يكون السن من الاضراس التي لا ترى ومن العوارض التي ترى قالوا يجب ان يكون الجواب فيها على التفصيل ان كان السن من الاضراس التي لا ترى ان فاتت منفعة المضغ بالاسوداد يجب الارش كاملا والا يجب حكومة العدل وان كان السن من العوارض التي ترى وتظهر يجب كمال الارش بالاسوداد وان لم تفت منفعته لانه فوت جمالا على الكمال انتهى وبهذا ذكره الشراح هنا وغيره اكثرهم الى الذخيرة فقط واورد بعض الفضلاء على جواب الشق الثاني من التفصيل انه خالف لما ذكره قبيل فصل الشجاج من ان الجمال تابع في الاعضاء الذي يقصد منه المنفعة انتهى اقول يمكن ان يجاب عنه بان المنفعة في الاسنان التي ترى ليست بمقصودة منها بالذات وان حصلت فيها ايضا في الجملة وانما المقصود منها بالذات الجمال والزينة للانسان وهذا ذكره قبيل فصل الشجاج ومن كون الجمال تابعا انما هو في الاعضاء التي يقصد منها المنفعة اصالة كاليد ونحوها فلا مخالفة **قوله** لقوله عليه السلام لا يعقل العواقل عمدا الحديث قال صاحب الغاية فيه نظر لانه من كلام ابن عباس والشعبي وقدمر انفا انتهى اقول هذا النظر في غاية السقوط اما اولا فلان هذا الحديث كما روي موقوفا على ابن عباس والشعبي روي ايضا مرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم كما نص عليه هذا صاحب الكافي حيث قال والاصل فيه حديث ابن عباس رض موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة انتهى وكذا نص عليه المصنف رح في كتاب المعاقل بهذا المنوال فكان من كلام النبي عليه الصلوة والسلام على ما روي مرفوعا اليه بلا ريب وهذا يكفي في صحة عبارة المصنف رح هنا كما لا يخفى واما ثانيا فلانه على ما روي موقوفا ايضا يحمل على الرواية عن النبي عليه السلام لانه مما لا يعلم بالرأي بل يتوقف على السماع ومثل هذا يحمل على السماع صيانة للصحابي عن الكذب والجزاف ويصير الموقوف فيه كالمرفوع على ما تقرر في علم الاصول وفي الكتاب مرارا فصح قول المصنف رح في حق هذا الحديث لقوله عليه السلام على كل حال والعجب من صاحب الغاية انه قال وقدمر انفا والذي مر منه انما يصير جوابا عن نظره هذا فانه قال هناك روى محمد رح بن الحسن في موطاه وقال اخبرنا عبد الرحمن بن ابي الزناد عن ابيه عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن ابن عباس رض قال لا يعقل العاقلة عمدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما جنى المملوك وهذا لا يعلم الا من طريق التوقيف فحمل على انه رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم لصيانة عن الكذب والجزاف الى هنا لفظه وهذا صريح في الجواب عن نظره هنا كما لا يخفى **قوله** غير ان الاول يجب في ثلث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فاشبه شبه العمد اقول ان قيد ابتداء في قوله وجب بالقتل ابتداء مستدرك بل مفسد لان المصنف رح قال في اوائل كتاب الجنايات انفا بيان ان من موجب شبه العمد الدية المغلظة على العاقلة والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد في على العاقلة فلو كان المعلل هنا ما لا وجب بالقتل ابتداء لوجب على العاقلة مقتضى الاصل المذكور هناك مع انه يجب على القاتل في ماله كما صرح به انفا فالوجه ان يترك قيد

قال واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلث سنين وقال الشافعي رح هي حالة لان الاصل ان ما يجب بالاتلاف يجب حالا لانه اتلاف يجب التخفيف في الحالين وهذا عمد فلا يستحق التخفيف ولان مال الجاني يجب بجرائر خطأ فبالعمد اولى ولنا انه مال يجب بالقتل فيكون موجلا كدية الخطأ وشبه العمد احتراز عما يجب بالعمد كما في القسم الثاني فانه يجب مالا ولقد اصاب فيما بعد حيث قال ولنا انه مال وجب بالقتل فيكون موجلا كدية الخطأ وشبه العمد قوله واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلث سنين قال صاحب النهاية كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية التي ذكره لبيان خلاف الشافعي رح انتهى اقول اعتباره هذا ليس بسديد اما اولا فلان ذكر حكم هذه المسئلة بعد ذكر تلك الضابطة الكلية قد وقع في مختصر القدوري والهداية ايضا بدون بيان خلاف الشافعي رح اصلا فكيف يصلح بيان المصنف رح في قوله شرحه خلاف الشافعي رح لان يكون عذرا من ذكره حكم هذه المسئلة في متنه قبل مدة ومن ذكر ذكر القدوري اياه في مختصره قبل سنين متكاثرة وهل تنبعوه العاقل بمثل ذلك الاعتذار وامّا ثانيا فلان خلاف الشافعي رح ليس بمحصور في حكم هذه المسئلة المنفردة بالذكر بل خلافه متحقق في حكم تلك الضابطة الكلية على الاطلاق فانه لا يقول بالتاجيل في العمد اصلا بل بتخصيصه بالخطأ كما يفيده تعليله المذكور في الكتاب وتلك الضابطة الكلية انما هي العمد وحكمها التاجيل مطلقا كما صرح به المصنف رح بقوله غير ان الاول يجب في ثلث سنين فقصد بيان خلاف الشافعي رح لا يقتضي افراد حكم ما يتمكن المسئلة بالذكر بعد ذكر تلك الضابطة بالكلية فلا تشبيه للاعتذار المذكور اصلا

فصل في الجنين لما ذكر احكام الجناية المتعلقة بالآدمي من كل وجه شرع في بيان احكامها المتعلقة بالآدمي من وجه دون وجه وهو الجنين بيان ذلك ما ذكره شمس الائمة السرخسي في اصوله ان الجنين ما دام محتبئا في البطن ليس له ذمة صالحة لكونه في حكم جزء من الآدمي لكونه منفصلا بالحياة متصلا بالحياة فيما يعد الانفصال فلهذا لا يكون اهلا لوجوب الحق له من عتق او ارث او نسب او وصية وباعتبار الوجه الاول لا يكون اهلا لوجوب الحق عليه فلا يلزمه ما يولد فلذه ذمة صالحة ولهذا لو انقلب على مال انسان فاتلفه يكون ضامنا له ويلزمه مهر امرأته بعقد الولي قوله وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم اقول في هذا التفصيل الذي ذكره بقوله وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة استدراك بعد ان قال قبله معناه دية الرجل لان عشر دية المرأة هو نصف عشر دية الرجل في المقدار بلا ريب اذ قد تقرر فيما مر ان دية المرأة نصف دية الرجل فعشر ديتها نصف عشر دية الرجل لا محالة وقد نص عليه هنا بقوله وكل منهما خمسمائة درهم فما فائدة هذا التفصيل الفارق بين الذكر والانثى في مجرد العبارة وانما كان يظهر فائدته ان لو لم يفسر نصف عشر الدية الواقع في كلام القدوري بقوله معناه دية الرجل فانه كان يحتمل حينئذ نصف عشر دية الرجل ونصف عشر دية المرأة فيفيد التفصيل المذكور عن هذا فصل صاحب الكافي كما فصله المصنف رح ولم يتعرض قبله لتفسير عشر الدية بعشر دية الرجل قوله والقياس ان لا يجب شئ لانه لا يتيقن بحياته قال في العناية وكثير من الشروح تميما لما في الكتاب وفعل القتيل لما يتصور الا في محل هو حي فلا يجب الضمان بالشك انتهى اقول يرد على هذا البيان انه انما يتم ان لو ثبت كون العثرة جزاء فعل القتل وهو ممنوع لجواز ان يكون جزاء اتلاف عضو من الآدمي صالح للحيوة كما يجب في اتلاف سائر اعضائه شئ من الدية على ما مر تفصيله والاظهر في البيان هنا ما ذكر في غاية البيان ثانيا بقوله ولان الجنين في حكم الاعضاء بدلالة انه لا يكمل بارشه والاعضاء لو انفصلت بعد الموت لا تقوم انتهى تدبر قوله والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق قال صاحب العناية في شرح هذا المحل فان قيل الظاهر انه حي او معد للحيوة قال الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا لا يجب في جنين البهيمة الا نقصان الام ان يكن انتهى وبعض الفضلا قوله او معد للحيوة في تقرير السؤال حيث قال كونه معدا للحيوة ممنوع لجواز ان يفسد المائي الرحم فحينئذ ينبغي استعداده للحيوة ولقد اشار اليه في النهاية حيث قال نقلا عن المبسوط ثم المائي الرحم ما لم يفسد فهو معد للحيوة فيجعل كالحي في ايجاب الضمان باتلافه كما يجعل بعض العضو في حق المحرم كالعضو في ايجاب الجزاء عليه بكسره انتهى تصير قوله ومن على العاقلة عنه اذا كانت

وقال مالك في ماله لانه بدل الجزء ولنا انه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس ولهذا سماه عليه السلام دية حيث قال ودوه وقالوا الذي من لا صام ولا أكل الحديث الآلان العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة وجب في سنة وقال الشافعي في ثلث سنين لانه بدل النفس ولهذا يكون مورثا بين ورثته ولنا ما روى عن محمد بن الحسن رحمه الله انه قال بلغنا ان رسول الله عليه السلام جعل على العاقلة في

خمسمائة درهم اعلم ان الناظرين في هذا المقام تحيروا في توجيه هذا القيد اعني قوله اذا كانت خمسمائة درهم فقال صاحب النهاية قيد بهذا احترازا عن جنين الامة اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة كذا وجدت بخط شيخي لكن هذا لا يتضح لي لان ما وجب في جنين الامة هو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة درهم على ما يجيء الى هنا كلامه وسائر الشراح ايضا ذكروا التوجيه الذي نقله صاحب النهاية عن القدوري ورده به عليه صاحب النهاية وقال صاحب الغاية وقوله اذا كانت خمسمائة كانه سهو القلم وينبغي ان يكون اذ بسكون الذال بالالف بعدها يعني انها انما تجب على العاقلة لانها مقدرة بخمسمائة درهم والعاقلة لا تعقل خمسمائة درهم وقيل ما دونها انتهى وقد نقل صاحب العناية هذا التوجيه ولم يتعرض له برد بعد ان نقل التوجيه الاول مع رده حيث قال قيد به احترازا عن جنين الامة اذا كانت قيمته لا يبلغ خمسمائة ورد بان ما يجب في جنين الامة هو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة على ما يجيء وقيل لعله وقع سهوا من الكاتب وكان في الاصل اذ كان خمسمائة تعليلا لكونها على العاقلة انتهى وكانه ارتضى التوجيه الثاني اقول التوجيه الثاني ايضا مردود عندي اذ لا معنى لتعليل كونها على العاقلة بكونها خمسمائة درهم فانه يتنقض بما يجب في جنين الامة اذا بلغ خمسمائة درهم فانه على الضارب كما دونه لا على العاقلة كما صرحوا به انفا حيث قالوا ان ما وجب في جنين الامة فهو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة مع جريان التعليل المذكور فيه عند بلوغه الى خمسمائة درهم فما فوقها فان مثل ذلك كله في مال القتل كما مر في الفصل السابق مع جريان التعليل المذكور فيه ايضا ثم اقول هنا توجيه آخر لم يذكره الشراح وهو ان يكون القيد المذكور للاحتراز عن جنين الامة مطلقا بان يكون معناه اذا كانت خمسمائة درهم على البنات بتقدير الشرع ذلك القدر المعين وهذا انما يكون في جنين الحرة فان الواجب في جنين الامة نصف عشر قيمته لو كان حيا ان كان ذكرا وعشر قيمته حيا ان كان انثى من غير تعيين قدر معين من العدد فضلا عن ان تبلغ خمسمائة فحينئذ تحصل المرام من غير كلفة كما ترى قوله وقال مالك في ماله لانه بدل الجزء اقول في تعليله نظران مجرد كونه بدل الجزء لا يقتضي كونه في مال الجاني بل لا بد من ان يكون المبدل اقل من خمسمائة درهم والبدل فيما نحن فيه تمام خمسمائة درهم وقد قبيل هذا الفصل ان عمد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة وكذا كل جناية موجبها خمسمائة فصاعدا ويمكن ان يقال ان مذهب مالك ان لا يجب بدل الجزء على العاقلة فيما اذا كان اقل من ثلث الدية كما صرحوا به وانا نحن فيه كذلك فيكون هذا التعليل من قبل ذلك ولكنه من اباب رد المختلف على المختلف تامل تفقه قوله ولانه بدل النفس ولهذا سماه عليه السلام دية حيث قال ودوه اقول في الاستدلال على انه بدل النفس تسمية النبي عليه الصلوة والسلام دية بحث فانه عليه السلام سمى كثيرا من بدل الاعضاء دية الا ترى الى ما مر في فصل ما دون النفس ان سعيد بن المسيب رضي الله عنه روى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المأمومة الدية وهكذا كتب لعمرو بن حزم وكتب له ايضا في العينين الدية وفي احداهما نصف الدية الى غير ذلك فلا يتأتى في الدفع قوله الا ان العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة قال صاحب الغاية قول المصنف رده بناء على تعليق لقوله وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة وكانه يقول اذا كانت الغرة اقل من خمسمائة درهم لا تعقله العاقلة ولنا فيه نظران في جنين الامة لافادته على العاقلة اصلا لان الواجب في جنين الامة على الضارب مطلقا انتهى اقول نظره ساقط لان قول المصنف رده الا ان العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة انما يدل على انها لا تعقل خمسمائة فصاعدا بطريق مفهوم العاقلة وهو ليس بمعتبر عندنا ولئن سلمنا اعتباره عندنا ايضا في الروايات فمفهوم قوله المذكور انها لا تعقل خمسمائة تعقل ما دونها لا انها تعقلها في كل مادة حتى يرد النقض بالواجب في جنين الامة اذا بلغ خمسمائة حيث يكون على الضارب لا على العاقلة وقال صاحب العناية قول المصنف رده الا ان العواقل لا تعقل فيما دون خمسمائة جواب عما يقال الحديث يدل على ان الدية على العاقلة قليلة كانت او كثيرة وتمام قيد تمام تقوله اذا كانت خمسمائة وقد علمت ما يرد عليه من التطرف انتهى اقول

ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فعلمنا بالشبه الاول في حق التوريث وبالثاني في حق التاجيل الى سنة اقول لقائل ان يقول لم لا يعكس الامر اي لم لا يعمل في حق التاجيل بالشبه الاول وفي حق التوريث بالشبه الثاني ولم يتعين وجه ذلك لانه المطلوب هنا والاظهر في تقريره هنا ما ذكره في الكافي اخذا من المبسوط حيث قال ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس موجودة في الام حتى ينفصل عنها حية فالجناية عليه قبل الانفصال يعتبر بالجناية عليه بعد الانفصال فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فلا يثبت من التاجيل الا القدر المتيقن انتهى تدبر تفهم قوله لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية او اقل الكثر من نصف العشر يجب في سنة قال صاحب النهاية هذا هو الصحيح من لفظ الكتاب وقوله الكثر بدون الواو بدل اقل اي اذا كان ذلك الاقل الكثر من نصف العشر وفي بعض النسخ الكثر وكلاهما غير صحيح لانه لا يبقى بدلا حينئذ انتهى كلامه وتبعه جماعة من الشراح وقال صاحب العناية وقوله لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية او اقل الكثر من نصف العشر هو الصحيح من النسخ وفي بعضها واكثر قال الشارحون وكلاهما غير صحيح لان المراد ان يكون الاقل من ثلث الدية اكثر من نصف العشر وهو انما يكون اذا كان اكثر منفتة لاقل او بدلا منه ولعل العطف بالواو ليفيد ذلك الى هنا لفظه اقول فيه شيء وهو ان بين قوله ولعل العطف بالواو ليفيد ذلك ايضا وبين قوله هو الصحيح من النسخ تقصير الصحة على الاول تدافعا لا يخفى اللهم الا ان يكون مراده قصر الصحة على الاول من حيث الرواية لا من حيث سداد المعنى فحينئذ يندفع التدافع وقال صاحب العناية وقوله اكثر بدون الواو العاطفة في اوله على انه صفة لقوله اقل اي اذا كان بدل العضو ثلث الدية او كان اقل من ثلث الدية لان ذلك الاقل الكثر من نصف عشر الدية يجب في سنة واحدة ولكن لنافي التقييد بالاكثر نظرا لانه اقل من الكثر من نصف عشر الدية بل كان قدر نصف عشر الدية الى ثلثها يجب في سنة انتهى ونقل صاحب العناية مضمون نظره ولم يتعرض للجواب عنه حيث قال وفي بعض الشروح ان تقييده بالاكثر ليس بمفيد لانه لو كان نصف العشر كان الحكم كذلك انتهى فكانه ارتضاه واشار صاحب الكفاية الى الجواب عنه حيث قال بعد تصحيح النسخة الاولى لكن التقريب انما يتاتى ان لو كان نصف العشر واجبا في سنة لان العزة مقدرة بنصف العشر ولم يتعرض له لانه لما كان الكثر من نصف العشر موجلا بسنة فاولى ان يكون نصف العشر موجلا بها انتهى اقول فيه نظر اذ لا نسلم انه اذا كان ما هو الكثر من نصف العشر موجلا بسنة فاولى ان يكون نصف العشر ايضا موجلا بسنة بجواز ان يكون نصف العشر غير موجل اصلا كما قل من نصف العشر او يكون موجلا باقل من سنة وبذلك لا يتم التقريب كما لا يخفى قوله ولانه ان مات الام احد سببي موته لانه يخنق بموتها اذ نفسه بنفسها فلا يجب الضمان بالشك اعترض عليه بان الشك ثابت فيما اذا القت جنينا ميتا لاحتمال ان يكون الموت من الضرب واجابوا بان لم ينفخ فيه الروح ومع ذلك وجب الضمان وهو اول ما ذكر في هذا الفصل واجيب بان الغرة في تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا وليس ما نحن فيه في معناه لان فيه الاحتمال من وجه واحد وفيما نحن فيه من وجوه ثلاثة احتمال عدم نفخ الروح والموت بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الام وبسبب تخنيق الرحم وغم البطن فلا يلحق بذلك قياسا ولا دلالة فبقي على اصل الحكم

وانظاهر ان مراده بما يرد عليه من النظر ما ذكره فيما مر لقوله ورد بان ما يجب في جنين الامة هو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة الا انه علمت سقوطه ايضا بما بيناه في سقوط نظر صاحب النهاية انفا ثم اقول في تقريره مراد المصنف ره هنا فلل اذ لا يتم حينئذ السوال ولا الجواب اما الاول فلان مدلول الحديث المذكور قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بدية مجنين الحرة على العاقلة ودية تبلغ خمسمائة درهم بالاجماع فمن اين يدل الحديث على ان الدية لو كانت قليلة بحيث لم تبلغ خمسمائة درهم يكون ايضا على العاقلة حتى يتوجه ان يقال انه ينافي تقييدكم لقولكم اذا كانت خمسمائة درهم واما الثاني فلان الحديث المذكور لو دل على ان الدية سواء كانت اقل من خمسمائة لان يكون معمولا به في مقابلة ذلك الحديث بدون بيان نص يشهد بذلك حتى يصلح الجواب عما ذكره كما قرره فحوله

ولانه اذا كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فعلمنا بالشبه الاول في حق التوريث وبالثاني في حق التاجيل الى سنة اقول لقائل ان يقول لم لا يعكس الامر اي لم يعمل في حق التاجيل بالشبه الاول وفي حق التوريث بالشبه الثاني ولم يتعين وجه ذلك لانه المطلوب هنا والاظهر في تقريره هنا ما ذكره في الكافي اخذا من المبسوط حيث قال ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس موجودة في الام حتى ينفصل عنها حية فالجناية عليه قبل الانفصال يعتبر بالجناية عليه بعد الانفصال فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فلا يثبت من التاجيل الا القدر المتيقن انتهى تدبر تفهم قوله لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية او اقل الكثر من نصف العشر يجب في سنة قال صاحب النهاية هذا هو الصحيح من لفظ الكتاب وقوله الكثر بدون الواو بدل اقل اي اذا كان ذلك الاقل الكثر من نصف العشر وفي بعض النسخ الكثر وكلاهما غير صحيح لانه لا يبقى بدلا حينئذ انتهى كلامه وتبعه جماعة من الشراح وقال صاحب العناية وقوله لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية او اقل الكثر من نصف العشر هو الصحيح من النسخ وفي بعضها واكثر قال الشارحون وكلاهما غير صحيح لان المراد ان يكون الاقل من ثلث الدية اكثر من نصف العشر وهو انما يكون اذا كان اكثر منفتة لاقل او بدلا منه ولعل العطف بالواو ليفيد ذلك الى هنا لفظه اقول فيه شيء وهو ان بين قوله ولعل العطف بالواو ليفيد ذلك ايضا وبين قوله هو الصحيح من النسخ تقصير الصحة على الاول تدافعا لا يخفى اللهم الا ان يكون مراده قصر الصحة على الاول من حيث الرواية لا من حيث سداد المعنى فحينئذ يندفع التدافع وقال صاحب العناية وقوله اكثر بدون الواو العاطفة في اوله على انه صفة لقوله اقل اي اذا كان بدل العضو ثلث الدية او كان اقل من ثلث الدية لان ذلك الاقل الكثر من نصف عشر الدية يجب في سنة واحدة ولكن لنافي التقييد بالاكثر نظرا لانه اقل من الكثر من نصف عشر الدية بل كان قدر نصف عشر الدية الى ثلثها يجب في سنة انتهى ونقل صاحب العناية مضمون نظره ولم يتعرض للجواب عنه حيث قال وفي بعض الشروح ان تقييده بالاكثر ليس بمفيد لانه لو كان نصف العشر كان الحكم كذلك انتهى فكانه ارتضاه واشار صاحب الكفاية الى الجواب عنه حيث قال بعد تصحيح النسخة الاولى لكن التقريب انما يتاتى ان لو كان نصف العشر واجبا في سنة لان العزة مقدرة بنصف العشر ولم يتعرض له لانه لما كان الكثر من نصف العشر موجلا بسنة فاولى ان يكون نصف العشر موجلا بها انتهى اقول فيه نظر اذ لا نسلم انه اذا كان ما هو الكثر من نصف العشر موجلا بسنة فاولى ان يكون نصف العشر ايضا موجلا بسنة بجواز ان يكون نصف العشر غير موجل اصلا كما قل من نصف العشر او يكون موجلا باقل من سنة وبذلك لا يتم التقريب كما لا يخفى قوله ولانه ان مات الام احد سببي موته لانه يخنق بموتها اذ نفسه بنفسها فلا يجب الضمان بالشك اعترض عليه بان الشك ثابت فيما اذا القت جنينا ميتا لاحتمال ان يكون الموت من الضرب واجابوا بان لم ينفخ فيه الروح ومع ذلك وجب الضمان وهو اول ما ذكر في هذا الفصل واجيب بان الغرة في تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا وليس ما نحن فيه في معناه لان فيه الاحتمال من وجه واحد وفيما نحن فيه من وجوه ثلاثة احتمال عدم نفخ الروح والموت بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الام وبسبب تخنيق الرحم وغم البطن فلا يلحق بذلك قياسا ولا دلالة فبقي على اصل الحكم

التصحيح

ولعدم تجزيه لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان من الاصل لا معتبرا في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيتقدر بهما وقال ابو يوسف رحمه الله يجب ضمان النقصان لو استغصت الام اعتبارا بالجنين اليمامي وهذا لان الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما نذكره ان شاء الله تعالى فيعتبر فيه النقصان قال فان ضربت فاعتق المولى باقي بطنها ثم القته حيا ثم مات فعليه قيمته حيا ولا تجب الدية والمراد بعد العتق لانه قتله بالضرب السابق وقد كان في حالة الرق فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حيا لانه صار قاتلا اياه وهو حي فنظر الى جانب السبب للتلف قيل هذا عند هما وعند محمد رحمه الله تجب قيمته مائتين كونه مضمونا بالغا لكونه غرة لان الاعتاق قاطع للسراية عما باشرته من جناية ان شاء الله تعالى قال في الجنين وعند الشافعي رحمه الله نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطا ولنا ان الكفارة تجب بالقتل المطلق وذا ليس بقتل مطلق لانه قتل ما هو نفس من وجه بخلاف ما اذا القاه ميتا لانه لا يسمى قاتلا اصلا قال الكفارة واجبة في الخطأ وشبه العمد والقتل بالسبب لانه محظور ماخوذ به لكنه لا يعاقب في الآخرة لعدم الجناية فيكون مرجوا له المغفرة قال الله تعالى ويستغفرون لمن في الارض الا ان الكفارة تسقط بالاعذار والعفو من الله تعالى ان شاء الله تعالى لانه اذا لم يعاقب في الآخرة فالاولى ان يسقط في الدنيا ايضا قال ولا كفارة في قتل الجنين لان الكفارة تجب بقتل النفس من وجه فتجب بقتل ما هو نفس من وجه وهذا لان الجنين الذي لم يستهل لا يسمى قاتلا اصلا لانه لم يباشر القتل ولا التسبب اليه لان الضرب لا يفضي الى القتل غالبا ولا يتصور منه الا بطريق الندرة والتسبب ما يكون طريقا الى القتل غالبا وهذا لان الجناية على الجنين تختلف باختلاف الاحوال فلا يمكن ايجاب الكفارة بالشك والاحتياط انما يكون في موضع يحتمل الوجوب والجناية على الجنين خلقة بمنزلة الجناية على العضو فكما لا تجب الكفارة بالجناية على العضو لا تجب بالجناية على الجنين وهذا لان الكفارة لا تجب

ولو استاجر رب الدار العمة لاخراج الجناح او الظلة فوقع فقتل انسانا قبل ان يفرغوا من العمل فالضمان عليهم لان التلف بفعلهم ومالم يفرغوا لم يكن العمل مسلما الى رب الدار وهذا لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل تحت عقد فلم ينقل فعلهم اليه فاستقر عليهم وان سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحسانا لانه وجد الاستيجار حتى استحقوا الاجر ووقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكانه فعل بنفسه فلهذا يضمنه وكذا اذا صب الماء في الطريق فعطب به انسان او دابة وكذا اذا رش الماء او توضأ لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من اهلها او قعد او وضع متاعه لان لكل واحد ان يفعل ذلك فيها لانه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة قالوا هذا اذا رش ماء كثيرا بحيث يزلق به عادة اما اذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر انه لا يزلق به عادة لا يضمن

وهو غير محقق في قوله او عطبت به دابة اللهم الا ان يكون المراد بكلمة كذا ههنا هو التشبيه والتشريك في مجرد وجوب الضمان لا في وجوبه على الوجه الخاص المذكور فيما سبق فيعم قوله اذا تعثر بقصعة انسان وقوله او عطبت به دابة لكنه خلاف الظاهر من العبارة فهو عين التساهل قوله ولو استاجر رب الدار العمة لاخراج الجناح او الظلة فوقع فقتل انسانا قبل ان يفرغوا من العمل فالضمان عليهم الخ قال شيخ الاسلام هو على وجوه ان قال مخرج الجناح للاجراء انوا جناحا على فنائي فانه ملكي اولى حق اسراج الجناح اليه من التقديم والعمل العمة بخلاف ما قاله فنعلوا ثم سقط فاصاب شيئا فالضمان عليهم ويرجعون بالضمان على الامر قياسا واستحسانا سواء سقط قبل الفراغ من العمل او بعده لان الضمان وجب على العامل بامر الآمر وكان له ان يرجع به عليه كما لو استاجر غيره لينبح له شاة فنبحت الشاة بعد النبح فالمستحق ان يضمن النباح ويرجع النباح به على الامر لانه عزه كذا بكذا وان قال للاجراء اشرعوا جناحا على فنائي واخبرهم انه ليس لي حق اشراع الجناح القديم اولم يخبرهم حتى بنوا جناحا بامره ثم سقط فاتلف شيئا ان سقط قبل فراغهم من العمل فكذلك على جواب لانه امرهم بما لم يملك مباشرة بنفسه وقد علموا بالفساد الامر فلم يحكم بالضمان على المستاجر كما لو استاجر لينبح شاة جاره فنبح ثم ضمن النباح للجار لم يرجع به على الامر وكذا لو استاجرهم لينبوا بناء في وسطه ثم سقط فاتلف شيئا لم يرجعوا على الآمر وفي الاستحسان يكون الضمان على الامر لان هذا الامر صحيح من حيث ان فنائه مملوك له من وجه على معنى انه يباح له الانتفاع بشرط السلامة ولكنه غير صحيح من حيث انه غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه فمن حيث ان الامر صحيح ليكون قرار الضمان على الامر بعد الفراغ من العمل ومن حيث انه فاسد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ من العمل علما بهما واظهارا شبه الصحة بعد الفراغ من العمل اولى من اظهاره قبل الفراغ لان امر الامر انما صح من حيث انه يملك الانتفاع بفنائه داره وانما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل كذا ذكر جمهور الشراح هنا اقول هذه الوجوه في هذه المسئلة بهذا التفصيل والبيان وان كان مما قاله شيخ الاسلام وارتضاه جمهور الشراح لكنه مشكل عندي من وجوه الاول انهم قالوا في تعليل جواب القياس في الوجه الثاني والثالث من الوجوه التي ذكرها لانه امرهم بما لا يملك مباشرته بنفسه وقد علموا الفساد الامر وهو انما تم فيما اذا اخبرهم بان ليس له حق في ذلك لا فيما اذا لم يخبرهم بذلك اذ لا علم لهم بفساد الامر في هذه الصورة وقد سووا هاهنا في وضع المسئلة في الوجه الثاني والثالث حيث قالوا واخبرهم انه ليس له حق اشراع الجناح في القديم اولم يخبرهم والثاني انهم قالوا في بيان وجه الاستحسان في الوجه الثالث امره غير صحيح من حيث ان فنائه غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه وجعلوا الضمان من هذه الحيثية على العامل قبل الفراغ من العمل مع ان مدخلية هذه الحيثية في فساد امره فيما نحن فيه غير ظاهرة لانه لو امرهم ببيعه ولم يفعلوا ذلك حتى يفسد امره بذلك لكونه غير مملوك له من هذه الحيثية ويجب الضمان على الفعلة قبل الفراغ من العمل بل امرهم بالانتفاع بذلك باشراع الجناح اليه وفعلوا ذلك ولا شك انه مملوك له من حيث الانتفاع له به كما صرحوا به فكيف يفسد امره من هذه الحيثية حتى يجب الضمان عليهم قبل الفراغ من العمل بناء على فساد الامر والثالث انهم قالوا في الوجه الاول الضمان على الآجراء ويرجعون به على الامر قياسا واستحسانا سواء سقط قبل الفراغ من العمل او بعده وقالوا في الوجه الثالث وفي الاستحسان يكون الضمان على الامر والظاهر منه ان يكون الضمان في الوجه الثالث في جواب الاستحسان على الامر ابتداء مع ان النقه يقتضي اولوية كون الضمان في الوجه الاول ايضا اذا كان السقوط بعد فراغهم من العمل على الآمر ابتداء لان الفعلة كانوا في ذلك مغرورين بقول الامر انه ملكي اولى حق ذلك الفعل من التقديم بخلاف الوجه الثالث في الغرور مع الاشتراك بينهما في سائر الامور كما ترى ثم اقول تقرير المصنف في هذه المسئلة وتعليلها لا يوافق ما ذكره الشراح ههنا من التفصيل المنقول عن شيخ الاسلام بل يابا ه جدا فان المصنف رجعل المسئلة على وجهين احدهما السقوط قبل فراغهم من العمل والآخر السقوط بعد فراغهم منه وجعل حكم احدهما مخالفا لحكم الاخر مطلقا وقال في تعليل الاول ان التلف كان بفعلهم وان فعلهم انقلب

ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش لانه صار علة وقيل هذا اذا رش بعض الطريق لانه يجد موضعا للمرور ولا ذا لما فيه فاذا تعمد المرور على موضع صب الماء صنع عليه بذلك لم يكن على الراش شئ وان رش جميع الطريق يضمن لانه منهم في المرور وهكذا الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في اخذ جميعها او بعضه ولو رش فناء حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر استحسانا واذا استاجر اجير البيتوتة له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه من العمل فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا ولو كان آجره بناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير لفساد الامر قال ومن حفر بئرا في طريق المسلمين او وضع حجرا فتلف بذلك انسان فديته على عاقلته وان تلفت بهيمة فقيمتها في ماله لانه متعد فيضمن ما يتولد منه بخلاف العاقلة تحمل النفس دون المال فكان ضمان البهيمة في ماله والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة القاء الحجر والخشبة لما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد فانه ما احدث شيئا فيه انما قصد دفع الاذى عن الطريق حتى لو رجع الكناسة في الطريق وتعقل به انسان كان ضامنا لتعديه بشغله لو وضع حجرا فتحاه غيره من موضعه وعطب به انسان فالضمان على الذي تحاه لان حكم فعله قد انتهى الفراغ بما شغله وانما اشتغل بالفعل الثاني موضع احد

قتلا حتى وجب عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده فلم يتسلموا فعلهم الى رب الدار فاقتصر عليهم ولا يخفى ان هذا التعليل يقتضي ان يكون الضمان عليهم وان لا يرجعوا به على الآمر في صورة السقوط قبل فراغهم من العمل مطلقا اي في الوجه الاول ايضا من الوجوه التي ذكرها الشراح نقلا عن شيخ الاسلام وهو ما اذا اخبرهم الآمر بان له حفافي ذلك لان فعلهم لما انقلب قتلا وصار غير داخل في عقد الامر ولم يتسلم اليه بل اقتصر عليهم كان اخباره لهم بان له حفافي ذلك وعدمه اخباره لهم بذلك بيانا فليتأمل ويقتضي ان لا يتم في صورة السقوط قبل الفراغ من العمل التعليل الذي ذكروه لرجوعهم بالضمان على الآمر قياسا واستحسانا في الوجه الاول من الوجوه التي ذكرها سواء سقط قبل الفراغ من العمل او بعده لقولهم لان الضمان وجب على العامل بامر الآمر وكان له ان يرجع به عليه فان فعلهم لما انقلب قتلا في صورة السقوط قبل فراغهم من العمل صار مخالفا لامر الآمر خارجا عن عقده فلم يكن بامر الآمر فما كان وجوب الضمان عليهم بامره بل كان بفعل انفسهم ويقتضي ايضا ان لا يتم نظير الوجه الاول بما لو استاجر غيره لينبح شاة له ثم استحقت بعد الذبح فللمستحق ان يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الآمر في صورة السقوط قبل الفراغ من العمل فان فعل الذبح هناك لم ينقلب ما هو خارج عن العقد بل وقع على ما هو الداخل في العقد فاذا ضمن الذابح كان له حق الرجوع على الآمر بحكم التغرير بخلاف ما نحن فيه في صورة السقوط قبل الفراغ من العمل كما عرفت انفا انتهى ثم ان بعض الفضلاء قال ههنا لا يقال فرق بين ما ذكر في الكتاب وهذا المنقول فان ما ذكر في الكتاب محمله المباشرة ولهذا تجب الكفارة فلا فرق بين علم العلة وعدم علمهم بفساد الامر في وجوب الضمان قبل الفراغ ولا يتصور المباشرة بعده فيكون بالتسبيب لانا نقول اشراع الجناح مطلقا مباشرة فلهذا شبه بذبح الشاة ويجئ من الشارح ايضا يعني صاحب العناية اقول جوابه ليس بسديد اذ لم يقل احد باشراع الجناح مباشرة للقتل في صورة السقوط بعد الفراغ من العمل كيف ولو كان مباشرة له بعده فلا يخلو بان يكون مباشرة من العلة او من الآمر فلو كان مباشرة من العلة لوجب عليهم الضمان والكفارة قطعا كما في السقوط قبل الفراغ ولم يجب عليهم بعده شئ منهما بل وجب الضمان على الآمر وهو رب الدار استحسانا كما ذكر في الكتاب ولو كان مباشرة من الآمر وجب عليه الكفارة لامحالة ولم يقل به احد والتشبيه بذبح الشاة انما وقع في صورة السقوط قبل الفراغ لا في صورة السقوط بعده والذي يجئ من الشارح ايضا لابد وان يحمل على كون اشراع الجناح مباشرة في الصورة الاولى لا في الصورة الثانية واما كون اشراع الجناح مباشرة مطلقا للفعل ما وان لم يكن مباشرة للقتل في صورة السقوط بعد الفراغ فمعزل عما فيه الكلام وغير مفيد في دفع السوال الذي ذكره كما لا يخفى **قوله** وانه تعارض المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش اقول في تحرير المصنف ره ههنا شئ وهو ان الظاهر من قوله فيما مر انفا وكذا اذا رش الماء بعد قوله وكذا اذا صب الماء ان مسئلة ارش الماء نظائر مسئلة صب الماء وقد ذكر ههنا الصب في اصل المسئلة حيث قال ولو تعارض المرور في موضع صب الماء وذكر الرش في جوابها حيث قال لا يضمن الراش فلم يطابق جواب المسئلة ويمكن ان يعتذر عنه بانه انما فعل هكذا ايماءا الى اتحاد مسئلتي الصب والرش في هذا الحكم مع الاحتراز الى العلم بمغائرتهما مما ذكر من قبل **قوله** واذا استاجر اجير البيتوتة له في فنا حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا قال في العناية لم يتعرض المصنف رح بان ذلك اذا علم الاجير ان الفنا لغير الآمر او اذا لم يعلم وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي ما يدل على ان هذا الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما اذا كان الاجير يجب انه للمستاجر حيث قال وان استاجر رجلا ليحضر له بيرا في الفنا فحضر ومات فيه انسان او دابته والفنا لغيره فان كان الاجير عالما به فالضمان على الاجير وان لم يعلم الاجير ان الفنا للغير فالضمان على المستاجر لان الاجير لم يعلم بفساد الامر انتهى اقول ما ذكره الامام المحبوبي في جامعه وان دل على ان الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما اذا كان الاجير يجب ان الفنا للمستاجر الا انه يدل باطلاقه على ان الجواب في موت انسان فيه بعد فراغ الاجير من العمل وقبله سواء والذي ذكر في الكتاب مقيد بكون موته بعد تعقله به بعد فراغ الاجير ولم يتعرض

وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فان امره السلطان بذلك او اجبره عليه لم يضمن لانه غير متعد حيث فعلها فعل مامور من له الولاية في الجملة وان كان بغير امره يضمن لانه متصرف في حق غيره ابتداء بلا قضاء على رأي الامام او هو صاحب مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره لان المعنى لا يختلف وكذا ان حفر في ملكه امر يضمن لانه غير متعد وكذا اذا احفر في فناء داره لان له ذلك لمصلحة داره والفناء في تفسيره وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا له او كان له حق الحفر فيه لانه غير متعد اما اذا كان لجماعة المسلمين او مشتركا بان كان في سكة غير نافذة فانه يضمنه لانه متعد وهذا صحيح لو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعا او غما لا ضمان على الحافر عند ابي حنيفة رحمه الله لانه مات بفعل في نفسه والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع وقال ابو يوسف رحمه الله ان مات جوعا فكذلك وان مات غما فالحافر ضامن له لانه لا سبب للغم سوى الوقوع اما الوقوع لا يختص بالبئر قال في الهداية وهو ضامن في الوجوه كلها لانه انما حدث بسبب الوقوع اذ لولاه لكان الظاهر قريبا منه **قال** وان استاجر اجراء لحفره وهاله في غير فنائه فذلك على المستاجر ولا شيء على الاجراء ان لم يعلموا انه في غير فنائه لان الاجارة صحت ظاهرا فاذا لم يعلموا فقد غروا فيجب عليه الضمان كما لو غروه بالقول صريحا اذا الامر الخبيث بمجهة هذه الشاة فذبحها ثم ظهر ان الشاة لغيره الا ان هناك يضمن الامور ورجع على الآمر لان الآمر مباشرة والمأمور متسبب والترجيح للمباشرة فيضمن ويرجع للغرور وهنا يجب الضمان على المستاجر ابتداء لان كل واحد منهما متسبب ولا جبر على متعد فترجح جانبه

الشارح ايضا فتصير **قوله** وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فان امره السلطان بذلك او اجبره عليه لم يضمن قال بعض الفضلاء الامر من السلطان اكراه فقوله او اجبره كالعطف التفسيري انتهى اقول ليس هذا بسديد لان كون مجرد الامر من السلطان اكراها ليس بقول مختار سيما عند محمد رحمه الله كما نص عليه في السير الكبير حيث قال ان مجرد امر الامام ليس باكراه فجاز ان يكون قوله في الجامع الصغير او اجبره عليه بعد قوله فان امره السلطان بذلك مبنيا على ذلك ولئن سلم ان كونه اكراها قول مختار فالظاهر ان الامر ههنا كناية عن الاذن لا يستلزم الامر الاذن وعطف الجبر عليه قرينة على ذلك وعن هذا قال في غاية البيان في تعليل هذه المسئلة وذلك لان للامام ولاية عامة فلا يضمن ما فعله باذن الامام وقال في العناية وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على بيان اذن الامام انتهى ولا شك ان مجرد اذن السلطان فيما نحن فيه يدفع الضمان عن الفاعل صرح به في عامة المعتبرات فيكون قوله او اجبره عليه مسئلة اخرى لا محالة واما كون قوله او اجبره عليه عطفا تفسيريا فيما لا وجه له لان العطف التفسيري لم يسمع في كلمة او ولا نعلمه ايضا لا يساعد ذلك وانما شاع ذلك في كلمة الواو لمساعدة معناها اياه ولكن بقي لنا شيء في قول محمد رحمه الله او اجبره عليه بعد قوله فان امره السلطان بذلك وهو انه اذا علم عدم ضمان الفاعل فيما اذا امره السلطان لما فعله لعلم عدم ضمانه قطعا فيما اذا اجبره عليه فما فائدة ذكر قوله او اجبره عليه بعد قوله فان امره السلطان بذلك نعم لو قال فان اجبره السلطان على ذلك او امره به لكان له حسن لكون الثاني من قبيل الترقي تامل تفهم **قوله** وكذلك الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره قال عامة الشراح اراد بقوله مما ذكرناه ما ذكره من اول الباب الى هنا من اخراج الكنيف او الميزاب او الحرض الى الطريق وبناء الدكان فيه واشراع الروشن وحفر البير وزاد صاحب الغاية وضع الحجر وقالوا اراد بقوله وغيره غير ما ذكر في الكتاب كبناء الظلة وغرس الشجر ورمي الثلج والجلوس للبيع اقول وما ذكره من اول الباب الى هنا صاب الماء في الطريق وكذا رش الماء او التوضي فيه وكذا وضع الخشبة فيه ولم يذكر احد من الشراح ايضا شيئا من ذلك مع التزامهم البيان والتفصيل حتى ذكروا جميع ما وقع في الباب قبل ما تركوه وما بعده وان عموا ان الجواب فيما تركوه خلاف الجواب فيما ذكروه كان عليهم البيان والنقاش ثم انهم جعلوا بناء الظلة من غير ما ذكر في الكتاب مع انه قد ذكر في الكتاب حيث قال ولو استاجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح والظلة فوقع وقتل انسانا الى آخره ويمكن ان يعتذر عن الثاني بان الكلام هنا فيما فعل في طريق العامة وقد حمل الشراح مسئلة استيجار الفعلة لاخراج الجناح او الظلة المذكورة في الكتاب فيما مر على ما فعل في فناء الدار لا في طريق العامة فلم يحملوا هما نحن فيه هنا واراد وا ببناء الظلة الذي عدوه من غير ما عدوه في الكتاب بناء وما في طريق العامة او انهم حملوا المراد بما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره على ما فعله الانسان بنفسه دون ما استاجر الغير لفعله فلم يقدروا ما استاجر رب الدار لفعله لاخراج الظلة مما نحن فيه هنا واراد وا ببناء الظلة الذي عدوه من غير ما ذكر في الكتاب بناء وما في الكتاب بنفسه لكن الظاهر ان الجواب على التفصيل المذكور وهو انه لو فعله بامر السلطان لم يضمن ولو فعله بغير امره ضمن متمشيا فيما فعل في فناء الدار ايضا وفيما فعل باستيجار الغير لفعله ايضا فلا فائدة في التخصيص بل لا فائدة لتذكر **قوله** وكذا اذا احفر في فناء داره يعني وان لم يكن الفناء ملكه كذا في العناية وغيرها اقول يرد عليه انه بنى ما ذكر في ما مر من المسئلة المقررة المجمع عليها وهو قوله واذا استاجر اجير البنى له في فنائه او نوته فتعقل به انسان بعد وقوعه فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا فتامل **قوله** وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا له او كان له حق الحفر فيه قال جمهور الشراح في تفسير قوله او كان له حق الحفر فيه بان كان لا بعض لاحد او اذن له الامام في ذلك اقول في كل من وجهي تفسيرهم خلل اما في الاول فلان قول المصنف رحمه الله اما اذا كان لجماعة من المسلمين او مشتركا الى آخره يابى جدا فان عدم الضرر لاحد قد تحقق في صورة كونه لجماعة من المسلمين او مشتركا ايضا وقد جعل الحكم فيها خلاف ما اذا كان له حق الحفر فيه واما في الثاني فلانه اذا اذن له الامام يجوز

وان علموا ذلك فالضمان على الاجراء لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافا اليهم قال ان قال لهم هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر فحفروا فمات فيه انسان فالضمان على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم وفي الاستحسان الضمان على المستاجر لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لاطلاق يده في التصرف فيه من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب بناء الا ان كان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل اليه قال ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام فمعثر رجل المرور عليها فعطب فالضمان على الذي جعل القنطرة وكذلك ان وضع خشبة في الطريق فمعثر رجل المرور عليها لان الاول تعد وهو تسبيب والثاني تعد وهو مباشرة فكان الاضافة الى المباشر اولى لان تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما في الحافر مع الملقي قال ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على انسان فعطب به انسان فهو ضامن فان كان اذا اسقط فتعثر به انسان وكان رفاء قد لبسه فسقط فعطب به انسان لم يضمن

له التصرف في طريق العامة ايضا فلا يضمن ما عطب فيه كما مر انفا ولا شك ان مراد المصنف ره بقوله بعد بيان ذلك وكذلك ان حفره في ملكه لم يضمن وكذا اذا حفر في فنا داره هو ان الحافر لا يضمن في هاتين الصورتين بدون اذن الامام ايضا وعن هذا قال الشراح في شرح قوله وكذلك ان حفره في ملكه لم يضمن يعني كما اذا اذن لهم فحفره في طريق المسلمين لم يضمن كذلك اذا حفر في ملكه بلا اذن الامام لم يضمن فلا معنى لحمل ما قيل في مسئلة الحفر في فنا داره التي جوابها عدم الضمان بدون اذن الامام ايضا على التعقيب باذن الامام كما لا يخفى وقال صاحب الغاية في شرح هذا المقام وقيل انما يكون له ان يحفر في فنا داره اذا كان الفنا مملوكا له او كان بحيث لا يلحق الضرر بغيره لانه اذا لم يلحق الضرر بالغير يكون له التصرف فيه مقيدا بشرط السلامة لعدم التعدي واما اذا كان الفنا لجماعة المسلمين او كان مشتركا كما اذا كان في سكة غير نافذة يجب الضمان لوجود التعدي انتهى اقول قد زاد ذلك الشارح نعمة في الطنبور من جهة الفساد حيث شرح قوله او كان له حق الحفر فيه بان قال او كان بحيث لا يلحق الضرر بغيره فاشترك مع جمهور الشراح في ان يرد عليه ما يرد على الوجه الاول من وجهي تفسيرهم كما بيناه من قبل وقال في تعليل ذلك لانه اذا لم يلحق الضرر بالغير يكون له التصرف فيه مقيدا بشرط السلامة لعدم التعدي ويرد عليه ان التقييد بشرط السلامة يقتضي الضمان عند الهلاك كما صرحوا به في مسائل عديدة وجواب هذه المسئلة عدم الضمان عند الهلاك لعدم التعدي فلا معنى للتقييد بشرط السلامة كما لا يخفى ثم اقول الصواب عندي ان معنى قوله او كان له حق الحفر فيه ان كان له حق الاختصاص بالحفر فيه بان كان ذلك الموضع موقوفا عليه بالانتفاع فيه او كان مما استاجره للانتفاع فيه او نحو ذلك فحينئذ ينتظم السياق واللحاق بلا غبار كما ترى قوله وان علموا بذلك فالضمان على الاجراء لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافا اليهم قال صاحب العناية في عبارة المصنف ره تسامح لان صحة الامر فيما نحن فيه لا يحتاج الى كون المامور به في ملكه حتى يصح التعليل بقوله انه لم يصح امره بما ليس بمملوك له بل المناسب ان يقال لان الامر لم يصح ظاهرا بحيث علموا انتهى اقول ليس هذا بسديد لان مدار زعمه التسامح في عبارة على الغفلة عن دخول قوله ولا غرور في تمام التعليل ولا شك انه داخل فيه فقوله لم يصح امره بما ليس بمملوك له اشارة الى انتفاء صحة امره حقيقة وقوله ولا غرور اشارة الى انتفاء صحته ظاهرا والمعنى لم يصح امره حقيقة لانتفاء الملك في المامور به ولا ظاهرا لعدم الضرر حيث علموا فظهر ان ما ذكره المصنف ره تعليل مفيد واسع ليس بمثابة ان يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث علموا كما ترى فلم يتم القول بان ذاك هو المناسب قوله فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا معنى قوله لان كونه فناء له بمنزلة كونه ملكا له لاطلاق يده في التصرف فيه الى آخره قال في العناية اخذا من معراج الدراية فان قيل قوله ليس لي فيه حق الحفر يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا تعتبر الدلالة بمقابلته اجيب بان قوله ليس لي فيه حق الحفر يحتمل ان يكون مراده ليس لي ذلك في القديم وهذا لفظ المبسوط فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة انتهى اقول في الجواب بحث لان كلمة ليس لنفي مضمون الجملة حالا عند جمهور النحاة على ما تقرر في موضعه فحينئذ لا يحتمل قوله ليس لي فيه حق الحفر غير نفي حق الحفر عنه حالا واما عند بعض النحاة فكلمة ليس وان كانت للنفي مطلقا الا ان معناه ان مضمون الجملة اذا قيد بزمان من الازمنة فهو على ما قيد به واما اذا لم يقيد بزمان فيحمل على الحال كما يحمل الايجاب عليه في نحو زيد قائم كذا حققه الاندلسي واستحسنه الرضي وفي ما وقع في مسئلة الكتاب لم يقيد بزمان فيحمل على الحال قطعا فلم يكن مشترك الدلالة كيف ولو كان كذلك لما صح قول المصنف ره في تعليل كون الضمان على الاجراء قياسا لانهم علموا بالفساد الامر فاغرهم اذ العلم بفساد الامر لا يصور عند اشتراك دلالة ذلك واما ما وقع في لفظ المبسوط فالظاهر ان المراد به ليس لي ذلك من القديم الى الحال لا ان ليس لي ذلك في القديم لكنه لي في الحال والا لما تم وجه الاستحسان ثم اقول الحق عندي في الجواب ان يقال يحتمل ان يكون المراد

وهذا اللفظ يشمل الرجلين والفرق ان حامل الشئ قاصد حفظه فلا خرج في التقييد بوصف السلامة واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيخرج بالتقييد بما ذكرناه تجعلنا له مباحا مطلقا وعن محمد رحه انه اذا البس ماله يلبس عادة كحامل لان الحاجة لا تدعو الى لبسه قال واذا كان المسجد عشرة فعلق رجل منهم فيه قنديلا او جعل فيه لواري او حصرا او غطى رجل لم يضمن ان كان الذي فعل ذلك من غير العشرة ضمن قالوا هذا عند ابي حنيفة رح واما لا يضمن الرجلين لان هذه من القرب وكل احد مأذون في اتيانها فلا يتقيد بشرط السلامة كما اذا اضاء بإذن واحد من اهل المسجد لابي حنيفة رح وهو الفرق الذي يدور فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب الامام واختيار المتولي وفتح بابه واغلاقه وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير اهله فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم نعلا او مباحا مقيدا بشرط السلامة وقصد القربة لانا في العزامة اذا اخطأ الطريق كما اذا تفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه لا سيما ان من اهله قال وان جلس فيه رجل منهم فغطى به رجل لم يضمن ان كان في الصلوة وان كان في غير الصلوة ضمن وهذا عند ابي حنيفة رح

بذلك ليس لي على الاختصاص حق الحفر فيه على ان يكون اللام في لي للاختصاص فيجوز ان يكون فناداره حق عامة المسلمين او مشتركا بان كانت في سكة غير نافذة كما مر مثله فلا يخالف الظاهر من اطلاق يده في التصرف فيه اذ يجوز لكل احد التصرف في حق العامة بشرط السلامة ولا ينافي ايضا قول المصنف رح في تعليل وجه القياس لانهم علموا الفساد الامر فما غرهم لان فسادا الامر مقرر على كل من الاحتمالين اما على احتمال ان يكون المراد ليس لي فيه حق الحفر اصلا اي لا على الاختصاص ولا على الاشتراك فظاهر واما على احتمال ان يكون المراد ليس لي فيه على الاختصاص حق الحفر فلان الامر بالحفر في حق العامة او في الحق المشترك بدون اذن الشريك فاسد لانه تعد ولانه لو فعله بنفسه فتلف به انسان او بهيمة يجب عليه الضمان قوله وهذا اللفظ يشمل الوجهين قال جمهور الشراح اشار المصنف رح بقوله وهذا اللفظ الى قوله فعطب به فهو ضامن واراد بالوجهين في قوله يشمل الوجهين تلف الانسان بوقوع الشئ المحمول عليه وتلفه بالتعثر به بعد ما وقع في الطريق اقول ما ذهبوا اليه من كون قول المصنف رح وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به فهو ضامن فاسد من وجهين احدهما انه لو كان قوله فعطب به فهو ضامن يشمل الوجهين وهما تلف الانسان بسقوط المحمول عليه وتلفه بتعثره به بعد سقوط ذلك لكان قوله وكذا اذا اسقط فتعثر به انسان بعد قوله فعطب به فهو ضامن مستدركا محضا وثانيهما انه لو كان مراد المصنف رح ذلك لذكر قوله وهذا اللفظ يشمل الوجهين قبل ذكر المسئلة الثانية وهي قوله وان كان رداقد لبسه فسقط فعطب به انسان لم يضمن اذ لا وجه لتاخير بيان ما في المسئلة الاولى من كل المسئلة الثانية بلا امر داع اليه وقال صاحب العناية بعد ان شرح المقام على ما ذهبوا اليه جمهور الشراح وفيه نظر لان قوله فعطب به معطوف على قوله فسقط على انسان وذلك لا يشتمل التعثر به ثم قال ولعل المصنف رح نظر الى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه انتهى اقول ان قوله ولعل المصنف رح نظر الى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه مما لا معنى له لان قوله فهو ضامن جواب مجموع المعطوف والمعطوف عليه فكيف يتصور صحة المعنى مع قطع النظر عن المعطوف عليه وانا العجب من هؤلاء الشراح كيف حملوا مراد المصنف رح ذلك المتفطن التحرير على ما يأباه من له اذن دربة بأساليب الكلام وجعل تاج الشريعة قول المصنف رح وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به انسان لم يضمن وهو الحق الصريح عندي ايضا فانه مضمون من المحذورات المذكورة كلها اورده صاحب العناية بعد ان نقله حيث قال وفي بعض الشروح جعل قوله وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به انسان لم يضمن وهو بالنسبة الى الرد فاسد لان موت الانسان بسقوط الرد عليه غير متصور انتهى اقول رده مردود اذ لا يخفى انه يتصور ان يسقط الرد اعلى فم الصغير بل على فم الكبير ايضا في حالة النوم بل في حالة اليقظة ايضا فيتحقق بذلك فيموت نعم تحقق مثل هذه الصورة نادر لكن امكان وقوعه كاف في تعميم المسئلة كما لا يخفى ثم ان بعض الفضلاء قصد الجواب عن صاحب العناية بوجه آخر فقال ولك ان تقول المراد قوله فسقط فعطب به انسان يعني ان هذا اللفظ يشمل الوجهين بخلاف قوله فسقط على انسان فمراده الفرق بين اللفظين نفسهما مع قطع النظر عن الغير ولو سلم فالمراد بالرد مطلق اللباس مجازا لا خصوصه الايرى الى دليله الى هنا لفظه اقول كل من مقدمات كلامه كاسد اما قوله يعني ان هذا اللفظ يشمل الوجهين بخلاف قوله فسقط على انسان فمراده الفرق بين اللفظين نفسهما مع قطع النظر عن الغير فلان الفرق بين اللفظين نفسهما بدون ان يكون له تاثير فيما نحن فيه من المسئلة يكون خارجا من الفقه بل يكون بمنزلة اللغو من الكلام ههنا ومثله لا يليق بمن له ادنى تمييز فضلا عن المصنف رح الذي هو علم في التحقيق واما قوله ولو سلم فالمراد بالرد مطلق اللباس مجازا لا خصوصه فلان المجاز لا بد فيه من قرينة ولا قرينة فيما نحن فيه واما قوله الايرى الى دليله فلان عموم الدليل لا يقتضي عموم المسئلة الايرى ان كلية الكبرى شرط في انتاج الشكل الاول مع

وقالا لا يضمن على كل حال لو كان جالسا لقراءة القرآن او للتعليم او للصلوة او نام فيه في اثناء الصلوة او نام في غير الصلوة او مر فيه مارا وقعد فيه لحديث هو على هذا الاختلاف واما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بالاتفاق فهو ان المسجد انما بني للصلوة والذكر ولا يمكنه اداء الصلوة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس فيه صالحا لانه من ضرورات الصلوة اذ الانسان المنتظر لصلوة في الصلوة حكما بالحديث فلا يضمن كما اذا كان في الصلوة ولان المسجد بني للصلوة وهذه الاشياء ملحقة بها فالنائم من اضطرار النعاس فجعلنا الجلوس للاصل صالحا مطلقا والجلوس ما يجيء به صالحا مقيدا بشرط السلامة ولا غرو ان يكون الفعل صالحا او مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالمشي الى الكافر او الى العيد والمشي في الطريق والمشي في المسجد اذا وطئ غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره وان جلس رجل من غير الصفوة فيه للصلوة فضل به انسان ينبغي ان لا يضمن كان المسجد بني للصلوة وامر الصلوة بالجماعة كان مفوضا الى اهل المسجد فلكل احد من المسلمين ان يقعد فيه وهذا

مع كون النتيجة خاصة قوله وقالا لا يضمن في الوجهين اي فيما اذا فعل ذلك باصر من العشيرة وفيما اذا فعله غير العشيرة قال صاحب معراج الدراية قوله وقالا لا يضمن في الوجهين وهما اذن الامام او العشيرة او عدم اذنهما وتبعه الشارح العيني اقول فيه ان الوجهين هنا بما ذكره ذانك الشارحان لا يطابق الشرح كما لا يخفى على ذوي مسكة قوله ولو كان جالسا لقراءة القرآن او للتعليم او للصلوة او نام فيه في اثناء الصلوة او نام في غير الصلوة او مر فيه مارا او قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ولو كان جالسا لقراءة القرآن او للتعليم اي تعليم الفقه والحديث او للصلاة يعني منتظرا لها او نام فيه في اثناء الصلوة او في غير الصلوة او مر فيه مارا او قعد فيه لحديث قال المصنف ره فهو على الاختلاف وهو اختيار بعض اصحابنا واختاره ابو بكر الرازي وقال بعضهم وهو اختيار ابي عبد الله البحراني ليس فيهما خلاف بل الاضمان فيه بالاتفاق اقول في تقريره فان الاختلاف بين اصحابنا واختاره ابو بكر الرازي قول بعضهم وابي عبد الله البحراني قول البعض الآخر انما هو فيما اذا قعد للعبادة بان كان ينتظر الصلوة او قعد للتدريس في تسليم الفقه او الاعتكاف او قعد يذكر الله ويسبحه او يقرأ القرآن فغشيه انسان فمات واما فيما اذا قعد لحديث او نام فيه او قام فيه لغير الصلوة او مر فيه مارا فغشيه انسان فمات ففيه اختلاف بين ابي حنيفة رح وصاحبيه بلا خلاف من احد اصحابنا على ما بين وفصل في الذخيرة والمحيط البرهاني وذكر في النهاية ايضا نقلا عن الذخيرة ولا ريب ان ما ذكره المصنف ره هنا من الصور فقال فهو على هذا الاختلاف يشمل القسمين فكيف يتم قول صاحب الكافي على الاطلاق وهو اختيار بعض اصحابنا الى آخر كلامه ثم قال صاحب العناية ولقائل ان يقول في عبارة الكتاب تكرار لانه قال وان كان في غير الصلوة ضمن وغير الصلوة يشمل هذا المذكور كله والجواب ان قوله وان كان في غير الصلوة ضمن وغير الصلوة يشمل هذا المذكور كله لفظ الجامع الصغير وقوله ولو كان جالسا لقراءة القرآن من لفظ المصنف ره بيان لذلك انتهى اقول في كل واحد من سواله وجوابه مقامة اما في الاول فلان وضع المسئلة فيما قال وان كان في غير الصلوة انما كان في الجلوس في المسجد فكيف يشمل قوله وان كان في غير الصلاة ضمن هذا المذكور كله ومنه ما ليس من جنس الجلوس كالنوم فيه في اثناء الصلوة او في غير الصلوة والمرور فيه مارا واما في الثاني فلان لفظ الجامع الصغير مختص بالجلوس في المسجد ولفظ المصنف ره شامل للجلوس وغيره كما عرفت آنفا فكيف هذا بيانا لذاك ثم قال وقوله فهو على هذا الخلاف يفيد اتفاق المشائخ على ذلك وليس كذلك بل هو على الاختلاف كما مر اقول لانسلم انه يفيد اتفاق المشائخ على ذلك الجواز ان يكون مختار المصنف ره ايضا ما اختاره ابو بكر الرازي فبناء على ذلك لم يذكر القول الآخر مثل هذا ليس بغريب في كلمات المشائخ ثم قال وكان من حق الكلام ان يقول فقد قيل على الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف كما قال في الاعتكاف انتهى اقول لعل سر ان المصنف ره لم يقل هكذا هو ان ما ذكره من الصور مشتمل على ما ليس من جنس العبادة ايضا ولم يقل احد بانه لا يضمن في هذا القسم بلا خلاف كما بيناه فيما قبل فلو قال المصنف ره مثل ما زعمه صاحب العناية حق الكلام الاختلاف كلامه كاختلال كلام ذلك الشارح في شرحه كما صريح يلزم ان يدرج في اختلاف المشائخ محل الوفاق ايضا فقال فهو على هذا الاختلاف بالسبات جريا على اتفاقهم على وقوع الاختلاف فيما هو من غير جنس العبادة واختيار الماء اختاره ابو بكر الرازي فيما هو من جنس العبادة تامل فان هذا معنى لطيف وتوجيه حسن قوله لهما ان المسجد انما بني للصلوة والذكر ولا يمكنه اداء الصلوة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس سببا الى آخره اقول هذا التعليل قاصر عن افادة مدعاهما من بعض من المسائل المذكور كالنوم في المسجد والمرور والقعود فيه لحديث فان شيئا منها ليس من الصلاة ولا من الذكر ولا من ضرورات الصلوة ولا من الانتظار للصلوة فلا يتم التقريب

فصل في الحائط المائل **قال** اذا مال الحائط الى طريق المسلمين فطولب صاحبه بنقضه واشهد عليه فلم ينقضه ولا اشهد عليه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس او مال او القياس لا يضمن لانه سقوط مباشرة وجه الاستحسان ان الاشهاد شرط هو متعنت فيه لان من عادة الملوك ان لا يشهدوا على رعاياهم ولا يمكن ان يقيموا البينة على الاشهاد لانه امر باطن فاقيم الاشهاد مقامه دفعا للحرج وبالاشهاد يصير متعديا بامساكه فيضمن ما تولد منه بخلاف ما اذا سقط ابتداء لانه لا تعدي منه فيه ولا تفريط وهذا اذا كان الحائط بحال يسقط في العادة بان كان مائلا ميلا فاحشا لان اليسير لا يمكن الاحتراز عنه وهذا اذا كان الحائط بين ملكين فطولب احدهما بنقضه لان الحائط المشترك بين الجماعة في حكم الملك الواحد فكان الطلب الى احدهم كالطلب الى جميعهم وان كان لاحدهم فطولب بنقضه فلم ينقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس او مال لان الطلب قد توجه عليه بالنقض لان له ان يمنع شريكه من البناء عليه وفي تركه البناء ضرر عليه فيتوجه عليه الطلب بالنقض لدفع الضرر عن شريكه وان كان لرجل وامرأة او صبي او مجنون فطولبوا بنقضه فلم ينقضوا حتى سقط لم يضمنوا لان الطلب لم يتوجه عليهم لان الصبي والمجنون لا يخاطبان بالنقض والمرأة لا تتولى ذلك بنفسها عادة فلا يتوجه الطلب عليها وان كان لرجل وامرأة او صبي او مجنون فطولب الرجل بنقضه فلم ينقض حتى سقط ضمن الرجل حصة الرجل من النفس والمال لان الطلب توجه عليه بالنقض لان له ان يمنع شريكه من البناء عليه وفي تركه البناء ضرر عليه فيتوجه عليه الطلب بالنقض لدفع الضرر عن شريكه ولا يجب على الصبي والمجنون والمرأة شيء لان الطلب لم يتوجه عليهم لما بينا ويجب على الرجل حصته من النفس والمال لان الطلب توجه عليه بالنقض لدفع الضرر عن شريكه وقد تعذر ذلك بتركه النقض فيجب عليه ضمان

ولا يضمن ما لمست برجلها او ذنبها لان المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه تعسف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه فيكون مشتركا بين كل الناس فصار كالباحة مقيدا بما اذا لم يعتبر النظر من الجانبين ثم انما يقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ولا يقيد بما لا يمكن التحرز عما فيه من الضرر عن التعهد وسئل بأنه هو مفوض الى الاحتراز عن الايطاء ونابيها هو ممكن فانه ليس من ضرورات التسيير فيقيد بانه لا يشترط السلامة عنه والثغلة بالثاء المثلثة والغين المعجمة الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به فان اوقفها في الطريق فمر انسان فوقعت عليه لا يضمن لانه يمكنه التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه عن الثغلة فصار كما لو ساق في الايقاف وشغل الطريق به فيضمنه **قال** وان اصابت بيدها او برجلها حصاة او نواة او اثارت غبارا او حجرا صغيرا فقفأ عين انسان او افسد ثوبه لم يضمن ان كان حجرا كبيرا فضمن لانه على الوجه الاول لا يمكن التحرز عنه اذ سير الدابة لا يجري عنه وفي الثاني يمكن لانه تنفك عن السير عادة اما ذلك لتعنيف الراكب الموت فيما ذكرنا كما لو اراك لان العفو لا يختلف **قال** فان راثت او بالت في الطريق وهي تسير فمر انسان فزلق بها لم يضمن لانه من ضرورات السير فلا يمكنه الاحتراز عنه ولان اذا اوقفها لذلك لا من الدواب ما لا يفعل ذلك الا بالايقاف وان اوقفها لغير ذلك فمر انسان فزلق بروثها او بولها ضمن لانه منتفع في هذا الايقاف لانه ليس من ضرورات السير وهو اكثر ضررا بالمارة من السير لما انه اذوم منه فلا يلحق به والسائق ضامن لما اصابت بيدها او برجلها والقائد والراكب ضامنان لما اصابت بيد ها دون برجلها والمراد بالنفحة ما قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري وفي بعض نسخه والمراد بالنفحة ما ذكره القدوري وفي بعض نسخه والنفحة بالحاء المهملة والجيم ان النفحة بمعنى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه

الملوك ولا شك ان المملوك من الانسان ايضا مقدم على البهيمة رتبة فكان ينبغي ان يقدم عليها ذكرا ايضا فلم يكن القدر المذكور من التوجيه كافيا في افادة حق المقام وقال في غاية البيان وكان من حق هذا الباب ان يذكر بعد باب جناية المملوك لفضيلة الناطق في المملوك ولكن لما كانت البهيمة ملحقة بالجمادات من حيث عدم العقل والنطق الحق هذا الباب بباب ما يحدثه الرجل في الطريق من الحرض ونحو ذلك انتهى اقول يرد عليه ايضا انه لو كان هذا الباب ملحقا بباب ما يحدثه الرجل في الطريق من الحيثية المذكورة لما ذكرت مسائل هذا الباب في باب مستقل بل كان حقها ان تذكر في فصل كما قالوا في فصل الحائط المائل تدبر **قوله** ولا يضمن ما لمست برجلها او ذنبها قال الشراح فاطمة يقال لمست الدابة شيئا اذا ضربته بحد حافرها وقال صاحب النهاية بعد ذلك كذا في الصحاح والمغرب واقتفى اثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية اقول كون المذكور في المغرب كذلك مسلم فانه قال فيه نفحت الدابة ضربته بحد حافرها وما كون المذكور في الصحاح كذلك فممنوع اذ لم يعتبر فيه كون الضرب بحد الحافر بل قال فيه ونفحت الناقة ضربت برجلها ثم اقول يبقى اشكال في عبارة الكتاب وهو ان الذي يظهر مما ذكر في كتب اللغة ومما ذكره الشراح ههنا ان لا يكون النفحة الا بالرجل فيلزم ان لا يصح قوله او ذنبها في قوله ولا يضمن ما نفحت برجلها او ذنبها لانه يقتضي ان يكون النفحة بالذنب ايضا بل يلزم ايضا استدراك قوله برجلها لان الضرب بالرجل كان داخلا في مفهوم النفحة لا يقال ذكر الرجل محمول على التاكيد وذكر الذنب على التجريد لانا نقول اعتبار التاكيد والتجريد معا بالنظر الى كلمة واحدة في موضع واحد متعذر للتنافي بينهما كما لا يخفى على الفطن بل التاويل الصحيح ان يحمل النفحة المذكورة في عبارة الكتاب على مطلق الضرب بطريق عموم المجاز فيصح ذكر الرجل والذنب كلاهما بلا اشكال تامل **قوله** والسائق ضامن لما اصابت بيدها او رجلها والقائد ضامن لما اصابت بيدها دون رجلها هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف ره والمراد بالنفحة وقال صاحب النهاية في شرحه اي من قوله لما اصابت بيدها او رجلها وقال انما فسر بهذا لانه كان يجوز ان يراد بقوله لما اصابت بيدها او رجلها الوطي وقد ذكرت انه يضمن فيه السائق والقائد من غير خلاف احد وانما الاختلاف في النفحة ولو لم يفسر بهذا لكان المدار ان يقول ذلك بالوطي ويثبت الاختلاف فيه وليست الرواية كذلك انتهى واقتفى اثره كثير من الشراح منهم صاحب العناية اقول فيه خلل اما اولا فلان الظاهر من قوله اي من قوله لما اصابت بيدها او رجلها ان يكون المراد بالاصابة بيدها وبالاصابة برجلها كلتيهما هو النفحة وليس كذلك اذ لا يطلق على الاصابة باليد النفحة وانما يطلق عليها الخبط اذا ضربت باليد ولو سلم اطلاق النفحة عليها ايضا بطريق التجوز فلا يجدي هنا اذ لا فرق بين الوطي باليد والخبط الذي هو الضرب باليد في وجوب الضمان بهما على السائق والقائد بلا خلاف احد فلا شئ لان يكون المراد احدهما دون الآخر واما ثانيا فلان القدوري لم يذكر الخلاف في مسئلة السائق اصلا حتى يلزم من توهم ان يكون المراد بقوله لما اصابت بيدها او رجلها هو الوطي اثبات الاختلاف في الوطي وانما الذي بين الاختلاف في بابتيك المسئلة ههنا هو المصنف ره وذا فرع تفسيره مراد القدوري بالنفحة لا منشا هذا التفسير كما يوهمه كلامهم ثم اقول الحق ان معنى قول المصنف والمراد بالنفحة هو ان مراد القدوري بقوله او رجلها في مسئلة السائق وبقوله دون رجلها في مسئلة القائد هو النفحة وانما فسر بذلك ليتم قوله في مسئلة القائد دون رجلها اذ لو كان مراده الوطي لم يتم ذلك وان وطي الدابة برجلها يوجب الضمان على القائد ايضا بلا خلاف احد **قوله** ووجهه ان النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه اقول لقائل ان يقول ان يد الدابة ايضا غائب عن بصر القائد اذ العقود لا تباشر الا بالنظر

وقال ابو المشرح ان السائق لا يضمن النفحة ايضا وان كان يرعاها افليس على رجليها بيديها فلا يمكنه التحرز عنه تخلاف الثور لانه كما يأتي بها برجليه وهذا يخطئ اكثر الفهم وهو الصحيح قال السائق ليس برديف ولا قائد فلا يضمن ما نفحت عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام الرجل جبار يعني العجماء بالليل تخويف الفعل كما في المكره وهذا تخويف بالضرب وفي الجامع الصغير وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد لانهما مستويان بمباشرتهما اسباب التلف وهو تولد الدابة الى مكان بالجناية فيفيد شروط السلامة فما يكن الا حائزا عنه كالراكل الا ان على الراكل الكفارة وعليها او طئت الدابة بيدها او برجلها وكفارة عليها والراكب فيها وراء لا يعلم لان الراكب مباشر فيه لان اسناد تفلة الدابة تبعا لا سيار الدابة مضافات اليه وهي الدابة وهما مبينان لانه يتصل منهما ان المحل يحتمل ان يكون الراكب في غالب الاعضاء الكفيه حكم السائق لا حكم القائد لانه يتعذر عليه الاحتراز عنه كالراكب ولان الراكب في غالب الاعضاء السائق ما وطئت الا ان الفرق بينهما ما ذكرناه والسائق والقائد سبب والمباشرة اولى وقيل الضمان عليهما لان كل واحد منهما سبب الضمان قال واذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما لكل واحد منهما ربع دية صاحبه لان كل واحد منهما قتل خطأ صاحبه بفعل هو مضاف اليه وهو ركوبه دابته وتسييره اياها وعلى عاقلة كل واحد منهما ربع دية نفسه لان كل واحد منهما قتل نفسه وصاحبه جراحة او جنى عليه قارعة الطريق بدابته فمات فعلى عاقلته

بها الارسال لو اصطيادا فهدر لانتسبب الا بهما انتهى قال ولو ارسل بهيمة فاتلفت زرعا على قوم ضمن المرسل ان لم تكن عينا او سما لانه طريق الخير ولو نفحت برجلها او انفلتت الدابة فاصابت مالا او ادمية ليلا او نهارا لا ضمان على صاحبها لقوله عليه السلام جرح العجماء جبار وقال محمد رحمه الله هي للمنفلتة ليلا لان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال واخواته شاة لقصاب فقئت عينها فيها قيمتها لان المقصود منها هو اللحم قلا يتغير الا النقصان في عين ضرة او جزور او ربع القيمة ولذا في عين الحمار والبغل والفرس قال الشافعي رحمه الله فيه النقصان ايضا اعتبارا بالشاة وما روي انه عليه السلام قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضي الله عنه لان فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال فمن هذا الوجه تشبه الادمي قد تمسك الاكل فمن هذا الوجه تشبه المأكولات فملنا بالتشبيه بالشبهين الادمي في ايجاب الربع بالشبه الآخر في نفي النصف ولانا امكن اقامة العمل بهما باربعة اعين عينا هما وعينا المستعمل فكانها ذات اعين اربعة فيجب الربع لكل واحد منهما قال ومن سار على دابة في الطريق فضمن بها رجلا او بحملها فنفحت رجلا او ضربته بيدها او نفرت فعقرته كان ذلك على الناخس دون الراكب هو المروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما

بل قد يكون بالنص كما في السلم والاجارة وبقاء الصوم في النسيان وقد يكون بالاجماع كما في الاستصناع وقد يكون بالضرورة كما في طهارة الحياض والآبار وقد يكون بالقياس الخفي وهو الاكثر كما صرح بذلك كله في كتب الاصول فالمراد بالاستحسان في قولهم ههنا وقلنا ه جواب الاستحسان هو القياس الخفي المقابل للقياس الجلي فلا اشكال قوله اما الارسال للاصطياد فمباح قال بعض الفضلاء نعم الا انه لم لا يكون مقيدا بشرط السلامة انتهى اقول جوابه نظير قول المصنف ولا بسبب الا يوصف التعدي فان كون الفعل المباح مقيدا بشرط السلامة انما هو فيما وجد فيه التعدي كما في المرور في طريق المسلمين حيث يوجد فيه سفل الطريق الذي هو حق العامة واما فيما لا يوجد فيه التعدي كما في الارسال للاصطياد فلا معنى للتقييد بشرط السلامة لان الضمان في امثال ذلك انما يتصور بالتسبب فلا ضمان اصلا وقد اوضح الفرق بين ارسال الدابة في الطريق وبين ارسال الكلب او البازي للاصطياد في الذخيرة حيث قال وجه الفرق ان ارسال الدابة في الطريق اذا لم تتبع مع الدابة وامكنه الاتباع تعد من صاحبه فما تولد منه يكون مضمونا عليه فاما ارسال الكلب والبازي من غير اتباع معه فليس بتعد منه لانه لا يمكنه الاتباع والمسبب في الاتلاف لا يضمن الا اذا كان متعديا انتهى تبصر قوله ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال واخواته وهي السوق والقود والركوب كذا في عامة الشروح قال في النهاية بعد بيانها على انمط الكريم كان من حق اللفظ ان يقول من الارسال واخواته او يقول من الارسال واخواتها بتاويل الكلمة اذ السوق او القود لما كان اخصا لا خالا للارسال كان الارسال اخصا ايضا والا يلزم جعل بعض اسباب التعدي اخا وبعضها اخصا من غير دليل انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن النهاية وليس بشئ لانه ليس ههنا مونث معنوي حتى يناقش على ذلك انتهى اقول ليس هذا بدافع لما قاله صاحب النهاية فانه لم لا يقال كان من حق اللفظ ان يوتى باداة التانيث العبية حتى يقال ليس ههنا مونث معنوي يقتضي الاتيان باداه التانيث بل قال كان حقه ان يجعل اسباب التعدي في فرق واحد من التذكير والتانيث بان يقال من الارسال واشباله او يقال من الارسال واخواتها والا يلزم جعل بعضها مذكرا وبعضها مونثا من غير امر يدعو اليه وما ذكره صاحب العناية لا يدفع ذلك لامحاله ثم اقول الوجه في دفع ذلك ان يقال لما جاز تذكير كل واحد من تلك الاسباب باعتبار ما في ظاهر لفظ كل واحد منها وفي معناه من التذكير وجاز تانيث كل واحد منها بتاويل لفظ بالكلمة او تاويل معناه بالفعل صح في كل واحد منها الوجهان ثم ان المصنف رحمه الله لما قصد رعاية صنعة المطابقة وهي الجمع بين الضدين كما في قوله تعالى ولكم في القصاص حيوة على ما عرف ذكر بعض تلك الاسباب وانث بعضها فقال من الارسال واخواته تدبر تقف قوله ولنا ما روي ان النبي عليه السلام قضى في عين الدابة بربع القيمة قال في العناية فان قيل يجوز ان يكون قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما لا يوكل لحمه فالجواب ان المعنى الذي اوجب ذلك في غير المأكول من الحمل والركوب والزينة والجمال والعمل موجود في ماكول اللحم فيلحق به انتهى اقول في الجواب نظر اذ لما نع ان يمنع ان المعنى الذي اوجب ذلك في غير ماكول اللحم تلك الامور المذكورة وحدها لجواز ان يكون ان لا يقصد منه اللحم اصلا كما يقصد ذلك من الشاة واضرابها وذلك المعنى ايضا وهو غير موجود في ماكول اللحم اذ قصد منه اللحم كما يقصد تلك الامور المذكورة ايضا فلا يتم الالحاق كما لا يخفى قوله ولان فيها مقاصد سوى اللحم الى آخره اقول فيه كلام اما اولا فلان هذا الدليل لا يتمشى في غير ماكول اللحم كالحمار والبغل والفرس بل هو محكم لعكاسه يقتضي ان يكون الجواب في غير ماكول اللحم غير الجواب في ماكول اللحم مع ان الجواب فيهما متحد وان كلا منهما داخل في المدعى ههنا واما ثانيا فلان قوله لشبه الادمي في ايجاب الربع يعني عملنا بشبه الادمي في ايجاب الربع ليس بواضح لان شبه الادمي لا يقتضي ايجاب الربع بل يقتضي ايجاب النصف لان الواجب في الآدمي في الجناية المرتبة هو النصف واما ايجاب الربع بمجموع الشبهين كيف ولو كان المقتضي لايجاب الربع شبه الآدمي فقط لما احتيج الى العمل بالشبه الآخر كما لا يخفى فالظاهر في الاداء ان يقال فعلنا

تا الخلاف

ولان الراكب لو ركب مدفوعا عن بدفع الناخس فاضيف فعل الدابة اليه كانه فعله بيده لان الناخس متعد في تسببه والراكب فعله غير متعد فيرجح جانبه الترجيح للتعدي حتى لو كان اتلافا ابتداء على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس لانه متعد في التسبب وفيه الان نية على عاقلة الناخس كما في حمله ص لانه عامله قال ولو ان الراكب هو الجاني على نفسه وان الف الراكب فعقلته كان دينه على عاقلة الناخس لانه متعد في تسببه وفيه الان نية على عاقلة الناخس كما في حمله ص لانه عامله قال ولو ان الراكب هو الجاني على نفسه وان الف الراكب فعقلته كان دينه على عاقلة الناخس لانه متعد في تسببه وفيه الان نية على عاقلة الناخس كما في حمله ص لانه عامله قال ولو وطئت بحمله على رجل او وقعت فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب لما بيناه والواقف ملحق الذي يسير في ذلك سواء وعن ابي يوسف انه يجب الضمان على الناخس في الراكب مخصوصين لان الكل حصل بفعل الراكب وطئ الدابة والناخس مضاف الى الناخس فيجب الضمان عليهما وان تخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نخسها لانه امره بما يملكه اذ النخس في معنى السوق فصح امره به وانتقل اليه فعل الامر قال ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما نصفان جميعا اذا كانت في فورها الذي نخسها لان سيرها في تلك الحالة مضاف اليهما الا ان بناء له على السوق ولا بناء له من حيث انه الكلاف فمن هذا الوجه تقصر عليه والركوب ان كان علة بلوطئ فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط او علة للسير والسير علة للوطئ وهذا لا يوجب سقوط العلة بكمالها نوع في بيرجح عليه على قاعدة الطرق وقد قالوا انه عليها الا ان النخس شرط علة اخرى دون علة الجرح كذا هذا ثم قيل يرجع الناخس على الراكب بالضمان لانه لا يطاعه لانه فعل بامره وقيل لا يرجع وهو الاصح فيما اذا لا يطاعه لانه لغرامته بالاطاعة والنخس يفصل عنه وهما اذا امر صبيا بالسير حتى وطئ انسانا وتحتها فعقلته فعلى عاقلة الصبي فانهم لا يرجعون على الامر لانه امره بالسير الذي لا يطاعه لانفصال عنه وكذا اذا قال له سر حتى تقتل به اخرجه فمن لا يرجع على الامر ثم الناخس لانه لا يطاعه في قوله حتى يكون السوق مضافا الى الراكب لانقطاع اثر النخس فبقي السوق مضافا الى الراكب على الكمال ومن قاد دابة فنفحها رجل فانفلتت من يده لا ضمان عليه في نفحها لانه امره بما يملكه اذ القود في معنى السوق فصح امره به وانتقل اليه فعل

باب جناية المملوك والجناية عليه

قال واذا جنى العبد جناية خطأ فللمولى ان يدفعه بها او يفديه وقال الشافعي رحمه الله جنايته في رقبته بياع فيها الا ان يفتديه المولى لان رقبته محل الجناية وثمنه محل الاستيفاء والاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم لان الاصل في ايجاب الجناية ان يجب على الملتلف لانه هو الجاني الا ان العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد لان العقل عندي بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فتجب في ذمته كما في الذمي ويتعلق برقبته يباع فيه كما في الجناية على المال

فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفي عتق العبد نصف الدية يدفع مولاه او يفديه على ما صححوا به اذا كان النخس باذن الراكب انتهى اقول بحثه ساقط فان مراد صاحب العناية ان جواب هذه المسئلة على وجه الاطلاق من غير تفصيل كما ذكر في الكتاب انما هو فيما اذا نخس بغير اذن الراكب لانه لا يتصور كون الضمان في رقبته في شئ من الصور الا اذا كان نخس بغير اذن الراكب لانه حينئذ يتصور حتى يحتاج عليه ان في صورة التلف بالوطئ في فور النخس يجب على عاقلة الراكب نصف الدية وفي رقبة العبد نصفها اذا كان النخس باذن الراكب كما صرحوا به ويرشد الى كون مراد صاحب العناية ما ذكرناه ان صاحب النهاية وغيره قالوا في شرح قول المصنف والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته هذا اذا نخسه بغير اذن الراكب اما اذا نخسه باذن الراكب فلا يخلو اما ان كانت من الدابة نفخة او وطئ فقد ذكر حكمها في المبسوط وهاك عبارته اذا كان الرجل يسير في الطريق فامر عبد الغير فنخس دابته فنفحت فلا ضمان على واحد منهما لان فعل المأمور كفعل الآمر عبدا كان او مأمورا وان وطئت في فورها ذلك انسانا فقتلته فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفي عتق العبد نصف الدية يدفعه مولاه او يفديه بمنزلة السابق مع الراكب الا ان المولى يرجع على الآمر بأقل من قيمة العبد ومن نصف الدية لانه صار غاصبا للعبد باستعماله اياه في نخس الدابة فاذا لحقه ضمان بذلك السبب كان للمولى ان يرجع به على المستعمل انتهى قال

باب جناية المملوك والجناية عليه لما فرغ من بيان احكام جناية المالك وهو الحر والجناية عليه شرع في بيان احكام جناية المملوك وهو العبد وآخره لانحطاط رتبة العبد عن رتبة الحر كذا في الشروح اقول فيه شئ وهو ان لقائل ان يقول ما وقع الفراغ من بيان احكام جناية الحر مطلقا بل بقي منه بيان حكم جناية الحر على العبد وهو انما يتبين في هذا الباب وكذا ما وقع الفراغ من بيان حكم جناية العبد على الحر وهو ايضا انما يتبين في هذا الباب فالاظهر ان يقال لما فرغ من بيان جناية الحر على الحر شرع في بيان جناية المملوك والجناية عليه ولما كان فيه تعلق بالمملوك التبعة من جانب آخره لانحطاط رتبة المملوك عن المالك ثم قال صاحب العناية لا يقال العبد لا يكون ادنى منزلة من البهيمة فكيف آخر باب جناية عن باب جناية البهيمة لان جناية البهيمة كانت باعتبار الراكب او السايق او القايد وهم ملاك انتهى اقول فيه ايضا نفي اذ لقائل ان يقول ان اراد ان جناية البهيمة كانت التبعة باعتبار الراكب والسايق او القائد فهو ممنوع فان جنايتها بطريق النفحة برجلها او ذنبها وهي تسير لا يكون باعتبار احد منهم والا لوجب عليهم الضمان في تلك الصورة وليس كذلك كما عرف في بابها وكذا الحال فيما اذا اصابت بيدها او رجلها حصاة او نواة او اثارت غبارا او حجرا صغيرا فقاءت عين انسان او افسدت ثوبه وكذا اذا انفلتت فاصابت مالا او آدميا ليلا او نهارا كما عرف كل ذلك ايضا في بابها وان اراد ان جنايتها قد يكون باعتبار احد منهم فهو مسلم ولكن لا تتم به تمام التقريب ويمكن ان يقال الصور التي لا يجب فيها من فعل البهيمة ضمان على احد بل يكون فعلها هدرا مما لا يترتب عليه حكم من احكام الجناية في الشرع وانما ذكرت في بابها استطرادا والبناء الكلام ههنا على ما يترتب عليه حكم من الاحكام الشرعية فتتم التقريب **قوله** والمسئلة مختلفة بين الصحابة رض قال في الكافي والكفاية فعن ابن عباس رض مثل مذهبنا وعن عمر وعلي رضي الله عنهما مثل مذهبه وقال تاج الشريعة عن ابن عباس رض كما هو مذهبنا وعن عمر وعلي رض كما هو مذهبهما فانهما قالا العبد الجاني اموالهم وجناياتهم في قيمتهم اه ثم انهم قال في غاية البيان روى اصحابنا كالقدوري وغيره في كتبهم عن عباس رض انه قال اذا جنى العبد ان شاء مولاه دفعه وان شاء فداه وعن عمر رض انه قال عبيد الناس اموالهم وجناياتهم في قيمتهم وعن علي رض مثله وقال في معراج الدراية روى عن علي رض انه قال عبيد الناس اموالهم جراحاتهم في رقاب الناس كمذهبنا وبهذا روى عن ابن عباس ومعاذ بن جبل وابي عبيدة بن الجراح رضي الله عنهم وروى عن عمر رض مثل مذهبه فانه قال عبيد الناس اموالهم جراحاتهم في قيمتهم اي في اثمانهم لان الثمن قيمة العبد وقال في العناية فعن ابن عباس رض مثل مذهبنا قال اذا جنى العبد ان شاء دفعه وان شاء فداه وبهذا روى عن علي رض ومعاذ بن جبل وغيرهما وروى عن عمر رضي مثل مذهبه قال عبيد الناس اموالهم جراحاتهم

ولنا ان الاصل في الجناية على الآدمي حالة الخطأ ان تتبدأ عن الجاني ثم رأى استيصال الاجحاف به اذ هو معذور فيه حيث تعتبر الجناية وتجب على عاقلة الجاني اذ كان له عاقلة والمولى عاقلته كان العبد ينتصر به ولا اصل له حتى تعتبر عاقلته عند عدمنا الا ترى ان اهل الديوان لما لم يكن لهم عاقلة يعاقلون فيما بينهم فلو جنى احدهم جناية تجب في ثلاث سنين وتجلاف الجناية على المال لان العاقلة تعقل المال لانه يخاطر بها في الدفع والقصاص لانه يخاطر بها في اثبات الخيار فوع تخفيف في حقه كيلا يتناصل عبيان لو جب لاصحاب الدم والدين في رقبته وهذا ليسقط الموجب بموت المولى فوات محل الواجب ان كان لا حق النقل الى الخلف اذ لو لا الذكرة تجلاف مولد الجاني الحر اذ الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء وعهار كالعبد في مرتبة نظر قال فان دفعه سقط وان فداه فداه بما شاء وكذلك يلزمه لا مالدم خلون التاجيل في الاعيان بالاجل وهذا اختياره الواجب عين

فيتهم اي في اثمانهم لان الثمن قيمة العبد انتهى اقول قد اضطربت كلماتهم في الرواية عن علي رض فبعضهم نقل الرواية عنه مثل مذهب الخصم وبعضهم نقلها عنه مثل مذهبنا كما ترى ثم اقول قد خالف الكل ههنا صاحب البدائع حيث قال ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روي عن علي رض وعبد الله بن عباس رض مثل مذهبنا بمحضر من الصحابة رض ولم ينقل الانكار عليهما من احد منهم فيكون اجماعا منهم انتهى ولا يخفى انه يخالف قول العامة والسنة مختلفة بين الصحابة رضي الله تعالى عنهم

قوله ولنا ان الاصل في الجناية على الآدمي في حالة الخطأ ان تتبدأ عن الجاني الى آخره قال صاحب العناية فيه بحث وهو ان الحكم في المسئلة تختلف فان حكمها عندنا الوجوب على المولى وعنده الوجوب على العبد كما ذكرناه وهو بناء على اصل ونحن على اصل فمن اين لقوم لاحد نا حجة على الآخر ويمكن ان يقال لما شرع في جعل وجوب موجب جناية في ذمته كوجوب الدين في ذمته وكوجوب الجناية على المال فنحن اذا بينا الفرق بينها بقي اصله بلا اصل فبطل وقد بين المصنف رح ذلك بقوله بخلاف الذمي فانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فيجب في ذمته صيانة للدم على البدل وبقوله وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل المال فيجب في ذمته واما اصلنا فهو ثلث في نفسه مستند الى النص الذي لا يعقل البطالة ليس بمقيس على ما يبطل بابداء الفارق الى ههنا كلامه اقول جوابه ليس تاما اولا ولا ثانيا اما اولا فلانه لا شك ان مدار دليل الشافعي رح ليس على قياس وجوب موجب جناية العبد في ذمته على وجوب الدين في ذمته ووجوب الجناية على المال في ذمته حتى يلزم من بيان الفرق بين المقيس والمقيس عليه ان يبقى مذهبه بلا اصل بل مدار دليله على ان لا عاقلة للعبد بناء على ان العقل عنده بالقرابة لا غير وانما ذكر وجوب الدين في ذمته ووجوب الجناية على المال في ذمته في ذيل دليله لمجرد التنظير كما يرشد الى ذلك كلمة تقرير المصنف رح فلا يلزم من بيان الفرق بين مسئلتنا وبين ما ذكره بطريق التنظير بقاء اصله بلا اصل كما لا يخفى واما ثانيا فلان للشافعي رح ان يقول كما ان اصلكم مستند الى النص وهو ما روي عن ابن عباس رض وغيره كذلك اصلي مستند الى النص وهو ما روي عن عمر رض ليس بمقيس على ما يبطل بابداء الفرق ثم اقول الحق في الجواب عن البحث المذكور ان يقال الكلام في تعليل هذه المسئلة من قبيل رد المختلف الى المختلف وهو ان العاقلة من هي فقال الشافعي رح هي اهل العشيرة وقلنا هي اهل النصرة وقد ذكرنا ذلك في اوائل كتاب المعاقل مدللا ومفصلا وقد قامت لنا حجة على الشافعي رح هناك فاكتفينا ههنا بجعل ذلك المختلف اصلا لهذا المختلف كما ترى قوله والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به قال بعض الفضلاء ليس ينخالف هذا حديث لا يعقل العواقل عمدا ولا عبدا انتهى وقال صاحب التسهيل يشكل هذا على قول ابي حنيفة رح اذا العبد اذا جنى على الحر لا يعقله العاقلة عنده فلا يصح هذا التعليل على مذهبه انتهى وذكره ايضا بعض العلماء في حاشية على شرح صدر الشريعة للوقاية اخذا من التسهيل كما هو حاله في اكثر ايراداته في تلك الحاشية اقول في الجواب عما ذكره كلهم ههنا ان لفظة العاقلة انما تطلق على الجماعة لا على الواحد كما يفصح عنه كلام اهل اللغة وكلمات اهل اللغة ايضا فان الفقهاء قالوا العاقلة الذين يتحملون الديون ويؤدون العقل وسماه الدية كما يجيء في الكتاب في اول المعاقل وقال في المغرب العاقلة هي الجماعة التي تعرف اليه عشيرة الرجل او اهل ديوانه اي الذين يرتزقون عن ديوان على حدة انتهى وقال في الصحاح وعاقلة الرجل عصبته وهم القرابة من قبل الاب الذين يعطون الدية من قبائلها وقال اهل العراق هم اصحاب الدواوين انتهى الى غير ذلك من عبارات كتب اللغة فاذا تقرر هذا تبين ان المراد بما في الحديث ان العواقل التي هي الجماعات لا يعقل عبدا كما يعقل حرا وان مذهب ابي حنيفة هو ان العبد اذا جنى على الحر لا يعقله العاقلة اي الجماعة بل يلزم مولاه جناية نحو المصنف رح وغيره هنا والمولى عاقلته من قبيل التشبيه البليغ ومعناه والمولى كعاقلته لان العبد يستنصر به كما يستنصر الحر بعاقلته يرشد اليه قول صاحب الكافي في كتاب المعاقل واما تحمل العاقلة جناية العبد على حر لان المولى في كونه مخاطبا بجناية العبد بمنزلة العاقلة ولا تحمل عن العاقلة نحو هم فكذا لا تحمل جناية العبد عاقلة مولاه انتهى فلا يخالف ما ذكره ههنا حديث لا يعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا يشكل هذا على مذهب ائمتنا من ان العبد

وله الفداء فلانه جعل بدلا عن نفسه فيتقدر بالمتلف ويفدى به فقد رجح جانب كونه كالعبد لهما العتاق وغيره اشتمل على الجناية غير اما الدفع فلان حقه متعلق برقبته فتفاوت بينه وبين المرتهنة سقط دينه لا يحق له الا المرتهن فاذا افتداه يصير حقه بدلا عنه فكان له ان يختار تسليم العبد ليباع في حقه فيكون له ان يختار تسليم العبد ليباع في حق المجني عليه فتوافت حقه على ما بينا وان مات بعد ما اختار الفداء لم يبرأ لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى قال فان عاد فجنى فان حكم الجناية الثانية حكم الجناية الاولى لما مضى بعد الفداء الا انه لما طرأ عن الجناية بالفداء جعل كان لم يكن وهذا ابتداء جناية قال ولو جنى جنايتين قبل الدفع او اكثر تدفعه في الجنايتين قسمة على قدر حقهما واما ان تفديه بارش كل واحد منهما لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلازمة بخلاف الاتري ان ملك المولى لا يمنع تعلق الجناية التي جناها قبل ان يملكه المولى ولان لا يمنع ومعنى قوله على قدر حقهما على قدر ارش جنايتهما وان كانوا جماعة يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم وان كان بعضهم ارش جنايته اكثر مما ذكرنا ولو قتل احدهما وقفي الخ يقتسمانه اثلاثا لان ارش العين على النصف من ارش النفس فحكم الكل حكم الكل والمولى يقفى من بعضهم ويدفع الى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد لان الحقوق تختلف باختلاف اسبابها وفي الجنايات المختلفة تجاوز مقتول العبد اذا كان له وليان لم يكن ان يفدى من احدهما دون قرابة الآخر لان الحق تعلق لا لاجل سببه وفي الجناية الحق تعلق لاجل سببه والحق يجب للمقتول ثم للوارث فاختلفوا فلا علاك الترتيب في موجبهما قال فان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن ارشهما وان اعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الارش كان الاول او تولد حقه فيضمنه وحقه في اقلهما ولا يصير مختارا للفداء لانه لا اختيار بدون العلم وفي الثاني صار مختارا لان الاعتاق صنيعه من الدفع فلا اقل ام عليه اختيار منه للآخر وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاد كل ذلك لانه يمنع الدفع لزوال الملك بتجارف الاقرار على ما ذكرناه في النظائر فيستحقه المقر له باقرار المولى اشبه البيع واطلاق الجواب في الكتاب يتناول النفس وما دونها وكذا النص لا يختلف في اطلاق البيع بشرط الخيار لان الزوال بتجارف الكتابة الفاسدة دون موجبه يثبت قبل قبض البدل فيصير بمنزلة اختياره وكوله بيعا فاسدا لم يصر مختارا حتى يسلمه لان المستحق له اختار بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع واعتاق المجني عليه ام المولى بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرنا لان فعل المأمور مضاف اليه ولو فقئه فنقصه فهو مختار اذا كان عالما بالجناية لانه جنس جرمه متذكرا اذا كانت بكرا فوطئها وان لم يكن متذكرا لما قلنا بخلاف التزويج لانه عيب من حيث الحكم وتخلاف ما اذا ثيب على ظاهر الرواية لانه لا يتفق من غير اعلاق وتخلاف الاستخدام لانه لا يختص بالملك وله ان الاسقاط بيع بخيار الشرط وكما لا يصير مختارا بالاجارة والرهن في الاظهر

اذا جنى على الحر لا يعقله العاقلة قوله وامّا الفداء فلانه جعل بدلا عن العبد في الشرع وان كان متدرا بالتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فيجب حالا كالمبدل قال في العناية كون الشيء بدلا عن شيء لا تستلزم الاتحاد في الحكم الا يرى ان المال قد يقع بدلا عن القصاص ولم يتحد في الحكم فان القصاص لا يتعلق به حق الموصى له واذا صار مالا تعلق به وكذلك التيمم بدل عن الوضوء والنية من شرطه دون الاصل غير ذلك واجيب بان الفداء لما وجب بمقابلة الجناية في النفس او بعضو اشبه الدية والارش وما ثبتا موجلا وذلك يقتضي كون الفداء كذلك ولما اختاره المولى كان دينا في ذمته كسائر الديون وذلك يقتضي كونه كذلك اي كسائر الديون حالا الان الاجل في الديون عارض ولهذا لا يثبت الا بالشرط كما تقدم فتعارض جانب الحلول والاجل فيرجح جانب الحلول يكونه فرع اصل حال موافقة بين الاصل وفرعه وهذا كلام حسن وان لم يكن في لفظ المصنف ما يشعر به انتهى اقول بل هو كلام قبيح لان الموافقة في الحكم بين الاصل وفرعه ان كانت امرا لازما او راجحا يرتفع السؤال عن اصله ويكفي ذكر هذه المقدمة في الجواب عنه ولصيرورة المقدمات المذكورة في الجواب المزبور مستدركة جدا وان لم يكن امرا لازما ولا راجحا فكيف يتم ترجيح جانب الحلول بكونه فرع اصل حال وقال في العناية ويجوز ان يقال الاصل ان لا يفارق الفرع الاصل الا بامر ضروري فان الاصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بامر ضروري ولمسائل الامور الضرورية تغيرت بذلك لان القصاص غير صالح لان يكون الموصى له بالمال فلا تتعلق حقه به والتراب غير مطهر لطبعه فلم يكن بد من الحاق النية به ليكون مطهرا شرعا بخلاف المال فيما نحن فيه ليس امر ضروري يمنعه عن الحلول الذي هو حكم اصله فيكون بالحقا به انتهى اقول فيه بحث اذ كان حاصل السؤال ان كون الشيء بدلا عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم فيلزم ان يكون المراد في الجواب بقوله الاصل ان لا يفارق الفرع الاصل الا بامر ضروري هو ان الاصل ان لا يفارقه في الحكم الا بامر ضروري ولا يدل عليه التعليل الذي ذكره بقوله فان الاصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بامر ضروري اذ الظاهر ان معنى كون الاصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بامر ضروري هو كونه عندهم عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير حكمها بعد ان تغيرت نفسها الا بالضرورة والمطلوب فيما نحن فيه هو الثاني دون الاول فلا تتم التقريب بل تفهم قوله وامّا الفداء فلانه

لا حق له الا بالارش اقول فيه اشكال سيماني الحصر اذ قد تقرر فيما قبل ان الواجب الاصلي في جناية العبد هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد فلو ان محل الواجب الا امكان للمولى حق النقل الى الفداء كما في مال الزكوة فاذن كان حق ولي الجناية منحصرا في الدفع على ما هو الواجب الاصلي في جناية العبد فالم يخير فيه فما معنى حصره في الارش بقوله لا حق له الا بالارش وهل يكون هذا نقضا لما ذكره قبيله بقوله اما الدفع فلان حقه متعلق به قوله واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونها يريد به قوله ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها وقيل يريد به قوله في اول الباب واذا جنى العبد جناية خطاء فانه ينتظم النفس وما دونها اذ في العناية اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة انه لا سداد لما ذكر ثانيا لان تاخير التعرض لاطلاق ما في اول الباب الى هنا مع كونه بعيدا عن نهج السداد في

[illegible] قال [illegible] قال [illegible] قال [illegible]

[illegible] قال [illegible]

نفسه يمنع عن الحمل عليه قول المصنف ره واطلاق الجواب لان الاطلاق هناك في المسكتة لا في الجواب كما لا يخفى على ذوي الالباب فالمراد هو الاول لا غير قوله وكذا بالاذن في التجارة وان ركبه دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقض الرقبة اقول في التعليل شيء وهو انه ان اراد ان الاذن في التجارة وان ركبه دين لا يفوت الدفع بغير رضى ولي الجناية فهو ممنوع كيف وقد قال متصلا به الا ان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله واذا كان لذلك لا يفوت الدفع بغير رضاه قطعا وان اراد انه لا يفوت الدفع برضاه ولي الجناية فهو مسلم لكن يلزم حينئذ ان ينقض هذا التعليل بما لو ضرب المولى العبد الجاني فقتله فانه يصير مختارا للفداء بناء على ما ذكرنا انفا مع انه يجري ان يقال هناك ايضا ان الضرب ان اقتصه لا يفوت الدفع برضى ولي الجناية فانه اذا رضي ان يأخذه فاقتصاه والاضمان على المولى جاز كما صرحوا به ويمكن الجواب عنه بان قوله ولا ينقض الرقبة من تمام التعليل ففي صوره ما اذا ضربه فيقتضي ان لم يفت الدفع برضى ولي الجناية نقصت الرقبة فالتعليل المذكور هنالك لم يجر بتمامه هناك فلم ينقض بذلك نعم في تمام قوله ولا ينقض الرقبة فيما اذا ركبه دين كلام لان وجوب الدين في ذمة العبد لنقصان لا لان الغرماء يتبعون مولى الجناية اذا دفع العبد اليه فيتبعونه بدليونهم كما صرح به جمهور الشراح في شرح قول المصنف ره الا ان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى وعن هذا قال صاحب الكافي ولكن الرقبة قد انتقصت عند لحوق الدين بسبب من جهة المولى وهو الاذن وكان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله ناقصا فيلزم المولى قيمته انتهى فتامل قوله ووجه ذلك هو انه اذا لم يتعلق دسري تبين ان الصلح وقع باطلا قال صاحب العناية في شرح هذا المحل يريد بيان الفرق بين ما اذا اعتق وبين ما اذا لم يعتق انه اذا لم يعتق وسري تبين ان الصلح اي الدفع وقع باطلا وسماه صلحا بناء على ما اختاره بعض المشايخ ان الموجب الاصلي هو الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجناية انتهى واقتفى اثره الشارح العيني اقول فيه نظر لان المصنف ره صرح فيما مر بان الموجب الاصلي هو الدفع في الصحيح وقال هناك الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب فكيف يتم تسمية الدفع هنا صلحا على البناء على خلاف ما اختاره وصححه نفسه فيما قيل وخلاف ما عليه جمهور المحققين من مشايخنا حتى ان صاحب الاسرار بعد ما ذكره ما اختاره بعض المشايخ من ان الواجب الاصلي هو الارش قال الرواية بخلاف هذا في غير موضع وقد نص محمد بن الحسن ان الواجب هو العبد انتهى ثم اقول الحق عندي ان يحمل تسمية الدفع هنا صلحا على المشاكلة بان عبر عن الدفع بالصلح توفيرا لذكره في صحته ما هو صلح وهو ما اذا اعتقه تدبر ترشد قوله والباطل لا يورث الشبهة كما اذا وطئ المطلقة الثلث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه اقول فيه بحث وهو انه ان اراد ان الباطل لا يورث الشبهة فيما اذا علم ببطلانه كما هو الظاهر مما ذكره في نظيره حيث قال فيمن مع العلم بحرمتها عليه فهو مسلم لكن لا يجدي نفعا ههنا لان الدافع لم يعلم ان القطع يسري فيكون موجبه القود بل ظن انه لا يسري وكان موجبه المال وان اراد ان الباطل لا يورث الشبهة وان لم يعلم ببطلانه فهو ممنوع لا يرى انه اذا وطئ المطلقة الثلث في عدتها ولم يعلم بحرمتها عليه بل ظن انها تحل له فانه يورث الشبهة فيدرء الحد كما صرحوا به في كتاب الحدود وفهم ايضا ههنا من قوله مع العلم بحرمتها عليه قوله واما ههنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم تبطل الجناية لم يمتنع العقوبة اقول يرد عليه انه ان اريد بقوله

ومن اعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وانت امتي وقالت بل قطعتها وانا حرة فالقول قولها كذلك كما لو اختلفا في الجهر والخفية استحسانا وعند ابي حنيفة ولا يرجع بها على احد لانه لا يضمن بالاقرار ما لا يضمن بالغصب والقتل ولهما ان الاقرار بالقطع اقرار بالرق لانه لا يقطع الا في السرقة وهي لا تتم الا بالرق فكان اقرارا بالرق ايضا وهو اقرار على غيره لان الرق يثبت على الام ثم يسري الى الولد والعقر والولد يضمنان بالغصب والقتل ولا يضمنان بالاقرار فكان الاقرار اقرارا على غيره فلا يقبل ولان الاقرار بالرق اقرار بالمال لان الرقيق مال ثم هو اقرار على الغير لان الرق يثبت على الام ثم يسري الى الولد والعقر والولد يضمنان بالغصب والقتل ولا يضمنان بالاقرار فكان الاقرار اقرارا على الغير

فصل ومن قتل عبدا محطا قيمته لاخر اعلى عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف درهم او اكثر قضى له بعشرة آلاف درهم وفي لامة اذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف عشرة دراهم عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف والشافعي رح يجب قيمته بالغة ما بلغت ولو غصب عبدا قيمته عشرون الفا فهلك في يده يجب قيمته بالغة ما بلغت كهما ان الضمان بدل المالية ولهذا يجب المولى دون العبد لان المالية حق المولى دون العبد ولو قتل العبد المبيع قبل القبض بطل العقد ويقاؤه يبقاء المالية اصلا او بدلا وصار كقتل القيمي المغصوب ولابي حنيفة ومحمد رح قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله اوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية اعلاها فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب بمقابلة المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال وبقاء العقد يتبع الفائت لا حق يبقى بعد قتل عمدا وان لم يكن القصاص بدلا عن المالية فكذلك امر الدية

لا بسبب دين في الذمة كما في مسألة بيع الفضولي وهو ان فضوليا باع عند انسان كله وفضوليا آخر باع نصفه واجاز المولى البيعين كان العبد بين المشتريين ارباعا وكانت القسمة بطريق المنازعة لان الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند المزاحمة لان العين الواحدة تضيق عن الحقين على وجه الكمال ولما ثبت هذا قال ابو يوسف رح ومحمد رح في مسألتنا هذه ثلثة ارباع العبد المدفوع لولي الخطاء وربعه للساكت من ولي العمد لان حق ولي العمد كان في جميع الرقبة فاذا اعفا احدهما بطل حقه وفرغ النصف فيتعلق حق ولي الخطاء بهذا النصف بلا منازعة لبقي النصف الآخر واستوت منازعة ولي الخطاء والساكت من ولي العمد من هذا النصف فصار هذا النصف بينهما نصفين فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة ارباعا كما في مسألة الفضوليين ولابي حنيفة رحمه الله ان اصل حقهما ليس في عين العبد بل في الارش الذي هو بدل المتلف والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة وهذا لان حق ولي الخطاء في عشرة حق شريكه العافي في خمسة فيضرب كل واحد منهما بحصته كرجل عليه ثلثة آلاف درهم الف لرجل والفان لاخرين فمات المديون وترك الفا كانت التركة بين صاحبي الدين اثلاثا بطريق العول والمضاربة ثلثها لصاحب الالفين وثلثها لصاحب الالف كذا ههنا بخلاف بيع الفضولي لان الملك يثبت للمشتري في العين ابتداء والى هذا اشار الامام قاضيخان والمحبوبي في الجامع الصغير الى هنا وقتفى اثره في هذا الشراح والبيان صاحبا العناية ومعراج الدراية اقول فيه نظر لان المصنف رح صرح في اوائل هذا الباب بان الواجب الاصلي في جناية المملوك هو الدفع ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات المحل الواجب وان كان للمولى حق انتقل الى الفداء كما في مال الزكوة وصرح به ايضا عامة الفقهاء في كتبهم فما معنى بناء قول ابي حنيفة رح في هذه المسألة على ان اصل حقهما ليس في عين العبد بل في الارش وهلا يقتضي هذا ان يكون الواجب الاصلي في جناية المملوك هو الفداء دون دفع عين العبد ثم ان قول المصنف رح في بيان طريقة ابي حنيفة رحمه الله ههنا لان الحق تعلق بالرقبة ينبو عما ذكره هولاء الشراح في تعليل قول ابي حنيفة رح في هذه المسألة كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة

فصل لما فرغ من بيان احكام جناية العبد شرع في بيان احكام الجناية على العبد وقدم الاول ترجيحا لجانب الفاعلية كذا في العناية وهو حق الاداء وقال في النهاية وغاية البيان انما قدم جناية العبيد على الجناية عليهم لان الفاعل قبل المفعول وجودا فكذا ترتيبا اقول فيه بحث لانه ان اريد ان ذات الفاعل قبل ذات المفعول وجودا فهو ممنوع اذ يجوز ان يكون وجود ذات المفعول قبل وجود ذات الفاعل مدة طويلة مثلا يجوز ان يكون عمر المجني عليه سبعين سنة او اكثر وعمر الجاني عشرين سنة او اقل وان اريد ان فاعلية الفاعل قبل مفعولية المفعول وجودا فهو ايضا ممنوع فان الفاعلية والمفعولية يوجدان معا في ان واحد وهو ان تعلق الفعل المتعدي بالمفعول بوقوعه عليه اذ قبل ذلك لا يتصف الفاعل بالفاعلية ولا المفعول بالمفعولية وكل ذلك غير خاف على الفطن العارف بالقواعد **قوله** ولابي حنيفة رح ومحمد رح قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله اوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية وجه الاستدلال ان الله تعالى اوجب الدية مطلقا فمن قتل خطاء حرا كان او عبدا او الدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية كذا في العناية وغيرها اقول فيه بحث اذ يجوز ان يقول لو كان الواجب فيمن قتل العبد ايضا خطاء هو الدية التي تكون واجبة بمقابلة الآدمية كان ينبغي ان لا تتفاوت ديات العبيد في المقدار لتساويهم في الآدمية كما لا تتفاوت ديات الاحرار في القيمة لتساويهم في ذلك وان كان بعضهم اشرف من بعض بوجوه شتى مع ان ديات العبيد تتفاوت في المقدار بحسب تفاوت قيمتهم كما هو المذهب فتامل **قوله** ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية اعلاها فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا بالاخلاف وفيه معنى المالية حتى ورد عليه

فى تقليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية لانه لا يتسامح فيه فقدرناه بقيمته راياً بالخلاف كثير القيمة لان قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف وتقصانها فى العبد اظهار لانحطاط رتبته وتقل العشرة بأثر عبد الله بن عباس رضى الله عنهما قال وفى يد العبد نصف قيمته لانه ادى خمسة لان الاصبع الادى خمسة فتعتبر بكله ويتقسط هذا المقدار لاظهار الانحطاط رتبته وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد لان القيمة فى العبد كالدية فى الحر اذ هو بدل الدم على ما قررنا وان غصب امة فقيمتها عشرون الفا فماتت فى يده فعليه تمام قيمتها لما بينا ان ضمان الغصب ضمان المالية قال ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك فان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه ولا اثر فيه عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد لا قصاص فى ذلك وعلى القاطع ارش اليد وما نقصه ذلك لان العتق لا يبطل العصمة والما يجب القصاص فى الوجه الاول لانه يتبين ان له الحق ان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فصار باعتبار حالة الجرح كأنه كان للمولى لتحقق الاشتباه ودفن الاستيفاء فلا يتحول وجه بستر وفيه الكلام واحتاج الى ان لا اشتباه لان الملكين فى الحالين يتخالفان العبد للمولى يخدمه ويرجع فى كسبه بخلاف الثانى لان مالكا منهما من الحق ثابت من وقت الجرح الى وقت الموت فاذا اجتمعا زال الاشتباه ولهذا يرد فى الجناية عليه وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى لان سبب الولاية قد اختلف لانه الملك على اعتبار احدى الحالتين والوراثة بالولاء على اعتبار الاخرى

الملك بالاخلاف والادمية اعلاها لاحالة فيجب اعتبارها باعلى الاولى عند تعذر الجمع بينهما اذا الحكم يقضى الى اهدارها جميعا لان الادمية اصل لقيام المالية بها وفى اهدار الاصل اهدار التابع واهدار احدهما اولى من اهدارهما انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء بانه منقوض بصورة الغصب فان فيها اهدار الاصل دون التابع انتهى اقول ليس هذا بوارد فان اهدار احدهما انما يتصور فيما اذا وجد اتلافهما معا فاعتبر احدهما واهدار الآخر بان يعطى لاتلاف احدهما حكم شرعى دون اتلاف الآخر كما فيما نحن فيه فان فى قتل العبد اتلاف آدميته ومالية معا بخلاف الغصب اذ ليس فيه اتلاف الآدمية اصلا وانما الحاصل به اتلاف المالية بازالة اليد المحقة عنه واثبات اليد المبطلة فيه كما اشار اليه المصنف ره بقوله وضمان الغصب بمقابلة المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال فحيث لم يوجد فيه اتلاف الآدمية لم يلزم فيه اهدار الاصل الذى هو الآدمية فان معنى اهداره ان لا يعطى لاتلافه حكم شرعى فاذا لم يوجد اتلافه لم يتصور ان يترتب عليه حكم شرعى فمن اين يلزم اهداره تفكر قوله وفى تقليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية الا انه لا يتسامح فيه فقدرناه بقيمته راياً اقول فيه اشكال اذ قد تقرر فى علم الاصول وشاع فى علم الفروع ايضا ان الراى والقياس لا يجريان فى المقادير بل انما تعرف المقادير بالسمع فكيف يجوز التقدير بالقيمة هنا بالراى من غير سمع وايضا ان العبيد لا تتفاوتون فى نفس الادمية لا محالة وعن هذا لا تتفاوتون فى شئ من تكاليف الشرع المتوجهة عليهم من حيث الآدمية كالتكليف بالايمان والصلوة والصوم وغيرها من شرائع المعاملات والعقوبات كما صرحوا به فكيف يتم تقدير الواجب عليهم بمقابلة الآدمية فيما نحن فيه بقيمتهم ومتفاوتون فى القيم قوله وان غصب امة قيمتها عشرون الفا فماتت فى يده فعليه تمام قيمتها اقول لقائل ان يقول ان كرر هذه المسئلة مرة فيما قبل حيث قال ولو غصب عبدا قيمته عشرون الفا وهلك فى يده يجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع فما وجه الاعادة هنا وتكرار مسئلة واحدة فى موضع قريب ليس من دأب المصنفين كما لا يخفى ويمكن ان يقال اصل المسئلة ما ذكره هنا فانه المذكور فى الجامع الصغير والبداية والذى ذكر فيما قبل انما هو بطريق الاستطراد فرقا بين مسئلة قتل العبد خطاء وبين مسئلة غصبه فى الحكم حيث يجب فى الاولى اقل من عشرة آلاف درهم اذا زادت قيمته على دية الحر عند ابى حنيفة ره ومحمد ره خلافا لابى يوسف ره واشار الى ان يجب فى الثانية قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع وجمعا بدليلى تينك المسئلتين فى البيان فى موضع واحد قوله وانما لا يجب القصاص فى الوجه الاول لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه واعترض عليه بعض العلماء بانه ما معنى هذا التردد وقد صرحوا فيما ضرب الامة الحاملة فاعتق المولى الامة ثم القيه جنينا فمات الولد بالضربة المعتبرة حالة الضرب حتى تجب القيمة لا الدية انتهى اقول ليس هذا شيئا اذ قد صرحوا فى بيان تلك المسئلة بانا اعتبرنا حالتى الضرب والتلف معا فاوجبنا القيمة دون الدية اعتبارا لحالة الضرب واوجبنا قيمته حيا اعتبارا لحالة التلف وقد مر ذلك فى الكتاب وشرحه مفصلا فى اواخر فصل الجنين فكان ذلك ليس بمحض حفظ بعض ما صرحوا به هناك ونسى بعضه فزعم ان المعتبر هناك حالة الضرب فقط قوله وفيه الكلام قال صاحب النهاية اى الكلام فيما اذا كان العبد ورثته سوى المولى وقال وصل شيخى بخطه الضمير فى وفيه الى وتعذر الاستيفاء ولكن مال ذلك الى ما قلنا انتهى وقال صاحب الكفاية قوله وفيه الكلام اى فى وجوبه على وجه يستوفى والكلام فى اصل الوجوب لان الوجوب لافادة الاستيفاء فاذا فات المطلوب منه سقط اعتباره انتهى وقال صاحب العناية قوله وفيه الكلام اى كلام فى تحقق اشتباه من له حق القصاص يعنى ان تعذر استيفاء القصاص لتحقق اشتباه من له الاستيفاء وقد تحقق الاشتباه فيما نحن فيه فيتعذر الاستيفاء انتهى واختار صاحب العناية من بين تلك الاقوال ما ذكره صاحب النهاية من عند نفسه حيث قال قوله وفيه الكلام اى فيما اذا كان له ورثة غير المولى ونقل سائر الاقوال بقوله وقيل اقول ما ذهب اليه صاحب النهاية فى تفسير مراد المصنف ره هنا واختاره صاحب النهاية ليس بشئ عندى لان المصنف ره بعد ان

فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه كما اذا قال لآخر يعني هذه الجارية بكذا فقال المولى لزوجتها منك لا الحل لوطيها لان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص وانما لا يثبت بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه وهذا لان المقضي له معلوم والحكم متحد فوجب القول بالاستيفاء بخلاف فصل الاول لان المقضي له مجهول وهو غير معتبر بالمقضي عليهم لان الحكم لا يختلف بتعدد المسئلة كان ملك اليمين بغير ملك النكاح حكما والاحتياط لا يقطع السراية لذاتها بل لاستيفاء من له الحق وذلك في الخطأ دون العمد لان العبد لا يصلح ماكا للمال فيعتبر حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت فيقضي منه ديونه وينفذ وصاياه فلهذا الاشتباه اما العمد فموجبه القصاص والعبد باق على اصل الحرية فيه وعلى اعتبار انه يكون الحق له فالوجه هو الذي يولد اذا ورثه سلوه فلهذا الاشتباه ورثه الحق واذا استنع القصاص في الحال يتعلق بالعين كما يتعلق برهن اليد وما نقصه من قيمة الجرح الى قيمة الاعتاق كما ذكرنا لانه حصل على ملكه وبعلى الفضل وعندهما الجواب في الفصل الاول كالجواب عند محمد رح في الثاني قال ومن قال لعبد يده احد كما حر ثم قال الحق على احدهما فارشهما للمولى لان الحق عبر بالحق عن المعين والشجة تضلات العين فيما مر بالحق عن الشجة ولو قال لها رجل يجب دية حر وقيمة عبد والفرق ان البيان انشاء من وجه اخبار من وجه فاعتبر

قال فيما قبل وانما لا يجب القصاص في الوجه الاول مريدا به اذا كان لورثته غير المولى كما صرح به الشراح فاحتيج هنا الى ان يقول والكلام فيما اذا كان لورثته غير المولى وهذا لا يكون هذا الكلام كما يشهد به الفطرة السليمة واما ما ذهب اليه الشيخ صاحب النهاية وما ذهب اليه صاحب الغاية فلا يخلو كل منهما عن الركاكة بل عن اللغوية ايضا كما يدركه الذوق الصحيح وانما الحق الصريح هذا ما ذهب اليه صاحب الكفاية اذ ينتظم المعنى حينئذ جدا وتعليق الكلام بقرينة المتصل به من حيث اللفظ كما ترى **قوله** فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه قال حبر الشراح في تفسير ما يحتاط فيه اي في الذي لا يثبت بالشبهات وقالوا فانه يجوز بهذا عمن قال لآخر على الف من قرض فقال المقر له بل من ثمن مبيع فانه يقضي بالمال وان اختلف السبب لان ذلك من الاموال والاموال مما يقع فيه البذل والاباحة فلا يبالي باختلاف السبب انتهى وقال صاحب الغاية بعد نقل هذا عن المتروح فيه نظر لان الاحتراز بالذي لا يثبت بالشبهات انما يكون عما يثبت بالشبهات والاموال ليست كذلك انتهى اقول هذا النظر ساقط جدا اذ لا شك ان الاموال مما يثبت بالشبهات الا يرى الى ما صرحوا به في كتاب الشهادة من ان في شهادة النساء شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا يقبل فيما يندرئ بالشبهات من الحدود والقصاص ويقبل فيما سوى ذلك من الحقوق مالا كانت او غيرها ثم قال صاحب الغاية والاولى ان يفسر ما يحتاط فيه بالدماء والفروج فان استشهد بعده محل الوطي وهو ما يثبت بالشبهات انتهى اقول فيه خلل اما اولا فلان المص ما استشهد بعده بجعل الوطي وانما استشهد بعدم خلله كما يرى واما ثانيا فلان جعل الوطي ليس مما يثبت بالشبهات قطعا نعم لا يجب الحد بالوطي بشبهة الملك وبشبهة المحل لكن لا يجعل الوطي لشيء من ذلك كما عرف في كتاب الحدود فان وجه الخلل الاول بتقدير المضاف بان يكون الاصل بعدم حل الوطي يبقى الخلل الثاني بلا تحمل توجيه ثم ان بعض الفضلاء قال في نقل عبارة الغاية وهو ما يثبت بالشبهات بدل وهو مما يثبت بالشبهات وقال لفظة ما نافية اقول نسخ الغاية التي رأينا بها لا توافق ما ذكره وعلى فرض صحة ذلك لا يرفع الاشكال عن كلام صاحب الغاية ههنا لانه لما فسر ما يحتاط فيه بالدماء والفروج لزم ان يحترز به عن الاموال التي لا ضرورة لانها ليست من الدماء ولا من الفروج فان كان عبارة الغاية فانه استشهد بعده محل الوطي وهو ما يثبت بالشبهات وكان لفظة ما نافية لزم ان يرد عليه مثل النظر الذي اورده على سائر الشبهات بان يقال الاموال ايضا لا يثبت بالشبهات على زعمك فصارت كما استشهد به فما معنى الاحتراز عنها بتفسير ما يحتاط فيه بالدماء والفروج فيلزم ان يكون ما عده اولى مشتركا الالتزام تامل تفهم **قوله** ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص هذا دليل آخر لمحمد رحمه الله وذلك لان الاعتاق يصير النهاية مخالفة للبداية وذلك يمنع القصاص الا يرى ان من جرح عبد انسان ثم اعتقه مولاه ثم مات العبد من ذلك الجراحة لم يكن على القصاص والقيمة وانما يفصل النقصان فان كان خطأ فبالاتفاق وان كان عمدا فعند محمد رح لان الدليل وهو مخالفة النهاية للبداية لا يفصل بينهما وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص كانه تلف بآفة سماوية كذا في الغاية وكثير من الشروح وقال في الغاية بعد ذلك فان قيل ينبغي ان يجب ارش اليد للمولى لكونه جرحا بلا سراية اجيب بانه لا يجب نظرا الى حقيقة الجناية وهو القتل لانه اذا سرى تبين له ان الجناية قتل لا قطع انتهى اقول فيه بحث وهو انه اراد بقوله فلم يجب ان ينبغي ان يجب ارش اليد للمولى انه ينبغي ان يجب ذلك في مسئلة الكتاب كما هو الظاهر من قوله ارش اليد دون ان يقول ارش الجرح فلا يرد السؤال المذكور اصلا اذ يجب ارش اليد للمولى عند محمد رح في مسئلة الكتاب على ما صرح به في الكتاب فلا مجال للسؤال على دليل محمد رح بانه ينبغي على مقتضاه ان يجب ارش اليد للمولى وان اراد به ان ينبغي ان يجب ذلك في المسئلة التي ذكروها ههنا على سبيل التنوير وهي ان جرح عبد انسان ثم اعتقه مولاه ثم مات العبد من ذلك الجراحة فالسؤال المذكور ورود ولكن الجواب عنه بما ذكره منقوض بمسئلة الكتاب فانه يجري فيه الضا مع انه يجب فيها ارش اليد عند محمد رح كما تحققته فتدبر **قوله** وذلك في الخطأ دون العمد لان العبد لا يصلح ماكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون

وبعد لشبهة بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء في حقهما بعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه اظهارا لحضا واحدهما حر يقين فتجب قيمة عبد وقيمة حر تجب لا ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة اقل الرجلين يقتل كل واحد منهما او كل منهما ان شاء ذلك وكان القياس ان يجب الاقل في الحر والعبد لانه لا نصف له ولكنا استحسنا ذلك لانه اقصى ما يمكن ايجابه لان الاقل متيقن به والزائد مشكوك فيه فلا يجب بالشك وهذا صحيح ومرة صحة التصرف واثباته وكاية النقل من المجهول الى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس دون الاطراف فيبقى حكمها وكان حقها قال ومن بقي عبدا فمات المولى لا دفع عبده او اعطى قيمته وانشاء امسكه لا شيء له هذا عند ابي حنيفة رح وقالا انشاء امسك العبد واخذ العبد او اعطى قيمته وقال الشافعي رح يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لانه يجب الضمان مقابلا بالفائت فبقي الباقي على ملكه كما اذا قطع احد يديه او فقأ احدى عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه واذا كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة والضمان يتقدر بقيمة الكل فوجب ان يتملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع احد اليدين او فقأ احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة وهما ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي قلنا كما في سائر الاموال فان من حرق ثوب غيره خرقا فاحشا فشاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء امسك الثوب وضمنه النقصان وله

لحرمته فجاز الاشتباه اقول في هذا المقام ضرب من الاشكال لان الحق على اعتبار حالة الموت وان كان للميت الا انه لا يتقرر عليه بل ينتقل الى المولى بالوراثة فكان من له الحق في المال على كلتا الحالتين هو المولى فلا اشتباه الا يرى الى قول المصنف في صورة العمد وعلى اعتبار ان يكون الحق للعبد فالمولى هو الذي يتولاه اذ لا وارث سواه فلا اشتباه فيمن له الحق وان ادعى ان اختلاف من له الحق ابتداء كاف في تحقيق الاشتباه المقتضي لقطع الاعتاق السرايته واتحاده بالنظر الى الانتهاء والمال غير مفيد في رفع ذلك نتيجة الاشكال على صورة العمد فان حق القصاص في باب تلك الصورة للعبد على اعتبار حالة الجرح لكون العبد يقي على اصل الحرية في حق القصاص كما صرح به وللمولى على اعتبار حالة الموت بناء على اصل ابي حنيفة رح من ان حق استيفاء القصاص ثابت للوارث ابتداء من غير ان ينتقل اليه بطريق الوراثة كما في الدية لان ملك القصاص انما يثبت بعد الموت والميت ليس من اهله لانه ملك لفعل ولا يتصور لفعل من الميت بخلاف الدية لان الميت من اهل الملك في الاموال كما اذا رمى صيدا فجرحه ثم مات فصار ميتة على ما تقرر كله في اول باب الشهادة في القتل من كتاب الجنايات فيلزم اشتباه من له الحق ابتداء في صورة العمد ايضا على اصل ابي حنيفة رح فلا يظهر الفرق بين صورتي الخطأ والعمد بالوجه المذكور في الكتاب على اصله فلا يتم التقريب على قوله في مسئلتنا فليتأمل في الدفع **قوله** وبعد الشبهة بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء في حقهما اقول لقائل ان يقول الظاهر المطابق لوضع المسئلة ان يقال فاعتبر انشاء في حق من وقع العتق عليه وهو احدهما المتعين بالبيان فتأمل في التوجيه **قوله** ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه قال جمهور الشراح في حل هذا الكلام يعني ان المالية معتبرة في حق الاطراف كما انها معتبرة في حق الذات لسقوط اعتبار المالية في حق الذات قصرا عليه اي لان اعتبار المالية في حق الذات تقاصر ساقط بالاجماع يعني لم تقصر اعتبار المالية على الذات فحسب بل اعتبرت في حق الذات والاطراف جميعا هذا زبدة جملة ما قالوا اقول فعلى هذا المعنى يكون كلام المصنف رح ههنا منافيا لما ذكره في تعليل المسئلة المارة في صدر هذا الفصل من قبل ابي حنيفة رح ومحمد رح حيث قال ولان في العبد معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية اعلاها فتجب اعتبارها بابدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما انتهى فان مدلول ما قاله هناك ان المالية التي هي ادنى من المالية معتبرة في حق ذات العبد لتعذر الجمع بينهما وبين الآدمية وانما المعتبرة فيه هي الآدمية عند ابي حنيفة رح ومحمد رح ومدلول كلامه ههنا على المعنى المذكور ان المالية معتبرة في حق ذات العبد واطرافه جميعا عندهما فبينهما تدافع لا يخفى ثم ان صاحب الغاية من بين هولاء الجمهور قال في تقرير المعنى المذكور ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لان اعتبارها في حق الذات اي جميع البدن وحده مقتصرا عليه ساقط بالاجماع فان الشرع قد اوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف انتهى اقول فيه خلل زائدا ما اولا فلانه فسر الذات بجميع البدن وليس بصحيح لان جميع البدن من الاطراف قال في الصحاح بدن الانسان جسده وقوله تعالى فاليوم ننجيك ببدنك قالوا بالجسد لا بالروح فيه انتهى وانما المراد بالذات ما يقابل الاطراف وهو النفس واتلافها بازالة الروح واما ثانيا فلانه علل سقوط اقتصار اعتبار المالية على الذات بقوله فان الشرع قد اوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف وليس كذلك لان ايجاب الشرع كمال الدية بتفويت ذلك لا يدل على اعتبار المالية في حق الاطراف بجواز ان يكون ايجابه اياه للآدمية كما في الحرتدبر وقال تاج الشريعة من الشراح في حل كلام المصنف رح هذا المعنى ان اعتبار المالية في الاطراف لا في الذات لانها تتملك مسلك الاموال ولهذا لا تحملها العاقلة وفسر الذات في قول المصنف رح المالية قائمة في الذات بالعبد حيث قال في اي العبد وقال في شرح قوله لسقوط اعتبارها في حق الذات قصر اعليه يعني ان سقوط اعتبار المالية مقتصرا في النفس لا في الاطراف ووجوب الضمان بدل الآدمية لا بدل المالية ولهذا لا يجاوز على عشرة آلاف بل ينقص عشرة فيكون المالية في العبد باعتبار الاطراف انتهى اقول هذا المعنى هو المطابق لما ذكره المصنف رح في تعليل المسئلة

فيما هو مقدر وما ليست مقدرة في الديات الآدمية غير فصل واحد وهو ما ذكره ايضا لانه ترى ان عبدا لو قطع يد عبد آخر يوجب المولى بالدفع او الفداء وهذا من احكام الآدمية لان موجب الجناية على العبد ان يتعلق برقبته فيباع فيها مثل ان يكون قيمته الف درهم فجنى على آخر خطأ فقطع يده وقيمة يده خمسمائة درهم فعلى المولى ان يدفع العبد او يفديه بخمسمائة درهم فهذا من احكام الآدمية لان موجب الجناية على البهيمة قيمة ما نقص من قيمتها وهذا ما ذكره القدوري عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه يضمن ما نقص من قيمته لانه صار مانعا من تسليمه في الجناية بالتدبير او الاستيلاد من غير اختياره الفداء فصار كما اذا حال بينه وبين الجناية وهو ان يسلم ذا يجب ان يدفع او يفدي لانه لا حق لولي الجناية في الرقبة من كل وجه لان الجناية لا تتعلق بالرقبة ابتداء لانه لا يملكها ولا يتملكها ول

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قال من غصب عبدا فمات في يده من القطع فعليه قيمته اقطع ولو كان الموالي قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه والفرق ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كأنه ملك بآفة سماوية فتجب قيمته اقطع ثم اقطع والفصل الثاني وكانت السراية مضافة إلى البداية فصار الموالي مستوفيا فيصير مستردا كيف وانه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان قال ولو غصب العبد الجاني وعليه عبد فجرح عليه عبدا فجرحه سيده في يده اهو ضامن لان الجرح عليه مؤاخذ بافعاله قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية اخرى فللمولى قيمته بين ما نصفان لان المولى بالتدبير السابق اعجز نفسه عن الدفع من غير ان يصير مختارا للفداء فيصير مبطلا حق اولياء الجناية فاستحق بها فيه ولم يمنع الاهلية واحدث فلا يرد على قيمته وتكون بين ولي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب قال فان رجع المولى بنصف قيمته على الغاصب لانه استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب فصار كما اذا استحق نصف العبد لهذا السبب قال فيدفعه الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع ذلك على الغاصب هذا عند ابي حنيفه وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد يرجع بنصف قيمته فيسلم له لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد وكيلا تتكرر الاستحقاق ولهما

الصورتين وليس فليس تمم انه يرد عليه ايضا ان يقال تحقق العمل بالشبهين بان يجعل الثانية كالمقارنة للاولى في حق تشريك ولي الثانية لولي الاولى وان يجعل متأخرة عنها من حيث ان العبرة لقيمته يوم الجناية فلم يتقض العمل بهما وهو المطلوب هنا كما لا يخفى

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك قال في النهاية لما ذكر حكم الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم من يلحق به انتهى واقتفى اثره صاحب العناية اقول فيه قصور وفتور اما الاول فلان وجه ذكر غصب العبد في هذا الباب كان ضائعا على هذا التوجيه واما ثانيا فلان ما ذكر في هذا الباب مما يرد على المدبر ويرد منه من قبيل الجناية عليه او الجناية منه فكان من حكم المدبر في الجناية فما معنى قوله لما ذكر حكم المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه واما ثالثا فلان الصبي ليس يلحق بالمدبر في حكم المذكور في هذا الباب كما لا يخفى على الناظر المتأمل في المسائل الآتية في هذا الباب نعم يجوز ان يعد ملحقا بالمدبر بل بالعبد في كونه محجورا عن التصرفات على ما بين في كتاب الحجر لكنه لا يقتضي ذكر حكمه في هذا الباب دون الباب السابق فلا تتم التقريب في قوله وذكر حكم من يلحق به وقال في معراج الدراية لما ذكر حكم العبد والمدبر في الجناية شرع في بيان ما يرد عليهما وما يرد منهما وذكر حكم من يلحق بهما انتهى اقول وقع فيه تدارك دفع المحذور الاول من المحذورات الواردة على التقرير صاحب النهاية والعناية ولكن بقي المحذوران الاخيران فيهما واردين عليه ايضا كما ترى قال في غاية البيان لما ذكر جناية العبد والمدبر ذكر في هذا الباب جناياتهما مع غصبهما وذكر المفرد قبل المركب ثم شرع كالمتمم لبيان حكم غصب الصبي انتهى وتوجيهه يعني ان قول هذا اشبه الوجوه المذكورة وان امكن التقرير بما احسن منه تدبر قوله والفرق ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كأنه ملك بآفة سماوية الى آخره واعترض الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير على هذا التعليل بعد ان نقله عن بعض المشايخ ثم علل المسئلة بوجه آخر حيث قال بعد نقل ذلك لا ان هذا يخالف مذهبنا فان الغصب لا يقطع السراية مالم يملك البدل على الغاصب بقضا او رضا لان السراية انما تنقطع به باعتبار تبدل الملك انما يتبدل الملك به اذا ملك البدل على الغاصب واما قبله فلا كما نص عليه في آخر رهن الجامع والباب الثاني من جنايات الغاصب هنا قيمة العبد تقطع لان السراية وان لم تنقطع فالغصب ورد على مال متقوم فانعقد سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب الا اذا ارتفع الغصب ولم يرتفع لان الشيء انما يرتفع بما هو فوقه او مثله ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة وحكما ويد المولى باعتبار السراية تثبت عليه حكما لا حقيقة لان يد الغصب لم يثبت يده على العبد حقيقة وحكما والثابت حكما دون الثابت حقيقة حكما فلم يرتفع الغصب باتصال السراية الى فعل المولى فتقرر عليه الضمان بخلاف ما لو جنى عليه بعد الغصب لان الغصب يرتفع بها الى هنا كلام قاضيخان وقد نقله جماعة من الشراح ولم يتعرضوا له بشيء واما صاحب العناية فبعد ان نقل ما قاله قاضيخان اورد على ما اختاره من التعليل نظرا حيث قال وفيه نظر لانا لا نسلم ان يد الغاصب عليه ثابتة حكما فان يد المولى ثابتة عليه حكما والا يثبت على الشيء الواحد يدان حكميتان بكما لها ما واليد الحقيقية واجبة الدفع لكونها عدوانا لا يصلح معارضا ولا مرجحا انتهى اقول نظره ساقط اولا لوجه لمنع ثبوت يد الغاصب عليه حكما فان معنى ثبوت اليد على الشيء حكما ان يترتب على ذلك اليد حكم من الاحكام وتقدير ترتب على يد الغاصب فيما نحن فيه وجوب الضمان بالاجماع واما سند منعه فليس بتام ايضا اذ لا مانع ان يثبت على الشيء الواحد يدان حكميتان بكما لهما من جهتين مختلفتين وههنا كذلك فان ثبوت يد المولى على العبد المغصوب منه حكما باعتبار سراية القطع الذي صدر منه في يده وثبوت يد الغاصب عليه حكما باعتبار سراية القطع الذي صدر منه في يده وثبوت يد الغاصب عليه حكما باعتبار ثبوت يده عليه حقيقة فاختلفت الجهتان **قوله** وقال محمد يرجع بنصف قيمته وسلم له لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد قال تاج الشريعة جوابا عنه من قبل الامامين وههنا قولان ليس هذا احدهما ما اخذه ولي الجناية الاولى حتى يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد انتهى اقول فيه نظر لان الذي يرجع به المولى على الغاصب كيف يصلح ان يكون عوض ما اخذه

وهذا ان كان الاول في جميع القيمة كانه حين جنى وحقه كان باعتبار مزاحمة الثاني فاذا رجع شيئا من بدل العبد وبدل المالك فانه يأخذ بقدر حقه فاذا اخذ منه يرجع المولى بما اخذه على الغاصب لانه استحق مسرورة بسبب كان من زيد الغاصب قال وان جنى جنى عبد المولى فغصبه رجل فجنى عند جنايته اخرى على المولى قيمته بينهما نصفان فيرجع بنصف القيمة على الغاصب لما بينا في الفصل الاول غير ان استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية اذ كانت هي في يد الغاصب فيدفعه الى ولي الجناية الاولى كما يرجع به على الغاصب وهذا بالاجماع ثم وضع المسئلة في العبد فقال ومن غصب عبدا فجنى في يده جناية اخرى فان المولى يدفعه الى ولي الجنايتين فيرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه الى الاول كما يرجع به على الغاصب هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يرجع بنصف القيمة فيسلم له وان جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه الى الاول كما يرجع به والجواب في العبد كالجواب في المدبر وفي جنايته مسألة كذا الا ان هذا الفصل يدفع المولى العبد وذلك الاول يدفع القيمة قال ومن غصب عبدا فجنى عنده جناية فقتله على المولى ثم غصبه ثم جنى عند جناية اخرى على المولى قيمته بينهما نصفان لانه صنع قيمة واحدة بالتدبير فصنع قيمة واحدة ثم يرجع بقيمته على الغاصب لان الجنايتين كانتا في يد الغاصب فيدفع نصفها الى الاول لانه استحق كل القيمة كان عند جنايته عليه كاحق لغيره وانما انتقض حكم المزاحمة من بعد قال ويرجع به على الغاصب لان الاستحقاق بسبب كان من زيد ويسلم له كما يدفعه الى ولي الجناية الاولى لان الجناية الثانية كانت في النصف فسبق حق الاول قد وصل ذلك اليه ثم قيل هذا المسئلة على الاختلاف الاول وقيل على الاتفاق والفرق محمد ان ذاك الاول لما رجع به عوض عما استولى الجناية الاولى لان الجناية الثانية كانت في يد المالك فلو دفع اليه ثانيا كان استحقاق ولي الجناية الثانية والجناية الثانية في مسئلتنا هذه وقعت عند المولى لا عند الغاصب فاني يصح ان يقال المولى من الغاصب عوضا عما دفعه الى ولي الجناية الاولى عوضا عما اخذه ولي الجناية الثانية دون الاولى فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد انتهى اقول هذا قريب مما ذكره تاج الشريعة الا ان في تقرير ميماغ التخلص عما اوردناه على تقرير تاج الشريعة حيث اعتبر التعارض في جانب الدفع الى ولي الجناية الاولى لا في جانب الرجوع على الغاصب تأمل تفهم ثم ان الاظهر في الجواب عما ذكره محمد من الجمع بين البدل والمبدل ما ذكره جمهور الشراح وغيره صاحب النهاية الى الامام قاضيخان حيث قال وجوابه ما قال فخر الائمة قاضيخان ان ما اخذه المولى من الغاصب هو بدل عن المدفوع الى ولي الجناية الاولى من العبد فيما بين المولى والغاصب وما في حق ولي الجناية الاولى لا يعتبر بدلا عن العبد بل يعتبر بدلا عن الميت ويكون الشيء الواحد بدلا عن شتى في حق انسان ويكون بدلا عن شيء آخر في حق غيره كالنصراني اذا باع الخمر وقبض منه دين المسلم يجوز ويكون الماخوذ بدل الخمر في حق النصراني وفي حق المسلم بدل دينه كذا هنا انتهى **قوله** ولهما ان حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه احد وانما انتقض باعتبار مزاحمة الثاني الى آخره قال في العناية واعترض بان الثانية مقارنة للاولى حكما فكيف يكون حق الاول في جميع القيمة والجواب ان المقارنة جعلت للاولى حكما فكيف يكون حق التضمين لاغير والاول متقدمة حقيقة فقد انعقدت موجبة لكل القيمة من غير مزاحم وامكن توفير موجبها فلا يمتنع بلا مانع انتهى اقول في الجواب بحث لانا لا نسلم ان المقارنة جعلت حكما في حق التضمين لاغير بل جعلت حكما ايضا في حق مشاركة ولي الجناية الثانية لولي الجناية الاولى كما ارشد اليه قول المصنف في الفصل السابق لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الثانية الاولى انتهى فاذا جعلت المقارنة حكما في حق مشاركة ولي الجناية الثانية ايضا كان ولي الجناية الثانية مزاحما لولي الجناية الاولى في استحقاقه جميع القيمة فكيف يأخذ ولي الجناية الاولى وحده كل القيمة مع مزاحمة ولي الثانية له في استحقاقه اياه وان كان الاعتبار لتقدم الاولى حقيقة دون المقارنة الحكمية ينبغي ان لا يستحق ولي الثانية شيئا من قيمة المدبر وليس الامر كذلك بالاجماع فليتأمل في الجواب الثاني **قوله** ولا الى ولي الجناية الثانية لانه لا حق له الا في النصف يستوجب الاول اقول تأمل ان يقول ان كان حق ولي الجناية الثانية يتعلق راسا بنصف القيمة لا بكلها كما هو الظاهر من قوله لانه لا حق له الا في النصف ينبغي ان لا يكون القيمة التي وجبت على المولى بين ولي الجنايتين نصفين كما هو المذكور في وضع المسئلة بل ينبغي ان يكون بينهما اثلاثا ثلثاه لولي الجناية الاولى وثلثه لولي الجناية الثانية لان حق ولي الجناية الاولى قد تعلق بكل القيمة كما صرح به المصنف رح فيما قبل حيث قال لانه استحق كل القيمة وعلى تقدير ان تعلق حق ولي الجناية الثانية بنصف القيمة يكون حقه في القيمة نصف حق ولي الجناية الاولى فينبغي ان يتضارب في القيمة بقدر حقهما ايضا اذ قد مر في الفصل السابق ان جنايات المدبر اذا تواليت لا توجب الا قيمة واحدة لانه لا يمنع من المولى الا في رقبة واحدة واوليا الجنايات يتضاربون بالحصص فيها وان كان حق ولي الجناية الثانية متعلقا ايضا بكل القيمة ولكن يسقط نصفها بالتزاحم فيكون حقه الباقي له نصفها وكان هذا هو المراد بقول المصنف رح لا حق له الا في النصف ينبغي ان يرجع المولى بما رجع به على الغاصب ثانيا الى ولي الجناية الثانية لان حقه كان في كل القيمة كولي الجناية الاولى الا انه سقط نصفها بالتزاحم فلما اندفع التزاحم بوصول حق ولي الجناية الاولى اليه تماما كان ينبغي ان يعود حق ولي الجناية الثانية في النصف الساقط بالتزاحم اليه لحق ولي الجناية الاولى ثم اقول يمكن ان يجاب بان يختار الشق الثاني ويقال في الفرق بين ولي الجنايتين ان حق الاول يتعلق بكل القيمة ثم يتنقض نصفها بتزاحم الثاني من بعد ذلك لكن لا يسقط بالكلية وحق الثاني ايضا

امان من نفسه فعلى من يجب عاقلته الخطأية لحصوله بإذن الناصب فلو وجد ولي ما ذكرناه **قال** ومن نصب صبيا فمات فان من يلزمه الدية عاقلته وفي ماله كفارة وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا كفارة عليه في ماله وهو قول زفر وهو القياس لان فعل الصبي لا يتعلق به الحكم لانه فعل لا يحتمل الرفع لانه مكان مباح له ولابيه ومعلم الصغير حر مرتبة وليا اذ هو جعله نائبا عنه في التعليم ولكن يضمن بالخطأ دون العمد وهذا لان الصبي ليس بأهل للعقوبة لانعدام الاهلية بالصغر ولكن يضمن بالخطأ دون العمد لان الخطأ يلحق بالعدم لعدم القصد اذ لا يتحقق الا من العاقل والعمد يلحق بالعمد لوجود القصد من العاقل وهو الصبي الا انه لا يؤاخذ به لانعدام الاهلية بالصغر وهذا لان الصغير حر مرتبة وليا اذ جعله نائبا عنه في التعليم

وان لم يكن لاحد هما شاهد قال في مذهبه شاهد واحد كما ذكر اليمين بل يرد على طالب الدية عند ابي حنيفة رح وعند الشافعي رح لان البراءة بيمين لا
قوله عليه السلام للاولياء فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه كان اليمين بحيث يثبت به القتل لا يكفي له نظاهر وان وجب على صاحب اليد فاذا كان الظاهر
شاهد المولى يحلف بيمينه ورد اليمين على المدعي اصل له كما في النكول غير ان هناك كالة فيما نوع شبهة والقصاص لا يجب مع الشبهات والمال يجب معها
فلهذا وجبت الدية وكما قوله صلى الله عليه وآله وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر في رواية على المدعى عليه وروى سعيد بن المسيب
ان النبي عليه السلام بدأ بايمانهم فقسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتل بين اظهرهم ولان اليمين حجة الدفع دون الاستحقاق وحاجة الاولياء
الى الاستحقاق وهم لا يستحق بيمينه المال المبتذل فاولى ان لا يستحق به النفس المحترمة وقوله بخيرهم المولى اشارة الى ان خيارهم يحلفون
احسن الى الولي لان اليمين حقه والظاهر انه يختار من يتحرز عن الهتك واهل المحلة لما ان تحرزهم عن اليمين الكاذبة ابلغ التحرز فيظهر القاتل

ولكن يجب القصاص او الدية كما تقدم ومنها ان يكون القتيل من بني آدم فلا قسامة في بهيمة وجدت في محلة قوم ولا غرم فيها ومنها الدعوى من اولياء القتيل
لان القسامة يمين واليمين لا يجب بدون الدعوى كما في سائر الدعاوي ومنها انكار المدعى عليه لان اليمين وظيفة المنكر ومنها المطالبة بالقسامة لان اليمين
حق المدعي وحق الانسان لو قي عند طلبه كما في سائر الايمان ومنها ان يكون الموضع الذي وجد فيه القتيل مملكا لاحد او في يد احد فان لم يكن مملكا لاحد ولا في يد احد
اصلا فلا قسامة فيه ولا دية ومنها ان يكون القتيل مملكا لصاحب الملك الذي وجد فيه فلا قسامة ولا دية في قن او مدبر او ام ولد او مكاتب او ماذون وجد قتيلا
في دار مولاه نص في المبسوط على ما يتاتى كل الشروط كلها بالوجه الذي ذكرناه مع زيادة تفصيل فما وجه ذكر بعض الشروط وترك اكثرها واما ثانيا فلانه اذا وجد قتيل في
دار مكاتب فعلية القسامة واذا حلف يجب عليه الاقل من قيمته ومن الدية نص عليه في البدائع وقال ذكره القاضي في شرحه لمختصر الطحاوي فما معنى جعل كون
المقسم حرا من شروطها اللهم الا ان يقال المكاتب حر يدا وان لم يكن حرا رقبة كما صرحوا به ومر في الباب السابق فوجد فيه الحرية في الجملة فجاز اشتراط الحرية في
القسامة مطلقا بناء على ذلك لكن لا يخفى ما فيه وقال في العناية وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحريته ووجود اثر القتل في الميت وتكميل اليمين خمسين انتهى اقول
فيه شيء من الاخلال زائد على ما في النهاية وغاية البيان وهو انه لم يتعرض فيه لاشتراط المذكورة في المقسم مع كونها شرطا ايضا ثم اقول في امكان توجيه ولكن
احتمالا ان احدهما انه اكتفى في افادة ذلك لشرط ايضا بتذكير لفظ المقسم في قوله بلوغ المقسم وتذكير الضمير في قوله وعقله وحريته وان كان تغليب المذكر على المؤنث
شائعا في احكام الشرع وثانيهما انه ترك ذكر اشتراط المذكورة بناء على وجوب القسامة على المراة في مسئلة عند ابي حنيفة رح ومحمد رحمه الله وهي ما سيجيء
في آخر هذا الباب من انه لو وجد قتيل في قرية لامراة فعند ابي حنيفة رح ومحمد رح عليها القسامة تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها وقال ابو يوسف رح القسامة
على العاقلة ايضا وكانت المراة اهلا للقسامة في الجملة عندهما **قوله** وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا اقول في تحرير المصنف ههنا قصور بل خلل
اما اولا فلان مذهب الخصم مثل مذهبنا اذا لم يكن هناك لوث اي قرينة حال تتوقع في القلب صدق المدعي سواء كان ذلك اللوث من قبيل علامة القتل على
واحد بعينه كالدم او من قبيل ظاهر يشهد للمدعي كعداوة ظاهرة ونحوها فلا وجه لتخصيصه بالثاني كما هو الظاهر من قوله وان لم يكن الظاهر شاهدا له بعد عطف قوله او
ظاهر يشهد للمدعي فيما قبل على قوله علامة القتل على واحد بعينه فحق العبارة ان يقال وان لم يكن هناك لوث واما ثانيا فلان ايراد الضمير المفرد في قوله فمذهبه
بعد ان ذكر فيما قبل مذهب كل واحد من الشافعي رح ومالك رح وان قال واللوث عندهما الى آخره من قبيل الاغلاق حيث لا يفهم ان مرجعه اي منهما وعن هذا
حمله بعض الشراح على الشافعي رح وبعضهم على مالك فحق المقام الاظهار دون الاضمار كما لا يخفى **قوله** ولنا قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر
اقول لقائل ان يقول ان قوله عليه السلام واليمين على المدعى عليه ان افاد قصر اليمين على المدعى عليه بناء على ما صرحوا به في علم الادب من ان لعرف
اللام الجنس اذا جعل مبتدا فهو مقصور على الخبر نحو الكرم التقوى والتوكل على الله وان الائمة من قريش وقد اشار اليه المصنف رح في باب اليمين من كتاب الدعوى
حيث استدل فيه على ان اليمين على المدعى عندنا بقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر وقال فجعل جنس الايمان على المنكرين ولا يخفى ان الجنس اذا جعل مبتدا
لزم ان لا يصح تحليف غير المدعى من اهل المحلة في ما اذا ادعى الولي القتيل على بعض منهم بعينه مع انه يستحلف خمسون رجلا من اهل المحلة في هذه الصورة ايضا كما صرح به المصنف رح فيما سيجيء كوجه اطلاق جواب الكتاب
وعليه دليلا عليه وقال وهكذا الجواب في المبسوط وان لم يفد قوله عليه السلام واليمين على المدعى عليه قصر اليمين على المدعى عليه لا يثبت المدعى به هنا بالحديث
المذكور فلا يصح التعليل به اللهم الا ان يقال يجوز ان يثبت به المدعى به هنا بوجه آخر وهو انه عليه السلام ذكر قوله المزبور بطريق القسمة بين القسمين والقسمة
تنافي الشركة وقد اشار المصنف رح اليه ايضا في باب اليمين من كتاب الدعوى حيث قال ولا يرد اليمين على المدعى في قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على

كتاب الديات

[illegible] فائدة تحليف المدعى عليه بعد بينة المدعي [illegible] قال [illegible] قول المصنف [illegible] قوله

من انكر قسم واحدة فانى الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شئ انتهى ولا يخفى ان منافاة القسمة الشركة انما تقتضى ان لا يكلف المدعى لا ان لا يكلف غير المدعى والمدعى عليه كما فيما نحن فيه فى صورة ان ادعى الولى القتل على بعض معين من اهل المحلة فانه يلزم ان تنتفى بهذه الصورة قول المصنف فى باب اليمين وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شئ تامل تفقه **قوله** وفائدة اليمين النكول فاذا كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بابنا مما يفيد يمين الطالب اقول لا فائدة ههنا لذكر المقدمة القائلة وفائدة اليمين النكول بل فيه خلل لان موجب النكول فى هذه المسئلة حبس الناكل حتى يجاب او القضاء بما ادعاه الولى بما سياتى فى الكتاب فانما يظهر فائدة اليمين على الصالح فى اظهاره القاتل تحرزا عن يمين الكاذبة لا فى مجرد نكوله حتى يلزم العصير الى ذكر المقدمة المذكورة ثم ان كون فائدة اليمين النكول انما هو فى الاموال لا فى باب القسامة لان اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيما لامر الدم ولهذا تجب بينهما وبين الدية بخلاف النكول فى الاموال كما سياتى بيانه فى الكتاب فلا معنى لذكر تلك المقدمة ههنا ولقد اصاب صاحب الكافى تقرير هذا المحل حيث قال ولان مختار المشائخ واعلمائهم لانهم يحترزون عن اليمين الكاذبة اكثر مما يحترز النسقة فاذا علموا القاتل فيهم اظهروه ولم يحلفوا انتهى لقى فى هذا المقام اشكال على كل حال وهو انه لو اخبر بعض من اهل المحلة بانه يعلم ان القاتل احد من اهل المحلة بعينه او احد من غيرهما لا يقبل قوله ولا يعمل به لكونهم متهمين بدفع التهمة عن انفسهم كما صرحوا به وسيجئ فى الكتاب تفصيله فما الفائدة فى استحلافهم على العلم راسا ولم ار احدا من الشراح حام حول حل هذا الاشكال سوى صاحب البدائع فانه قال فان قيل ما الفائدة فى الاستحلاف على العلم وهم لو علموا القاتل فاخبروا به لكان لا يقبل قولهم لانهم يسقطون به الضمان عن انفسهم فكانوا متهمين رافعين الغرم عن انفسهم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا شهادة للمتهم وقال صلى الله عليه وسلم لا شهادة لجار المغنم ولا لدافع المغرم قيل انما استحلفوا على العلم اتباعا للسنة لان السنة هكذا وردت لما روى من الاخبار فاتبعت السنة من غير ان يعقل فيه المعنى ثم فيه فائدة من وجهين احدهما ان من الجائز ان يكون القاتل عبد الواحد منهم فيقر عليه بالقتل فيقبل اقراره لان اقرار المولى على عبده بالقتل الخطا صحيح فيقال له اوفعه او افده ويسقط الحكم عن غيره فكان التحليف على العلم مفيدا وجائز ان يقر على عبد غيره فتفديه مولاه فيومر بالدفع او الفداء ويسقط الحكم عن غيره وكان مفيدا فجاز ان يكون التحليف على العلم لهذا المعنى فى الاصل ثم بقى هذا الحكم وان لم يكن لواحد من الجانبين عبد كالرمل فى الطواف فان النبى صلى الله عليه وسلم كان رمل فى الطواف اظهارا للجلادة والقوة للكفرة ويقول الله امرنا اظهر اليوم الجلادة من نفسه ثم زال ذلك اليوم وبقى الرمل فى الطواف كذا هذا والثانى انه لا يمتنع ان يكون واحد منهم امرصبيا او مجنونا او عبدا محجورا عليه بالقتل فلو اقر به يلزمه فى ماله فيحلف بالله ما علمت له قاتلا لانه لو قال علمت له قاتلا وهو الصبى الذى امره بقتله كان حاصل الضمان عليه ويسقط الحكم عن غيره وكان مفيدا الى هنا لفظ البدائع فليكن هذا على ذكر منك **قوله** ولنا انه عليه السلام جمع بين الدية والقسامة فى حديث ابن سهل قال بعض الفضلاء فيه بحث فانه لم يجز القسامة بينهم بالكلية فانما رواه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده وفى رواية من اهل الصدقة على ما ذكر فى الصحيحين وغيرهما وتقله الشراح ههنا انتهى اقول اشارة رسول الله صلى الله عليه وسلم الى وجوب القسامة على اليهود بقوله يبرئكم يهود بايمانها وانما لم يجز القسامة بينهم لعدم طلب اولياء القتيل اياها حيث قالوا لا ارضى بايمان قوم كفار لا يبالون ما حلفوا عليه ومطالبة ولى القتيل بالقسامة شرط لاجرائها على المعهود كما عرفته فيما مر انفا ان ذكرنا شروط القسامة على التفصيل نقلا عن البدائع وانما رواه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده او بناية من اهل الصدقة على سبيل الحالة منهم بناء على ان اهل الذمة من اهل البر اليهم وقد افصح عنه صاحب النهاية ومعراج الدراية ههنا حيث قالا بعد نقل الحديث ثم قيل انما ودى رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه يجوز الحالة عن اهل الذمة فان قضاء دين الغير يرئه واهل الذمة من اهل البر اليهم حتى جاز عندنا

تتابع الاكثار تكلموا فيه لقدر رضع وديدج
ولكن اليمين مشروعة في جانب المدعى عليه لان البينة لاظهار الخصم فلا يشرع في جانبه لاظهار الخصم بل يتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالحق فاذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهر الوجود فيهم لا بنكولهم لانهم اذا نكلوا لم تجب بتقصيرهم في المحافظة كما في القتل الخطأ ومن ابى منهم اليمين حبس حتى يحلف لان اليمين فيه مستحقة لاظهار الدعوى ولهذا تجب الدية بخلاف النكول في الاموال لان اليمين بدل عن حقه ولهذا يسقط بنكول المدعى وفيما نحن فيه لا يسقط بنكولهم هذا الذي ذكرنا اذا كان القتل على جميع اهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض كل واحد منهم على بعض اعيانهم انه قتل وليه عمدا او خطأ لان البينة حجة يدل عليها الخبر الذي في الكتاب وهذا الجواب في الكتاب وكذا في المبسوط عن ابي يوسف في غير رواية الاصول وعن القياس تسقط القسامة والدية عن الباقين من اهل المحلة وهو قول زفر لان البينة انما تظهر القتل على واحد لا على الكل فان قيل لا يحلف المدعي عليه الا قتل واحد ووجهه ان القياس يأباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم وانما عرف بالنص فيما اذا كان في مكان يشتبه للمدعي عليهم المدعي القتل عليهم وفيما وراءه يبقى على اصل القياس وصار كما اذا ادعى القتل على واحد من غيرهم

صرف الكفارات اليهم ولا يجوز من مال الزكوة الا على سبيل الاستقراض على بيت المال انتهى ثم ان هذا القدر من التوجيه انما يحتاج اليه على ما روى حديث عبد الله بن سهل بن ابي حثمة كما وقع في الصحيحين واما ما رواه سعيد بن المسيب كما وقع في شرح الآثار للطحاوي قصرا على الزهري واخرجه كثير من المحدثين عن الزهري عن سعيد بن المسيب منهم عبد الرزاق رواه في مصنفه ومنهم ابن ابي شيبة رواه ايضا في مصنفه ومنهم الواقدي رواه في مغازيه في غزوة خيبر فلا يحتاج النبي صلى الله عليه وسلم القسامة والدية على اليهود صريح بين وقد ذكره المصنف اجمالا من قبل حيث قال وروى ابن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم بدأ باليهود في القسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين اظهرهم وفصله الشراح حيث قالوا روى الزهري عن سعيد المسيب ان القسامة كانت من احكام الجاهلية فقررها رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتيل من الانصار وجد في حب اليهود بخيبر وذكر الحديث الى ان قال فالزم رسول الله صلى الله عليه وسلم الدية والقسامة انتهى وكذا امر ايجاب القسامة والدية معا على اليهود ظاهر على ما روى ابن عباس رض ان النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى اهل خيبر ان بها قتيل وجد بين اظهركم فالذي يخبر عنكم فكتبوا اليه ان مثل هذه الحادثة وقعت في بني اسرائيل فانزل الله تعالى على موسى عليه السلام امرا فان كتب نبيا فاسأل الله تعالى مثل ذلك فكتب اليهم ان الله تعالى ازاني ان اختار منكم خمسين رجلا فيحلفون بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا ثم يغرمون الدية قالوا لقد قضيت فينا بالناموس اي بالوحي كذا ذكر الحديث في الكافي والبدائع وغيرهما فظهر ان منشأ البحث المزبور عدم الاحاطة بجوانب المقام تخيير قوله وكذا اليمين شرعت عما وجب له القصاص والقسامة شرعت لتجب الدية اذا نكلوا بل شرعت لنظر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فاذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص اقول الظاهر ان المراد بهذا هو الجواب عن قول الشافعي رح ولان اليمين عهد بالشرع مشروع للمدعى عليه لكن يرد عليه انه انما يتم فيما اذا ادعى ولي القتل العمد فان الموجب حينئذ هو القصاص على تقدير ان يقروا بذلك فاذا حلفوا حصلت البراءة عنه واما فيما اذا ادعى القتل الخطأ فلا يتم ذلك لان الموجب حينئذ هو الدية على تقدير ان يقروا به فاذا حلفوا لا تحصل البراءة عنها بل تجب الدية عليهم ايضا عندنا ويمكن ان يقال ولي القتيل وان ادعى القتل الخطأ يحلف اهل المحلة بانا ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا باطلاق القتل عن قيد العمد والخطأ فيحتمل ان وقع القتل منهم عمدا ولم يعلم الولي بل ظن انهم قتلوا قريبه خطأ فلو قرروا في مثل ذلك بالقتل العمد تحرزا عن الايمان الكاذبة بنا على اطلاق القتل في تحليفهم لنظر القصاص فاذا حلفوا حصلت البراءة عنه قطعا فان قلت اذا كانت دعوى الولي مخصوصة بالقتل الخطأ كيف يصح اطلاق القتل عند التحليف وهل له نظير في الشرع قلت لا غرو في ذلك وله نظير في الشرع الا يرى انه لو ادعى الولي على واحد من اهل المحلة بعينه قتل قريبه عمدا او خطأ استحلف خمسون منهم بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا كما استحلف كذلك لو ادعاه على جميعهم على ما سيجيء في الكتاب فتأمل وان حمل هذا الحمل بهذا الوجه مما يضطر اليه في تصحيح كلام المصنف رح هنا وان كان يرى التفتازاني في بادي الرأي قوله ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهر الوجود القتيل بين اظهرهم لا بنكولهم اقول الوجه لذكر قوله لا بنكولهم هنا بل الحق ان يذكر بدله لا بايمانهم لانا الآن بصدد بيان موجب ايمانهم واما موجب نكولهم فانما ياتي بيانه من بعد بقوله ومن ابى منهم اليمين حبس حتى يحلف فلا ارتباط لقوله لا بنكولهم بما نحن بصدده ولان الظاهر ان قوله ثم الدية تجب بالقتل الموجود ومنهم ظاهر الخ جواب عن قول الشافعي رح لا ملزما كما في سائر الدعاوي يعني ما عهد اليمين في الشرع ملزما كما في سائر الدعاوي فالمناسب له ان يقال الدية انما تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا لا بايمانهم فلم يكن اليمين ملزما هنا كما في سائر الدعاوي فقوله لا بنكولهم حشو محض في دفع ذلك وانما اللازم ان يقال بدله لا بايمانهم كما لا يخفى قوله ومن ابى منهم اليمين حبس حتى يحلف قال تاج الشريعة هذا اذا ادعى الولي القتل عمدا واما اذا ادعاه خطأ فكل اهل المحلة فانه يقضي بالدية على عاقلته ولا يحبسون ليحلفوا انتهى واما سائر الشراح فلم يقيد احد منهم هنا مثل قيد تاج الشريعة

وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على اهل المحلة لانه لا فصل في اطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فنوجبه بالنص لا بالقياس اقول فيه بحث لانه ان اراد باطلاق النصوص اطلاقها بحسب لفظها فهو مسلم لكن لا يجدي هنا نفعا اذ من القواعد المقررة عندهم ان النص الوارد على خلاف القياس يختص بمورده والمنصوص فيما نحن فيه وارد على خلاف القياس كما صرحوا به فلا بد وان يكون مخصوصة بمورد ها وهو ما اذا وجد القتيل في مكان نسيب الى المدعى عليهم والمدعى يدعي القتل عليهم كما ذكرنا في وجه القياس ان اراد باطلاقها اطلاقها بحسب المورد ايضا فهو ممنوع اذ لم يسمع في حق القسامة نص ورد فيما ادعى الولي القتل على البعض من اهل المحلة بعينه كما لا يخفى على من تتبع النصوص الواردة في هذا الباب قوله ولا امرأة ولا عبد لانهما ليسا من اهل النصرة واليمين على انهما اقول تشكل اطلاق هذا القول ابي حنيفة رح ومحمد ره في مسئلة تجيء في آخر هذا الباب وهي انه لو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند ابي حنيفة رح ومحمد عليهما القسامة بكير عليها الايمان والدية على عاقلتها واما عند ابي يوسف رح فالقسامة ايضا على العاقلة انتهت وسيجيء في كتاب المعاقل ما يتعلق بهذا

الا ان صاحبي النهاية والعناية قالا في صدر هذا الباب حكم القسامة القضاء بوجوب الدية ان حلفوا والحبس حتى يحلفوا ان ابو المراد عن الولي العمد والواجب على الخطأ فالقضاء بالدية عند النكول انتهى ولا يخفى ان ظاهر ما ذكراه هناك يطابق ما ذكره تاج الشريعة ههنا اقول لا يذهب عليك ان الظاهر من اطلاق جواب المسئلة في الكتاب هنا ومن اقتضاء دليلها الذي ذكره المصنف ره ومن دلالة قوله فيما بعد هذا الذي ذكرناه اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا باعيانهم والدعوى في العمد او الخطأ ان يكون الحبس الى ان يحلف الناكل موجب للنكول في كل واحدة من صورتي دعوى الخطأ ومن هذا ترى اصحاب المتون قاطبة اطلقوا جواب هذه المسئلة وكذا اطلقه الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال فان امتنعوا عن اليمين حبسوا حتى يحلفوا انتهى وكذا سائر ثقات الائمة في تصانيفهم وكان صاحب الغاية بينه لهذا حيث قال في صدر الباب حكم القسامة القضاء بوجوب الدية على العاقلة في ثلث سنين عندنا وعند الشافعي رح واحلفوا ابرءوا واما اذا ابوا القسامة فيحبسون حتى يحلفوا او يقروا انتهى فانه يجري في بيان حكمها ايضا على الاطلاق كما ترى ثم اقول التحقيق ههنا هو ان في جواب هذه المسئلة روايتين احداهما انهم ان نكلوا حبسوا حتى يحلفوا على الاطلاق وهو ظاهر الرواية عن ائمتنا الثلثة والاخرى انهم ان نكلوا لا يحبسون بل يقضى بالدية على عاقلتهم في ثلث سنين بلا تقييد بدعوى الخطأ وهو رواية الحسن بن زياد عن ابي يوسف ره وقد افصح عنه في المحيط البرهاني حيث قال ثم في كل موضع وجبت القسامة وحلف القاضي خمسين رجلا فنكلوا عن الحلف حبسوا حتى يحلفوا هكذا ذكر في الكتاب وروى الحسن بن زياد عن ابي يوسف رح انه قال لا يحبسون ولكن يقضى بالدية على عاقلتهم في ثلث سنين وقال ابن ابي مالك هذا قول الآخر وكان ما ذكر في ظاهر الرواية قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول ابي يوسف ره الاول الى ههنا لفظ المحيط ثم اقول بقي ههنا اشكال وهو انه قد مر في باب اليمين من كتاب الدعوى ان من ادعى قصاصا على غيره فجحد استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف او يقر عند ابي حنيفة ره وقال ابو يوسف ومحمد ره يلزمه الارش في النفس وفيما دونها انتهى فمقتضى اطلاق ذلك ان يكون موجب النكول في القسامة ايضا هو القضاء بالدية دون الحبس عند ابي حنيفة ره ومحمد ره وان ادعى ولي القتيل القصاص مع ان المذكور في عامة الكتب ان يكون موجب النكول في القسامة هو الحبس الى ان يحلف بلا خلاف فيه من ابي يوسف ره ومحمد ره كما هو ظاهر الرواية نعم قد ذكر ايضا في المحيط والذخيرة انه روى الحسن بن زياد عن ابي يوسف ره انه يقضى بالدية في القسامة ايضا عند النكول لكن يبقى اشكال التنافي بين ما ذكر في المقامين على قول ابي يوسف ره في ظاهر الرواية وفي قول محمد مطلقا فتامل فيه

قوله وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على اهل المحلة لانه لا فصل في اطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فنوجبه بالنص لا بالقياس اقول فيه بحث لانه ان اراد باطلاق النصوص اطلاقها بحسب لفظها فهو مسلم لكن لا يجدي هنا نفعا اذ من القواعد المقررة عندهم ان النص الوارد على خلاف القياس يختص بمورده والمنصوص فيما نحن فيه وارد على خلاف القياس كما صرحوا به فلا بد وان يكون مخصوصة بمورد ها وهو ما اذا وجد القتيل في مكان نسيب الى المدعى عليهم والمدعى يدعي القتل عليهم كما ذكرنا في وجه القياس ان اراد باطلاقها اطلاقها بحسب المورد ايضا فهو ممنوع اذ لم يسمع في حق القسامة نص ورد فيما ادعى الولي القتل على البعض من اهل المحلة بعينه كما لا يخفى على من تتبع النصوص الواردة في هذا الباب قوله ولا امرأة ولا عبد لانهما ليسا من اهل النصرة واليمين على انهما اقول تشكل اطلاق هذا القول ابي حنيفة رح ومحمد ره في مسئلة تجيء في آخر هذا الباب وهي انه لو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند ابي حنيفة رح ومحمد عليهما القسامة بكير عليها الايمان والدية على عاقلتها واما عند ابي يوسف رح فالقسامة ايضا على العاقلة انتهت وسيجيء في كتاب المعاقل ما يتعلق بهذا

من الجواب وفيه من التأمل قوله لان بدل الكل عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن الا ان للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمي بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق فلا يجب به القسامة لانا لو اعتبرنا تكرر القسامتان والديتان بمقابلة النفس الواحدة ولا تتوالى البيان ربما لا يجب القسامة ولا شيء من الدية فيما يجري فيه القسامة يجب فيه القسامة بخلاف ما لو وجد الباقي لان الجاري فيه القسامة يجب فيه القسامة والدية وهذا تشكيك على الاصل لانه لا يتكرر ولو وجد فيهم جنين او سقط ليس بشيء لان الواجب فيه غرة واحدة لا غرة على عدد الرؤس

قوله لان بدل الكل عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن الا ان للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمي بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا يجب فيه القسامة يعني ان وجوب القسامة على اهل المحلة ووجوب الدية على عواقلهم ثبت بالنص على خلاف القياس والنص ورد في كل البدن واكثر البدن كل حكما وان لم يكن كلا حقيقة فالحق اكثر البدن بالبدن في وجوب القسامة والدية تعظيما لامر الدم وما سواه ليس بكل اصلا لا حقيقة ولا حكما فبقي على اصل القياس فلم تجب فيه القسامة والدية كذا في غاية البيان اقول في هذا التعليل شيء وهو انه قد ذكر في وضع المسئلة انه لو وجد بعد القتل اكثر من نصف البدن او النصف ومعه الرأس في محلة فعلى اهلها القسامة والدية والتعليل المذكور انما يفيد وجوب القسامة والدية على اهل المحلة فيما اذا وجد بعد القتل اكثر من نصف البدن ومعه الرأس في محلة لا فيما اذا وجد النصف ومعه الرأس فيها فان الموجود فيها في هذه الصورة ليس كل البدن ولا اكثره فلم يكن ما ورد فيه النص ولا ملحقا به فلم تتم التقريب اللهم الا ان يقال بالنصف اذا كان معه الرأس يصير في حكم اكثر البدن بناء على شرف الرأس وكونه اصلا كما صرحوا به فيصير قول المصنف ره الا ان للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمي شاملا لما هو الاكثر حقيقة او حكما فيتم التقريب بهذا التأويل ثم بقي شيء آخر وهو ان قول المصنف ره بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة قاصر عن افادة تمام المقصود اذ قد ذكر من قبل انه ان وجد نصفه مشقوقا بالطول او وجد اقل من النصف ومعه الرأس او معه يده او رجله او راسه فلا شيء عليهم ولا يخفى ان قوله بخلاف الاقل الى آخره لا شيء ما وجد نصفه مشقوقا بالطول فلا يحصل تمام التقريب فالاولى ان يقال بخلاف الاقل والنصف الذي ليس معه الرأس الى آخره وكان صاحب الغاية ذاق بذه الشبهة حيث قال في شرحه بدل قول المصنف ره بخلاف الاقل الى آخره او هو ليس بكل اصلا لا حقيقة ولا حكما فبقي على اصل القياس فلم تجب فيه القسامة والدية انتهى واورد بعض الفضلاء على قول المصنف ره الا ان للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمي حيث قال فيه بحث لان هذا قياس انتهى اقول ليس ذاك بوارد فان هذا الذي ذكره المصنف ره ليس بقياس بل هو الحاق بدلالة النص كما يرشد اليه قوله والملحق به في قوله بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به والذي لا يجوز في هذا الباب هو القياس لا دلالة النص كما لا يخفى

قوله ولانا لو اعتبرنا تكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتوالى البيان يعني لو وجبت بالاقل لوجبت بالاكثر ايضا اذا وجد وكذلك لو وجبت بالنصف لوجبت بالنصف الآخر ايضا اذا وجد فيلزم ان تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة وذلك لا يجوز اذ لم تشرع هكذا مكررتين قط قال في غاية البيان كان ينبغي ان يقول تتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد لانه يذكر هكذا بلفظ التثنية لانه حينئذ يكون الكثير من القسامتين والديتين وليس كذلك وقصد صاحب العناية توجيه عبارة المصنف ره حيث قال بعد نقل ما في غاية البيان ويجوز ان يكون مراد القسامتان والديتان على القطعتين تتكرران في خمسين نفسا انتهى اقول ليس هذا بشيء لان القسامة في الشرع اسم لمجموع ايمان يقسم بها خمسون من اهل المحلة وكذا الدية اسم لمجموع ناقص من المال بمقابلة دم انسان فكيف يتصور ان تتحقق في كل واحد من خمسين نفسا حتى يصح توجيه تكرر القسامتين والديتين على القطعتين تتكرران في خمسين نفسا وانما الموجود في احاد خمسين نفسا بعض القسامة والدية لا نفسها والكلام في اسناد التكرر الى نفس القسامتين والديتين فلا مساغ لذلك التوجيه

قوله والاصل فيه ان الموجود الاول ان كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة لا تجب اقول فيه نظر لانه اذا كان الباقي نصف القتيل مشقوقا بالطول مثلا يصدق عليه انه بحال لو وجد لا تجري فيه القسامة اذ قد صرح فيما قبل بانه ان وجد نصفه مشقوقا بالطول فلا شيء عليهم مع انه لا تجب القسامة حينئذ في الموجود الاول ايضا بناء على ذلك المصرح به فيما قبل فانتقض بمثل هذه الصورة قوله وان كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة تجب كما لا يخفى

قوله ولو وجد فيهم جنين او سقط ليس به اثر الضرب فلا شيء على اهل المحلة اقول في تحرير هذه المسئلة مبهما الاولى ان يقال لو وجد فيهم جنين او سقط ليس به اثر الضرب او سقط ليس به اثر الضرب فلا شيء على اهل المحلة

ان الجنين على ما صرح به في عامة كتب اللغة الولد ما دام في البطن فكيف يتصور ان يوجد فيهم جنين وحده وهو في بطن امه اما وجوده مع امه فهو بمعزل عما نحن فيه كذا في الكرماني هناك كلام دون الجنين والثاني ان ذكر الجنين ليغني عن ذكر السقط لان السقط على ما صرح به في كتب اللغة الولد الذي سقط قبل تمامه والجنين يعم تام الخلق وغير تمامه والثالث ان قوله ليس به اثر الضرب غير كاف في جواب المسئلة اذ لابد فيه من ان لا يكون به اثر الجراحة والخنق ايضا كما تقرر فيما سبق فالاقتصار هنا على نفي اثر الضرب تقصير والاظهر ان يقال ولو وجد فيهم ولد صغير ساقط ليس به اثر القتل فلا شيء عليهم تدبر **قوله** وان كان به اثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا فان قيل الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا قلنا في عين الصبي ولسانه ونحوه اذا لم يعلم صحته حكومة عدل عندنا وان كان الظاهر سلامتها اجيب بانه انما لم يجب في الاطراف قبل ان يعلم صحتها لما يجب في السليم لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وليس لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة قصاص اودية بخلاف الجنين فانه نفس من وجه عضو من وجه فاذا انفصل تام الخلق وبه اثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيما للنفوس لان الظاهر انه قتيل لوجود دلالة القتل وهو الاثر اذ الظاهر من حال تام الخلق ان ينفصل حيا واما اذا وجد ميتا ولا اثر به فلا يجب فيه شيء لان حاله لا تفرق حال الكبير واذا وجد الكبير ميتا ولا اثر به لا يجب فيه شيء فكذا هذا كذا قال جمهور الشراح وردوا صاحب العناية جوابهم المزبور حيث قال بعد ذكر السوال والجواب هذا كما ترى مع تطويله لم يرد السوال وربما تراه ولان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق في الاموال وما يسلك بها مسلكها فلان لا يكون فيما هو اعظم خطرا اولى انتهى اقول ليس الامر كما زعمه فان حاصل جوابهم منع عدم كون الظاهر حجة للاستحقاق في باب القسامة فانه يكون حجة للاستحقاق فيه تعظيما لامر النفوس وصيانة لها عن الاهدار ولهذا قالوا يجب الدية بالقتل الموجود منهم ظاهر لوجود القتيل منهم فقوله لان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق في الاموال وما يسلك بها مسلكها فلان لا يكون فيما هو اعظم خطرا اولى ممنوع فان ما لزم من عدم كون الظاهر حجة في الاموال وما يسلك بها مسلكها اهدار امر حقير وما لزم من عدم كونه حجة في النفوس اهدار امر خطير ولا شك ان اهدار الحقير اهون واولى من اهدار الخطير ثم قال صاحب العناية والصواب ان يقال الظاهر ههنا اعتبر دافعا لما عسى يدعي المقاتل عدم حيوته واما دليل الاستحقاق فهو حديث حمل بن مالك وهو قوله صلى الله عليه وسلم اسجع كسجع الكهان قوموا فادوه انتهى اقول يرد عليه ان حديث حمل بن مالك ورد في جنين انفصل ميتا وموجبه الغرة وهي نصف عشر الدية وانما سماه رسول الله صلى الله عليه وسلم دية حيث قال فدوه لكونها بدل النفس كما تقرر في باب الجنين والكلام ههنا في جنين انفصل حيا بناء على ان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا والموجب فيه القسامة والدية كما ذكر في الكتاب قاين هذا من ذلك وقد كان صاحب العناية ذكر حديث حمل بن مالك في باب الجنين على التفصيل حيث قال وهذا الحديث حديث حمل بن مالك بالحاء المهملة والميم المفتوحتين قال كنت بين جاريتين لي فضربت احداهما بطن صاحبها بعمود فسطاط او بمسطح خيمة فالقت جنينا ميتا فاختصموا اوليا فوجا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لاوليا الضاربة دوه فقال اخوها اندى من لا صاح ولا استهل ولا شر بولا اكل ومثل ذلك بطل فقال عليه السلام اسجع كسجع الكهان وفي رواية وعني واراجيز العرب قوموا فادوه الحديث وكانه نسي ما قدمت يداه **قوله** واذا وجد قتيل في

لانه انما انزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون المروج والملك المشترى قبل القبض في البيع البات وفي اللقيط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كان في سعة ان النقل على الحفظ والمراد ان النقل على الحفظ بالبد لا بالملك الا ترى انه يقدر على الحفظ بالبد دون الملك ولا يقدر بالملك بدون البد وفي البات البد الدائم قبل القبض ولكن انما يمنعه الحيا لا حد لانه يختص بذلك دون البات وكذا المبيع في يد الطحاوي والحاصل هو ان المعتبر في باب الناس به تصرفا وكون الحفظ للدائم فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فتعتبر يده لا اذ يها يقدر على الحفظ قال ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقل العاقلة حتى يشهد الشهود انها الذي في يده لانه لا يد لصاحب الملك فصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه واليد وان كانت دليلا على الملك ولكنها احتملت فلم تكن لايجاب الدية على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار المشفوعة فلا بد من اقامة البينة قال وان وجد قتيل في سفينة فالقسامة على من في الركاب والملاحين لانها في يدهم والحفظ يشملهم اذ يدهم لحق يجب على الارباب الذين فيها وعلى الساكن وكذا على من يملك الدار في قرى وغير الملاك سواء كان المعد لغلة او سكنى على ما يوجد في السفينة ظاهرا وكذا في الدار لان السفينة تنقل وتحول فتعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابة بخلاف الحمام والمسجد لانهما لا ينقلان قال وان وجد قتيل في سفينة صغيرة فالقسامة على عاقلة من له السفينة لان اليد بها له دون الملاح والمسافر لانه لا يعد قال وان وجد قتيل في سفينة عظيمة او في الشارع الاعظم فلا قسامة فيه والدية على بيت المال لانه لا يختص بواحد منهم وكذا الكنيسة والجامع ومال بيت المال مال عامة المسلمين وان وجد القتيل في دار يوسف تجب على الساكن عند محمد على المالك وان لم يكن لها كالشوارع العامة التي ينتفع بها فهي على بيت المال لانه بمنزلة المسلمين ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال وعلى قول ابي يوسف الدية والقسامة على اهل السجن لانهم سكان وكذا يقول ابو يوسف فيما لو وجد في المسجد الجامع او في الطريق الاعظم وعلى هذا الخلاف اذا وجد في الرحبة التي بين الدور والمحال وفي الرستاق على عاقلة اهل الرستاق عند ابي يوسف وعند محمد على عاقلة اقرب القرى وهم يقولون ان اهل السجن مقهورون فلا يتمكنون من الهرب فلا يتحقق منهم ما يجب لاجل النصرة ولانه بنى لاستيفاء حقوق المسلمين فاذا قتل فيه احد فهم يتهمون به فتجب عليهم كما لو قتل خطأ فانه يجب عليهم وهو ان الدية عليهم فترجع عليهم قالوا وهذا بخلاف عاقلة المالك والساكن وهي مختلف فيها بين ابي حنيفة وابي يوسف رح قال وان وجد في بيته قتيل لم تعقل عاقلته حتى يشهد الشهود انه قتل في بيته او في داره وهذا على ما ذكرنا من استحسان الاستحلاف لانه اذا كان بهذه الحالة يلحقه الوقوف من غير فلا يوصف احد بالتقصير وهذا اذا ادعى الورثة عمدا لان العمد اما اذا كانت الدية والقسامة على عاقلته وان وجد بين قريتين كان على اقربهما وقد بيناه وان وجد في وسط الفرات يرمى الماء فيوجد لانه يتبين بالاحدر وان كان متساويا يلزم كل واحد منهما نصف الدية وهذا على قول ابي حنيفة وابي يوسف رح وعلى قول محمد رح يلزم اقربهما الى الشط والشط في يد من هو بقربه الا ترى انهم يستقون منه الماء ويردون دوابهم فيه فاختلاف الشط الذي يتحقق به الشفعة كاختصاص اهل الماء بالسقي بدليل ان عليه تكون القسامة والدية عليهم قال وان ادعى اولياء واحد من اهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم وقد ذكرناه وذكر في القياس والاستحسان قال

دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة اذا كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكبر عليه الايمان قال صاحب العناية هذا شروع في شرح هذا المقام يعني اذا وجد القتيل في دار فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات وفي القسامة روايتان ففي احداهما تجب على صاحب الدار في الاخرى على عاقلته وهذا يندفع ما يرى من التدافع بين قوله قيل هذا وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه وبين قوله ههنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه فيحمل ذلك على رواية وهذا على اخرى انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلان قول المصنف ره فيما قبل وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه وان جاز ان يحمل على احدى الروايتين اللتين ذكرهما صاحب العناية الا ان قوله ههنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه لا يجوز ان يحمل على الاخرى منهما فان القسامة فيها على عاقلة صاحب الدار لا على صاحب الدار وعلى عاقلته جميعا وفيما ذكره المصنف ره ههنا على رب الدار وعلى قومه جميعا فتغاير اوامانيا فلان قول المصنف ره فتدخل العاقلة في القسامة ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكبر عليه الايمان صريح في التوفيق بين المسئلة التي ذكرها ههنا وبين المسئلة المذكورة فيما قبل حيث كان وجوب القسامة على رب الدار وعلى قومه فيما اذا كان قومه حضورا ووجوبها على رب الدار وحده فيما اذا كانوا غيبا والمصير الى الحمل على الروايتين انما يكون فيما لا يمكن التوفيق وهو خلاف مدلول كلام المصنف صراحة فكيف يصح ان يكون شرحا لمراده **قوله** لانه انما انزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك اقول هذا التعليل على قول ابي يوسف رح مشكل لانه ان اراد بقوله الولاية تستفاد بالملك الحصر بمعنى ان الولاية لا تستفاد بالملك لا لغيره فينتقض ذلك بما مر من ان الساكن يدخلون في القسامة والدية مع الملاك عنده بناء على ان ولاية التدبير كما يكون بالملك تكون بالسكنى وان لم يرد هذا لك معنى الحصر لا تتم التقريب في اثبات مدعاه في هذه المسئلة كما لا يخفى **قوله** ولان الحفظ على الحفظ باليد دون الملك الا يرى انه تقيد رعلى الحفظ باليد دون الملك لا تقيد ربالملك دون اليد اقول هذا التعليل غير واضح لانه ان اراد باليد مطلق اليد اي سواء كانت يد اصالة او يد نيابة فلا يصح اذ لا يجب شئ من القسامة والدية على المودع ونحوه بالاتفاق لكون يده يد نيابة لا يد اصالة كما صرحوا به قاطبة فلو امكن الاقتدار على الحفظ بيد النيابة ايضا لما صح ذلك وان اراد بها يد الاصالة فقط كما هو الظاهر فالخصم وهو صاحباه لا يسلم انه تقيد رعلى الحفظ بيد الاصالة فقط بدون الملك ولا انه لا تقيد رعليه بالملك بدون تلك اليد بل نقول ولاية الحفظ انما يستفاد بالملك دون اليد كما في مسئلتنا المتنازع فيها وبالجملة ما ذكر في هذا التعليل ليس باجلى من اصل المسئلة **قوله** ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقل العاقلة حتى يشهد الشهود انها للذي في يده قال صاحب العناية ولا يختلجن في وهمك صورة تناقض في عدم الاكتفاء باليد مع ما تقدم ان الاعتبار عند ابي حنيفة رح لليد لان اليد المعتبرة عنده هي التي تكون بالاصالة والعاقلة ينكر ذلك انتهى اقول لقائل ان يقول ان اليد المعتبرة عنده هي التي تكون بالاصالة لكن كيف يتم على اصله التعليل الذي ذكره المصنف ره بقوله لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى يعقل العواقل عنه وبالجملة ناقض هذا مما مر من ان الاعتبار عند ابي حنيفة رح لليد دون الملك كما في المسئلة المتقدمة ايضا فان الملك هناك للمشتري مع ان الدية عنده لعاقلة البائع لكونه صاحب اليد قبيل القبض كما نص عليه

قال وان ادعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم وجه الفرق قد بيناه من قبل وهو ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم غير معين واحد منهم لا بيانا في ابتداء الامر لانه منهم بخلاف ما اذا عين من غيرهم لان ذلك بيان ان القاتل ليس منهم وهم انما يغرمون اذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم يأخذوا على يد الظالم وكان اهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين اظهرهم لما بدعوى الولي فاذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه قال واذا التقى قوم بالسيوف فاحلوا عن قتيل فتوى على اهل المحلة لان القتيل بين اظهرهم والحفظ عليهم الا ان يدعي ولياء على اولئك او على رجل منهم بعينه فلم يكن على اهل المحلة شئ لان هذه الدعوى تضمنت براءة اهل المحلة عن القسامة قال ولا على اولئك حتى يقيموا البينة لان مجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذي رويناه ولما يسقط به الحق عن اهل المحلة لان قوله حجة على نفسه ولو وجد قتيل في معسكر اقاموا بقرية من القرى كاهل الحي فيها فان وجد في خباء او فسطاط فعلى من يسكنها الدية والقسامة وان كان خارجا من الفسطاط فعلى اقرب الاخبية اعتبارا لليد عند انعدام الملك

وقال صاحب النهاية هنا ولا يلزم اباحنيفة رح انه يعتبر اليد في استحقاق الدية حتى قال في الدار المبنية في يد البائع يوجد فيها قتيل ان الدية تجب على عاقلة البائع لانه اعتبر اليد للملك لا لمجرد اليد فلم يثبت هنا يد الملك الا بالبينة انتهى وذكر في معراج الدراية ما يوافقه حيث قال وفي جامع الكراسي اعتبر ابو حنيفة يد الملك لا لمجرد اليد في المسئلة المتقدمة وبنا لم يثبت ذلك الا بالبينة فلا يرد تقضا عليه انتهى اقول هذا التوجيه مشكل لان الملك في المسئلة المتقدمة كان للمشتري لا محالة ولهذا لم تقع النزاع بين ابي حنيفة رح وصاحبيه في تلك المسئلة اذ لو كان الملك ايضا للبائع لما حصل الخلاف واقامة الحجة من الجانبين على امر بيانه فاذا كان الملك هناك للمشتري فكيف تتحقق للبائع اذ ذاك يد الملك اذ ثبوت يد الملك له تقتضي ثبوت نفس الملك ايضا له فيلزم ان يجتمع على الدار المبنية في حالة واحدة ملكان وهما ملك البائع وملك المشتري وهو محال وان اريد بيد الملك غير معناه الظاهري اي اليد التي كان لصاحبها ملك في الاصل وان زال ذلك الملك في الحال بالبيع فما معنى اعتبار مثل ذلك الملك الزائل في ترتب الحكم الشرعي عليه في الحال ويلزم ايضا ان يعتبر ذلك اصلا لا امنا الا ينظم اضطراب في باب القسامة فتدبر قوله وان ادعى على واحد منهم غير معين سقطت وتعيينه من قبل قال صاحب النهاية يريد به قوله هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة انتهى وفيه نظر اقول الذي يظهر ان مراده ما اذا ادعى على واحد من غيرهم لانه ليس فيه نص فلو اوجبنا لا اوجبنا بالقياس وهو ممتنع فانه هو المطابق لهذه المسئلة التي ذكرها المصنف رح هنا ودون ما حمل عليه الشارحان المزبوران كما لا يخفى قوله وجه الفرق هو ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم غير معين واحد منهم لا بيانا في ابتداء الامر لانه منهم اقول لقائل ان يقول ان اريد ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم بدون ان يتعين خصوصه فهو مسلم لكن لا نسلم ان تعيين واحد منهم لا بيانا في ابتداء الامر متعين فان ابتداء الامر اذ ذاك كون القاتل منهم بدون ان يتعين خصوصه وتعيينه واحدا منهم لزم ان يتعين خصوصه وان كان منهم والا يلزم ان تعين خصوص القاتل بيانا في عدم تعيينه وان اريد ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم سواء تعين خصوصه او لم يتعين فهو ايضا ممنوع اذ لا يظهر وجه كون الجناية الصادرة عن واحد منهم غير متعين خصوصه سببا لوجوب الغرم عليهم جميعا الا يرى اذا اقر واحد منهم بعينه بقتل القتيل الموجود بين اظهرهم او ثبت ذلك بالبينة لا يجب شئ على غيره اصلا فان قيل يجوز ان يكون سبب وجوب الغرم عليهم جميعا عند تعين خصوص القاتل منهم كونهم قتلة ايضا تقديرا بتركهم النصرة لعدم اخذهم من يد ذلك القاتل الظالم كما يشعر به قول المصنف رح فيما بعد وهم انما يغرمون اذا كان القاتل فيهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم يأخذوا على يد الظالم قلنا ذلك انما يظهر اذا علموا قتل ذاك الظالم فتركوا النصرة واما اذا لم يعلموا ذلك بان كان قتيلا خفية فلا يلزم تسليم ذلك مطلقا لعدم امتياطهم في حفظ المحلة يشكل بما اذا اقر واحد منهم بعينه بالقتل او ثبت ذلك بالبينة فانه لا يجب على غيره شئ هنا مع تحقق ذلك السبب فيه ايضا فتامل في التوجيه وذكر في الشروح نقلا عن المبسوط انه روى ابن المبارك عن ابي حنيفة رح انه يسقط القسامة والدية عن اهل المحلة لان دعوى الولي على واحد منهم بعينه يكون اسقاطا لاهل المحلة عن القسامة فان القسامة في قتيل لا يعرف قاتله فاذا زعم الولي انه يعرف القاتل منهم بعينه صار مبريا لهم عن القسامة وذلك صحيح سندا انتهى قلت هذه الرواية اظهر عندي درايةً والله اعلم بالصواب قوله ولان اهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين اظهرهم لما بدعوى الولي فاذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه اقول لتشكيل هذا التعليل بما اذا ادعى الولي على واحد من اهل المحلة بعينه فانهم اذا لم يغرموا مع ظهور القتيل بين اظهرهم لما بدعوى الولي فاذا ادعى الولي على واحد منهم بعينه دون غيره ولزم ان يسقط الغرامة عن غيره منهم لفقد شرط الغرامة وهو دعوى الولي عليهم فتفكر في الفرق وتعلم لا يتيسر بدون التعسف قال العيني واعلم ان قوله وجه الفرق الى قوله قال واذا التقى قوم بالسيوف لم يوجد في كثير من النسخ ولهذا لم يتعرض اكثر الشروح انتهى قلت ومن هذا ترى ما فيه من الوهن كما بينت عليه انفا في الموضعين قوله واذا التقى قوم

وان كان القوم لفوا قتالا ووجد قتيل بينهم فلا قسامة ولا دية كان الظاهر ان العدو قتله فكان هدرا وان لم يلفوا عدوا فعلى ما بيناه وان كان الدار دار مسلمين فالعسكر كالمكان فيجب على المالك عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لابي يوسف رحمه الله وقد ذكرناه **قال** واذا قال المستحلف قتله فلان واذا استحلف بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلا فلان لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه **قوله** فلان يقتل على واحد يقتل فيحلف على ما ذكرنا لانه لما اقر بالقتل على واحد صار مستحقا عن اليمين فبقي حكم من سواه فيحلف عليه **قال** واذا شهد اثنان من اهل المحلة على رجل من غيرهم انه قتل لم تقبل شهادتهما عندنا خلافا لابي حنيفة رحمه الله وقال لا يقبل لانهم كانوا بالمرصاد ان يصيد واحدا منهم وقد بطلت العرصة بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كما لو قيل بالخصومة لانه اخر جل في الخصومة وله انهم خصماء وبالناس قاتلين للتصدير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من جملة الخصوم كالوصي اذا اخرج من الوصاية بعد ما قاتلها ثم شهد قال رضي الله عنه وعلى الاصلين هذين تخرج كثير من المسائل من هذا الجنس **قال** ولو ادعى على واحد من اهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من اهلها عليه لم تقبل الشهادة لان الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهما وعن ابي يوسف رحمه الله ان الشهود يحلفون بالله ما قتلناه ولا يجب الدية على ذلك لانهم اخبروا انهم عرفوا القاتل **قال** ومن جرح في قبيلة فقيل الى اهله فمات من تلك الجراحة فان كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة هذا قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا قسامة ولا دية كان الذي حصل في القبيلة او المحلة مادون النفس ولا قسامة فيه فصار كما اذا لم يكن صاحب فراش ولان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا هو ليس له وجب القصاص فان كان صاحب فراش فيحتمل ان يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك ولان رجلا معه جرح به رمق حمله انسان الى اهله فمكث يوما او يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله الى اهله وان لم يكن احتمال

وله ان القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل وهذا لا يدخل فيه الدية من مات قبل ذلك ورجال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلا في دار نفسه لان حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملك المولى فصار كانه قتل نفسه فيهدر دمه ولو ان رجلين كان كل واحد منهما في بيت وليس في احدهما ثالث فوجد احدهما مذبوحا قال ابو يوسف رحمه الله يضمن الآخر الدية وقال محمد لا يضمنه لانه يحتمل ان المقتول قتل نفسه ويحتمل ان القاتل قتله الآخر فاذا يضمنه بالشك وكذا في يوسف رحمه الله ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه فكان الوهم ساقطا كما اذا وجد قتيل في محلة ولو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله القسامة عليها تقوم عليها كالايمان والدية على عاقلتها اقرب القبائل اليها في النسب وقال ابو يوسف رحمه الله القسامة على العاقلة ايضا لان القسامة انما تجب على من كان من اهل النصرة والمرأة ليست من اهلها فاشبهت الصبي وهما ان القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المرأة متحققة قال المتأخرون ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة لانا انما اوجبنا قاتلة والقاتل يشارك العاقلة ولو وجد رجل قتيلا في ارض رجل الى جانب قرية ليس صاحب الارض من اهلها قال هو على صاحب الارض لانه احق بنصرته ايام ضه من اهل القرية

كتاب المعاقل

المعاقل جمع معقلة وهي الدية وتسمى الدية عقلا لانها تعقل الدماء من ان تسفك اي تسيل

الصورتين معا اما تناول الصورة الثانية وهي ان كان عاقلة الميت غير عاقلة الورثة فظاهر واما تناوله الصورة الاولى وهي ان كان عاقلة الميت عين عاقلة الورثة فلان عاقلتهم اذا اتحدت يصح نسبتهم الى الورثة كما يصح نسبتهم الى الميت بل يكون نسبتهم الى الورثة اولى هنا لان الدار لما كانت حال ظهور القتل للورثة لا للميت وكان وجوب القسامة والدية بناء على ظهور القتل كما ذكره المصنف رحمه الله في الدليل كانت الدية على عاقلة الورثة لا على عاقلة الميت وقال صاحب النهاية في شرح قول المصنف رحمه الله فديته على عاقلته لورثته اي على عاقلة ورثته توضيحا لانه لما وجد قتيلا في الدار المملوكة لورثته لا له لانه ميت والميت ليس من اهل الملك كانت الدية عليهم وانما قال الدية على عاقلته بناء على الظاهر وهو ان عاقلة الوارث والمورث متحدة وان كان في موضع تختلف العاقلة ينبغي على قياس هذه الطريقة وهي ان الدار مملوكة لورثته للميت ان تكون الدية على عاقلة الورثة وهي الاوضح وعلى قياس طريقة ان غيره لو وجد قتيلا فيها كانت القسامة عليه دون عاقلته يجب ان يكون الدية على عاقلة القتيل كذا في المبسوط انتهى اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان ندا اولى مما ذكره صاحب العناية الا ان في تقريره ايضا شيئا من الركاكة فالاوجه ما قررناه من قبل تامل ترشد **قوله** ولان القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم اعترض عليه ان الدية انما وجبت على عاقلة الورثة فانما وجبت للورثة فكيف يستقيم ان يقتلوا اعمامهم حتى تجب الدية على عاقلتهم بانها يجب للمقتول حتى يقضي منها ديونه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه وهو نظير الصبي والمعتوه اذا قتل آباءهم تجب الدية على عاقلته وتكون ميراثا له كذا في العناية وعليه اكثر الشراح اقول يرد على ظاهر هذا الجواب انه ينافي ما ذكر في وضع جواب المسئلة فان المذكور فيه فديته على عاقلة الورثة عند ابي حنيفة رحمه الله ومقتضى جواب الاعتراض ان تكون ديته له لا لورثته ويمكن دفعه بان المراد بالمذكور في وضع جواب المسئلة ان دية المقتول على عاقلة الورثة في ثاني الحال اي تصير لهم بالخلافة عن المقتول بعد ان كانت له اولا ومثل هذا التسامح في العبارة ليس بعزيز في كلمات الثقات ثم اقول بقي ههنا اشكال قوي وهو انه قد مر ان دعوى ولي القتيل شرط لوجوب القسامة والدية وولي القتيل فيما نحن فيه هو الورثة فلا بد من دعواهم فيلزم ان يكون دعواهم على انفسهم لان الدار كانت لهم حال ظهور القتل ولا يخفى ما فيه ويمكن دفعه ايضا بتحمل فليتامل واجاب صاحب الغاية عن اصل الاعتراض بوجه آخر حيث قال قلت العاقلة اعم من ان تكون ورثته او غير ورثته مما وجب على غير الورثة مما يجب للورثة منهم اقول ليس بشئ اما اولا فلان الدية اسم لما قدر شرعا من الانواع المخصوصة من المال كما تقرر في اول الهدايات وبعض ذلك لا يسمى دية كما صرحوا به فلو كان ما يجب للورثة من العاقلة ما وجب على غير الورثة منهم فقط لما تم جواب هذه المسئلة وهو قوله فديته على عاقلته لورثته لان دية المقتول مجموع ما يجب على العاقلة كلهم لا ما يجب على بعض منهم واما ثانيا فلان المحذور المذكور في الاعتراض المزبور انما هو ان يكون الذين عقلوا عنهم هم الذين عقلوا لهم وهم الورثة كما نبادي عليه قول المعترض فكيف يستقيم ان يقتلوا عمهم لهم لا ان يكون من وجبت الدية عليهم عين من وجبت لهم حتى يقال ان من وجبت الدية عليهم غير الورثة ومن اوجبت لهم هم الورثة فلا اتحاد على ان العاقلة اذا كانت اعم من ان تكون ورثته او غير ورثته كما صرح به في ذلك المجيب يكون الورثة ايضا ممن وجبت لهم الدية لان الدية انما تجب على العاقلة كلهم لا على بعض منهم فيلزم اتحاد من وجبت الدية عليهم ومن وجبت لهم بالنظر الى الورثة لا محالة فلا يصح الجواب المزبور على كل حال كما لا يخفى

كتاب المعاقل

اقول هكذا وقع العنوان في عامة المعتبرات لكن كان ينبغي ان يذكر العواقل بدل المعاقل لان المعاقل جمع المعقلة وهي الدية كما صرح به المعرب وغيره فيصير المعنى كتاب الدية وبدا مع كونه منويا الى الذكر ليس تاما في نفسه لان بيان اقسام الديات واحكامها قد مر مستوفى في كتاب الديات وانما المقصود بالبيان

قال ودية في شبه العمد والخطأ وكل دية تجب بنفس القتل على العاقلة والعاقلة الذين يعقلون يعني يؤدون العقل وهو الدية وقد ذكرناه في الديات والاصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام في حديث حمل بن مالك رضي الله عنه للذي قضى عليه بالدية وياخذها فوه واخوانه وعلى العاقلة وكان النفس محترمة لا وجه الى الاهدار والجاني معذور وكذا الذي توفي شبه العمد نظرا الى حالة وجد ايجاب العقوبة عليه وفي ايجاب مال عظيم اجحاف به واستيصاله فيصير عقوبة فضم اليه العاقلة تخفيفا للتخفيف واتما خصها بالذكر لانه انما اقتصر لقوة قبة تلك بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم وانما تبعه مختصر ابو القاسم قال والعاقلة اهل الديوان ان كان القاتل من اهل الديوان يؤخذ من عطاياهم في ثلث سنين واهل الديوان اهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت اساميهم في الديوان وهذا عندنا وقال الشافعي الدية على اهل العشيرة لانه كان كذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه صلة ولانه لا ضرر بعده ولانه الاقارب ولنا قضية عمر رضي الله عنه فانه لما دون الدواوين جعل العقل على اهل الديوان وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير فكان اجماعا ولان التقرير معقول لان العقل كان على اهل العشيرة وقد كانت بانواع بالقرابة وبالحلف والولاء والعقد قد صارت بالديوان فجعلوا على اهل الديوان اتباعا للمعنى وقد قالوا لو كان اليوم قوم تناصروا بحرف فعاقلتهم هم الذين هم في ديوان كان بالحلف واهله والدية صلة كما قال لكن اجابها بانها صلة وهو العطاء اول منه فاصول الموالي والتقدير بثلث سنين روى عن النبي عليه السلام وعن علي رضي الله عنه وكان لا خذ من عطاء للتخفيف ولاستيفاء خمس في كل سنة فوق واحدة فان خرجت العطايا في اقل من ثلثة او اقل اخذ منها بالحصص وان زادت العطايا في السنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو جمعت في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء على ما بيّن ان شاء الله تعالى ولو خرج للقاتل ثلث عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل

بهذا بيان من يجب تقسيم الدية بتفاصيل انواعهم واحكامهم وهم العاقلة فالمناسب في العنوان ذكر العواقل لانها جمع العاقلة قال صاحب النهاية لما كان موجب القتل الخطأ ونحوه في معناه الدية على العاقلة لم يكن بد من معرفتها ومعرفة احكامها فذكرها في هذا الباب انتهى واقتفى اثره صاحب العناية اقول ليس الامر كذلك بسديد لان مداره ان يكون المقصود بالذات في هذا الفصل معرفة الديات نفسها ومعرفة احكامها وليس كذلك فان محلها كتاب الديات واستوفيت هناك على التفصيل وانما المقصود بالذات ههنا معرفة العواقل واحكامها وذكر الدية على سبيل الاستطراد ولولا ذلك لما ذكر الكتاب ههنا بل كان ينبغي ان يذكر الباب او الفصل لكون المذكور ههنا اذ ذاك شيئا من الديات بخلاف العواقل فانها امر مستمر للديات ذاتا وحكما فكانت محلا لذكر الكتاب وكان ذينك اشارتين انما اعاد المذكر المعاقل في عنوان هذا الكتاب بدل العواقل كما فصلناه انفا والوجه ما سديه ههنا ما ذكره صاحب معراج الدراية حيث قال لما بين احكام القتل الخطأ وتوابعه شرع في بيان من يجب عليه الدية اذ لا بد من معرفتها قوله والدية في شبه العمد والخطأ وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة قال جمهور شراح قوله وكل دية مبتدأ وقوله على العاقلة خبره اقول فيه خلل اذ لو كان الامر كما قالوه لكان قوله لكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة كلاما مستقلا وكان ما قبله وهو قوله والدية في شبه العمد والخطأ كلاما تاما مستقلا ايضا فيلزم ان يكون قوله والدية مبتدأ وقوله في شبه العمد والخطأ خبره فيصير المعنى والدية كائنة او واجبة في شبه العمد والخطأ وهذا مع استلزامه ان يكون قوله والدية في شبه العمد والخطأ مستدركا لا محل له تحته ههنا اذ كون الدية واجبة في شبه العمد والخطأ قد ذكر مفصلا في كتاب الجنايات وكتاب الديات وليس له تعلق بكتاب العاقل ويفوت به المعنى المقصود ههنا وهو بيان كون الدية في شبه العمد والخطأ على العاقلة اذ بهذه الحيثية تصير هذه المسئلة من مسائل كتاب العاقل والحق الصريح عندي ان قوله والدية مبتدأ وقوله في شبه العمد والخطأ صفته اي الدية الكائنة او الواجبة في شبه العمد والخطأ وقوله وكل دية وجبت بنفس القتل عطف على قوله والدية في شبه العمد والخطأ وقوله على العاقلة خبر المبتدأ وهو قوله والدية فيصير الحكم بكونها على العاقلة مستفادا على المعطوف والمعطوف عليه جميعا فلا يلزم التكرار اصلا ويحصل المعنى المقصود بلا ريب قوله ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة اقول في تمام هذا التعليل كلام لانه يجوز ان يكون العطاء الخارج في سنة واحدة او في سنتين وافيا بتمام الدية لكثرة احاد العاقلة فيمكن اخذها بالتمام من العطاء الخارج في سنة او سنتين فلا يفيد هذا التعليل المذكور للمدعى وهو التقدير بثلث سنين والجواب ان هذا يجوز ان لا يكون العطايا الخارجة في ثلث سنين وافية بتمام الدية لقلة احاد العاقلة فلا بد ان تؤخذ اذ ذاك من العطايا الخارجة في اكثر من ثلث سنين فلا يفيد التعليل المذكور المدعى من نحو الحيثية ايضا كما ترى نعم يفيد التاجيل مطلقا لكن المدعى ههنا هو التاجيل بثلث سنين لا التاجيل مطلقا قوله فان خرجت العطايا في اكثر من ثلث سنين او اقل اخذ منها لحصول المقصود اقول فيه بحث وهو ان القياس كان يابى ايجاب المال بمقابلة النفس المحترمة لعدم المماثلة بينهما الا ان الشرع ورد بذلك كما صرحوا به والشرع انما ورد بايجابه موجلا بثلث سنين فانه هو المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو المحكي عن عمر رضي الله عنه كما مر انفا فينبغي ان يخصص التاجيل بما ورد به وجيء نظير هذا في الكتاب في تعليل ان ما وجب على القاتل في ماله كما اذا قتل الاب ابنه عمدا يحال عندنا على موجل بثلث سنين فقال بل يكون دفعة قوله ولو خرج للقاتل ثلث عطايا في سنة واحدة قال صاحب معراج الدراية وفي بعض النسخ ولو خرج للمقابل اي للقاتل المقابل وهو الاصح انتهى وتابعه الشارح العيني اقول كيف يكون ذاك هو الاصح وحينئذ يلزم ان يكون قول المصنف ره سنة في المستقبل لغوا محضا لان ما يخرج في العام القابل اي المقبل لا يكون الا في المستقبل قطعا فما معنى تفسير المراد بقوله سنة في المستقبل اللهم الا ان يفرق بين خرج في العام القابل

خلاف القياس اذ القياس عندهم ان الشرع الوارد على خلاف القياس لا يتعدى

يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا واذا كان جميع الدية في ثلث سنين فكل ثلث منها في سنة وان كان الواجب بالفعل ثلث دية النفس او اقل كان في سنة واحدة وما زاد على ثلث بل تمام الثلثين في السنة الثانية وما زاد على ذلك الى تمام الدية في السنة الثالثة وما وجب على العاقلة من الدية او على القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا فهو في ماله في ثلث سنين وقال الشافعي هو ما وجب على القاتل في ماله فحل حالا لان التاجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض قلنا ان القياس ياباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلث سنين اعتبارا للبعض بالكل اذ هو بدل النفس

وبين خروج العام القابل ويدعي امكان كون الخروج للعام القابل في الماضي بان خرج العطاء في الماضي للعام القابل اي لاجل العام القابل بطريق تعجيل عطاء عطية العام الاتي ايضا لمصلحة لكنه تعسف لا يخفى نعم في السنة الاولى ايضا كلام وهو انه قال في جواب هذه المسئلة يؤخذ منها كل الدية ولا شك ان كل الدية لا تؤخذ من العطايا التي حرجت للعاقلة جميعها اذا خرجت للقاتل فقط الا انه يمكن ان يقدر المضاف في قوله ولو خرج للقاتل اي لو خرج لعاقلة القاتل وتقدير المضاف طريقة معهودة فحينئذ ينتظم جواب المسئلة كما لا يخفى **قوله** يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا قال الشراح قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء اقول او اريد خروجها عن سنن الصواب فالظاهر ان قوله لما ذكرنا تاويل على قوله يؤخذ منها كل الدية فحينئذ لا مجال لكون قوله المذكور اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء اذ لا تاثير لكون الوجوب بالقضاء في ان يؤخذ كل الدية من العطايا الخارجة في سنة واحدة في مسئلتنا هذه بل انما يكون قوله المذكور حينئذ اشارة الى قوله لحصول المقصود فانه يصح ان يكون دليلا عليه اذ ذاك كما لا يخفى على ذوي مسكة نعم لو جعل قوله المزبور دليلا على قوله مضافا في المستقبل يصح جعل ذلك اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء لكن جعله دليلا على ما وقع ذكره من المصنف هو استطراد او بالتبع وهو قوله مضافا في المستقبل وترك ما هو اصل المسئلة ومقصود بالذات هنا فاحفظ هذا عن الدليل بالكلية مما لا يقبله الفطرة السليمة على ان لو كان مراد المصنف هو ذلك لما آخر قوله لما ذكرنا عن جواب المسئلة بل كان عليه ان يذكره متصلا بقوله مضافا في المستقبل **قوله** وما وجب على العاقلة من الدية او على القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا فهو في ماله ثلث سنين اقول هذا التحرير يحتمل اذ الظاهر ان خبر ان في قوله وما وجب على العاقلة انما هو قوله فهو في ماله اذ لو كان خبره في ثلث سنين لم يكن للفا في قوله فهو في ماله معنى بل لم نظير الضمير هو في قوله فهو في ماله ارتباط بما قبله نوا كله مما لا ستره به عند من له دربة باساليب الكلام والقواعد الادبية فان كان خبر ان قبله فهو في ماله لم يصح معنى الكلام في المقام فان ما وجب على العاقلة من الدية ليس من مال القاتل بلا ريب فالحق في تحرير المقام ان يقال وما وجب على العاقلة من الدية او على القاتل في ماله بان قتل الاب ابنه عمدا فهو في ثلث سنين **قوله** ولنا ان القياس ياباه والشرع ورد به موجلا فلا يتعداه قال صاحب العناية في شرح قوله ان القياس ياباه اي القياس يابا ايجاب المال بمقابلة النفس يعني لاقتضيه لان القياس من حيث الشرع وحي بمناقض انتهى اقول ليس هذا شرحا صحيحا اما اولا فلانه لو كان معنى قول المصنف رحمه الله القياس يابا ذلك لاقتضيه لما ثبت دليلنا المذكور منافيا فان ايجاب المال بمقابلة النفس لا يكون حينئذ مخالفا للقياس لان عدم اقتضاء القياس اياه ليس باقتضاء عدمه وهو مخالفة انما تتحقق في الاثر الذي دون الاول فاذا لم يكن ذلك مخالفا للقياس لم يلزم من ورود الشرع بايجاب المال في الخطاء موجلا ان يتعدى غيره لان الذي لا يتعدى مورده انما هو ما يخالف القياس كما تقرر في علم الاصول واما ثانيا فلانه ان اراد بقوله وحي اي حجج الشرع لا تناقض ان حجة المعول لا تناقض فمسلم لكن القياس فيما نحن فيه ليس بمعمول به بل هو متروك بالنص الوارد بايجاب المال فلا محذور باقتضائه عدم ايجاب المال بمقابلة النفس وان اراد به ان حجج الشرع لا تتناقض مطلقا اي سواء كانت معمولا بها او لا فممنوع كيف وقد نصوا في كتب الاصول بانه للمعارضة بين الادلة الشرعية والترجيح وبنوا احكام ذلك على التفصيل والعجب من الشارح المزبور انه رفض هنا عدة من القواعد الفقهية بلا ضرورة اصلا ثم قال ذلك الشارح فان قيل انه ليس في معنى الخطاء فلا يلحق به قلنا هو في معناه من حيث كونه مالا وجب بالقتل ابتداء اقول ان قيد الابتداء في قوله وجب بالقتل ابتداء ينافي ما تقدم في اول كتاب المعاقل فانه لما قال في الكتاب هناك وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة قال ذلك الشارح وغيره في شرح قوله وجبت بنفس القتل اي ابتداء وقالوا انما عبر به عن دية تجب بسبب الصلح او الابوة في القتل العمد فانها في مال القاتل لا على العاقلة انتهى ووجه المنافاة غير خاف على ذوي

قوله ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلث سنين اعتبارا للبعض بالكل اقول قدمنا في كتاب الجنايات انه اذا قتل جماعة واحدا واحدا من

وانما يعتبر قدره ثلث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب كان اصلا المثل والتحول الى القيمة بالقضاء بعد ما وجب دراهم من وقته كما في دلل المهر ور قال ومن لم يكن من اهل الدراهم فعاقلته قيمتها لان نصرتهم وهي المعتبرة في التعاقل قال وتقسم عليهم في ثلث سنين لانه اداء واجب على اربعة دراهم في كل سنة وينقص منها قال رضي الله عنه كذا ذكره القدوري في مختصره وهذا اشارة الى انه يؤدي على اربعة من جميع الدية وقد نص محمد رحمه الله على انه لا يؤدي على كل واحد من جميع الدية في ثلث سنين على قلبة او اربعة فذلك لوخذ من كل واحد في كل سنة الا درهما او درهما وثلث درهم وهو لا صحيح قال وان لم يكن ينسب القبيلة كذلك عقل الاقرب فالاقرب من قبائل الاب لان العقل مواساة وانما يكون ذلك بقرب القبائل من الاب لقرب الاب وبعده منه وهذا لان الاقرب فالاقرب على وجه التخفيف ويضم الابعد الى الاقرب على وجه التغليظ لان الاقرب على قرب منه يلزم ثم يلزم الابعد عند عدم الاقرب

قال وادخل القاتل مع العاقلة معكوس فيما يؤدي كاحدهم لانه هو الفاعل فلا معنى لاخراجه وهو اخذ بجريرته وقال الشافعي رحمه الله لا يجب على القاتل شيء من الدية لعتبار بجنايته خطأ لكن في البقية عنده ذا تجامعا كونه معذورا قلنا ايجاب الكل اجحاف به ولكن ذلك ايجاب الجزء ولكن الخاطئ معذور قلنا لا يبرئ عنه اولى قال الله تعالى ولكم في القصاص حياة يا اولي الالباب ولهذا لو قتل خطأ وجبت الكفارة وهي لا تجب الا على القاتل ولان العقل انما يجب على اهل النصرة لتركهم النصرة والنصرة لا تجب على الصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهي الجزية وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امرأة لا شيء عليهما من الدية بخلاف الرجل كان جزء من الدية على القاتل باعتبار انه احال النصرة لانه ينصر نفسه وهذا لا يوجد فيهم والفرض لهما من الغلظ المعونة لا النصرة لكن فرض ازدجار النبي عليه السلام ورضي الله عنهم ولا معقل اهل مصر من مصر آخر يدل عليه انه اذا كان لاهل كل مصر ديوان على حدة لا كان التناصر بالديوان عند وجوده ولو كان باعتبار القرب في السكنى فاهل مصر اقرب اليه من اهل مصر آخر ويعقل اهل كل مصر من اهل سواد لا يلحقهم اتباعا لاهل المصر فانهم اذا خرجوا لاستنصرهم اليهم فيعقلهم اهل المصر باعتبار معنى القرب النصرة ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه اهل الكوفة لانه يستنصر باهل ديوانه لا يجيرانه والحاصل ان الاستنصار بالديوان اظهر فلا نظر معه لحكم النصرة بالقرابة والنسب الولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه وعلى هذا يخرج كثيرا من صور مسائل المعاقل ومن جنى جناية من اهل المصر وليس له في الديوان عطاء واهل البادية اقرب اليه ومسكنه المصر عقل عنه اهل الديوان من ذلك المصر ولم يشترط ان يكون بلده وبين اهل الديوان قرابة وقيل هو صحيح لان الذين يدونون عن اهل المصر يقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم اهل الديوان من اهل المصر لا يختصون به اهل العطاء وقيل تأويله اذا كان قريبا لهم وفي الكتاب اشارة اليه حيث قال واهل البادية اقرب اليه من اهل المصر وهذا لان الوجوب عليهم بحكم القرابة واهل المصر اقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم وصار نظير مسئلة الغنيمة المنقطعة ولو كان البدوي نازلا في المصر لا فسكنى له فيه لا بعقله اهل المصر لان اهل العطاء لا ينصرون من لا سكنى له فيه كما ان اهل البادية لا يعقل عن اهل المصر النازل فيهم لانه لا ينتصر بهم دان كان لاهل الذمة موقوفة يتعاقلون بها فقراؤهم فتلزمهم فداء جنايته على عاقلته معونة للمسلمين لانهم التزموا احكام الاسلام في المعاملات لا سيما في المعاني العاصمة عن الاضرار وهو معنى الناصر موجود في حقهم وان لم يكن لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم تقضي بها عليه كما في حق المسلم لما بينا ان الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة ان لو وجدت فاذا لم توجد بقيت عليه في ماله بمنزلة تأخرين مسلمين في دار الحرب قتل احدهما صاحبه يقضي بالدية عليه في ماله كان اهل دار الاسلام لا يعقلون عنه وعلته من هذا القتل ليس بنصرتهم كذا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر وبعد التقسيط او مرتين والرزق يخرج له كل شهر ثم قال وفي شرح القدوري في العاقلة الدية في اعطياتهم ثلث سنين فان لم يكونوا اهل العطاء وكانت لهم ارزاق جعلت الدية في ارزاقهم وقال الفرق بينهما ان العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة انتهى فنظر صاحب الغاية لا يرد على ما ذكره في الموضع الاول قط وكذا لا يرد على ما ذكره في الموضع الثاني او لا لقوله ففرق ما بينهما ان العطاء ما يخرج للجندي من بيت المال في السنة مرة او مرتين والرزق ما يخرج له كل شهر وانما يرد على ما نقله عن شرح القدوري بقوله وقال الفرق بينهما ان العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة وهو ليس بمرضي عند صاحب المغرب فنسبه ذلك القول الى صاحب المغرب نفسه واياد انظر عليه ليس ينبغي والعجب هنا من صاحب الغاية انه حين ما ذكر من بين ما ذكروا في الفرق بين العطية والرزق ذلك القول الذي رده صاحب الغاية ولم يتعرض لما فيه من المحذور ثم ذكر شيئا بعد مع ظهور ان المسئلة الآتية في الكتاب بقوله وان كانت لهم ارزاق في كل شهر واعطية في كل سنة فرضت الدية في العطية دون الارزاق يأبى ذلك القول جدا **قوله** واذا دخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كاحدهم قال صاحب النهاية اعلم ان القاتل انما يكون كاحد العواقل في اداء نصيبه من الدية اذا كان القاتل من اهل العطاء في الديوان واما اذا لم يكن هو من اهل العطاء فلا يجب عليه شيء من الدية عندنا ايضا لان الدية يؤخذ من الاعطيات وقال وهو هكذا منصوص في المبسوط واتفق اثره في تفسير هذه المسئلة بالوجه المذكور اكثر الشراح منهم صاحب الغاية وقول هذا مشكل عندي وقد مر في الكتاب ان من لم يكن من اهل الديوان فهو من قبيلته لان نصرتهم وهي المعتبرة في التعاقل ولا شك ان قبيلته من لا يكون من اهل العطاء في الديوان فلا يكون هو ايضا من اهل العطاء في الديوان وقد مر ايضا انهم قالوا لو كان اليهود قوم نساكر بهم بالحرف فعاقلتهم اهل الحرفة وان كان بالحلف فاهله وعلى مقتضى ما ذكر في النهاية من قوله لان الدية تؤخذ من الاعطيات في تعليل قوله واما اذا لم يكن من اهل العطاء فلا يجب عليه شيء من الدية عندنا ايضا يلزم ان لا يجب الدية على العاقلة ايضا فيما اذا لم يكن القاتل ولا عاقلته من اهل العطاء لعدم امكان الاخذ من الاعطيات هناك لا في حق القاتل ولا في حق عاقلته واللازم باطل للاجماع فان وجوب الدية على العاقلة في القتل خطأ وشبه العمد مجمع عليه خاذا وجب عليهم الدية فالتبة ينبغي ان يجب على القاتل ايضا شيء منها وان لم يكن من اهل العطاء والعلة التي ذكرت في الكتاب وهي ان القاتل هو الفاعل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره فتدبر **قوله** وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امرأة لا شيء عليهما قال صاحب النهاية ان قوله ههنا لا يجب على المرأة شيء من الدية وان كانت هي القاتلة مخالف لمسئلة التي ذكرها قبيل كتاب المعاقل فيما اذا وجد القتيل في دار امرأة حيث اوجب المتأخرون هناك في تحمل الدية مع العاقلة انتهى وقال صاحب الغاية بعد نقل ذلك قبيل وليس بصحيح لان فرض المسئلة فيما اذا كانت قاتلة حقيقة وهناك تقدر قاتلة بسبب وجوب القسامة لا يقال اذا لم يجب على المرأة شيء من الدية وهي قاتلة حقيقة فلان لا يجب عليها شيء منها وهي قاتلة تقديرا اولى لانا نقول القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم لها بالاستقلال او بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقراء وقد تحقق الملزوم فيتحقق اللازم بخلاف القتل مباشرة فانه قد لا يستلزم الدية انتهى اقول فيه نظر لان استلزام القسامة وجوب الدية على المقسم عندنا اما بالاستقلال او بالدخول في العاقلة بالاستقراء

والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت ملاهم لان الكفر كله ملة واحدة قالوا هذا اذا لم تكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة اما اذا كانت ظاهرة كالبيهود والنصارى ينبغي ان لا يتعاقلون بعضهم عن بعض وهكذا عن ابي يوسف لانقطاع التناصر

ممنوع فانه اذا وجد القتيل في قرية امراة فعند ابي حنيفة رح ومحمد رح يجب عليها القسامة ولا يجب عليها شيء من الدية على ما هو المنصوص عليه من محمد رحمه الله كما ذكر في غاية البيان والكفاية وغيرهما والمتاخرون وان قالوا ان المراة تدخل مع العاقلة في تحمل الدية في تلك المسئلة الا ان تعليلهم ايانا بالتقويم لا ما انزنا بما قالته فلا يشارك العاقلة كما مر في الكتاب قبيل كتاب المعاقل يابى الفرق بين القاتلة حقيقة والقدرة قاتلة بل يقتضي قياس المنزلة قاتلة حقيقة والا لا يتم تعليلهم المذكور لا على قاعدة المتقدمين ولا على قاعدة المتاخرين كما يظهر بالتامل الصادق فالحق في التوفيق بين الكلمتين المذكورتين في المتعاقبين ما ذكره سائر الشراح فانه قال في الكفاية هذا يخالف ما ذكر قبيل المعاقل من اختيار المتاخرين ان المراة تدخل في التحمل مع العاقلة الا ان ذلك ليس باصل الرواية وانما هو اختيار بعض المتاخرين مما ذكر ههنا هو اختيار الطحاوي وهو الاصح وهو اصل رواية محمد رحمه الله انتهى وقال في معراج الدراية هذه المسئلة مخالفة لما مر قبيل كتاب المعاقل انه لو وجد قتيل في دار المراة ان القاتلة تشارك العاقلة عند المتاخرين الا انه يمكن ان يكون هذا على رواية المتقدمين ان المراة لا تدخل في العواقل في صورة من الصور انتهى قال في غاية البيان فان قلت قد مر قبيل كتاب المعاقل ان القتيل اذا وجد في قرية امراة تجب القسامة عليها والدية عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وذهب المتاخرون الى انها تشارك العاقلة في الدية فكيف لم تشاركهم ههنا قلت ثمة ايضا لا نشاركهم في الدية على ما هو المنصوص من محمد رح وانما استحسن المتاخرون في تلك المسئلة خاصة انتهى ثم قال صاحب الغاية فان قلت هذا الجواب يبتني على ايجاب القسامة عليها وفي ذلك تناقض لانه قال قبل هذا لا قسامة على صبي الى ان قال ولا امراة ولا عبد وقال ههنا لو وجد قتيل في قرية لامراة فعند ابي حنيفة رح ومحمد رح القسامة عليها مكررا الايمان وذلك تناقض قلت الجواب ان ذلك مذكور في سياق قوله وان لم يكمل اهل المحلة خمسين كررت الايمان فمعناه لا يكمل اهل المحلة خمسين من الصبي والمراة والعبد لانهم ليسوا من اهل النصرة واليمين على اهلها واما ههنا فالقتيل وجد في قريتها فتجب عليها لقيام التهمة اقول فانها متحققة ههنا وبين من هذا ان القسامة اذا وجبت على الجماعة تعلل بالنصرة فمن كان اهلا لها يدخل ومن لا فلا يدخل الصبي والعبد والمراة واذا وجبت على واحد تعلل بتهمة القتل فمن كان من اهلها وجبت عليه ومن لا فلا فيدخل المراة اذا شاركها اقول فيه ايضا نظر اما اولا فلان كون ذلك مذكورا في سياق قوله وان لم يكمل اهل المحلة خمسين كررت الايمان ممنوع بل ذلك مسئلة مبتدأة مقصودة بالبيان على الاستقلال اذ لو كان معناه لا يكمل اهل المحلة خمسين من الصبي والمجنون والمراة والعبد لانفى صلاحيتهم للقسامة مطلقا اي سواء كانوا منفردين او منضمين الى الغير لتكميل الخمسين او كانوا منفردين وحينئذ لزم ان يكون بيان حال الصبي والمجنون والعبد في امر القسامة عند كونهم منفردين غير منضمين الى الغير متروكا بالكلية في هذا الكتاب وكثير من الكتب المعتبرة اذ الفرض ان عدم الصلاحية للقسامة حال الانضمام الى الغير لتكميل الخمسين لا يستلزم عدم الصلاحية للقسامة حال الانفراد وهو حاصل الجواب الذي ذكره لدفع التناقض بين المتعاقبين في حق المراة كما ترى واما ثانيا فلان ما ذكره من ان القسامة اذا وجبت على الجماعة تعلل بالنصرة واذا وجبت على الواحد تعلل بتهمة القتل من عند ياته لا يساعده النقل ولا العقل اما عدم مساعدة النقل فلان كل واحد من تركي النصرة واحتمال القتل متحقق في كل واحدة من صورتي وجوب القسامة على الجماعة ووجوبها على الواحد فتعليل احدهما بالاولى والاخرى بالثانية دون العكس او الجمع تحكم بحت واما عدم مساعدة العقل فلانهم كانوا يعللون وجوب القسامة والدية مطلقا بكل واحد من العلتين المذكورتين كما لا يخفى على من راجع المعتبرات وقد مر الاشارة الى ذلك في مواضع من نفس الكتاب فتذكر **قوله** والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت ملاهم لان الكفر كله ملة واحدة قال بعض الفضلاء هذا مخالف لما سبق في اول باب حيازة المملوك ان اهل الذمة لا يتعاقلون فيما بينهم وجوابه ان ذلك مبني على الغالب انتهى اقول يابى هذا الجواب قول المصنف رح هناك فلا عاقلة له فتامل **قوله** انهم لا يتعاقلون فيما بينهم لان النكرة المنفية تفيد العموم على ما عرف فالاولى في الجواب ان يقال المراد هناك نفي الوقوع اي لم يقع التعاقل فيما بينهم والمراد

ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء فتحول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضي بالدية على عاقلته من اهل البصرة وقال زفر يقضي على عاقلته من اهل الكوفة وهو رواية عن ابي حنيفة وهو ان السبب حر الجناية وقد تشتت معاقلته اهل الكوفة وصاروا في اهل البصرة ثم تحول بعد القضاء ولنا ان المال انما يجب عند القضاء لما ذكرنا ان الواجب هو المثل والمثل يتقدر بالقضاء ينتقل الى المال وكان الوجوب على القاتل تتحمل عنه عاقلته واذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء لان الواجب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعده الى الكوفة صحة القاتل ترخص من عطائه بالبصرة لانها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم اليهم اقرب القبائل في النسب كذا في النهاية وفي الفتح ولان العقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال في الضم تكثير المتحملين لما قضي به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل مكه بالكوفة وليس له عطاء فلم يفض عليه حتى سقط البصرة قضي بالدية على اهل البصرة ولو كان قضي بها على اهل الكوفة لم يتقل عنهم وكذا البدوي اذا لحق بالديوان بعد نقل القضاء يقضي بالدية على اهل الديوان بعد القضاء على عاقلته بالبادية لانه تحول عنهم بخلاف ما اذا كان قوم من اهل البادية قضي بالدية عليهم في امر الجرم في العطاء حيث تصير الدية في عطياتهم حتى لو كان قضي بها اول مرة في اموالهم لانه ليس فيه نقض القضاء الاول لانه قضي برأي امرائهم وعطياتهم اموالهم غير ان الدية تقضي من امير الامر الى اداء الاداء من العطاء ايسر اذا صاروا من اهل العطاء اذا الدرك من مال العطاء من جنس ما تقضي به عليه بان كان القضاء بالابل والعطاء دراهم فحينئذ لا تحول الى الدراهم ابدا لما فيه من ابطال القضاء الاول لكن يقضي ذلك من مال العطاء لانه ايسر قال عاقلة المعتق قبيلة مولاه لان النصرة بهم وتؤيد ذلك قوله عليه السلام مولى القوم منهم قال في مولى المواكاة يعقل عنه مولاه وقبيلته لانه وكد يمناصره به فاشبه ولاء العتاقة وفيه خلاف الشافعي رحمه الله في ولاء المواكاة قال ولا تعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية وتحمل نصف العشر فصاعدا

هنا بيان الجواز اي لو وقع التعامل فيما بينهم جاز ولا يضر اختلاف الملتزم تصير **قوله** ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء فتحول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضي على عاقلته من اهل البصرة اقول لقائل ان يقول قد مر في اوائل كتاب المعاقل ان العاقلة انما خصوا بالضم الى القاتل في اداء الدية لان القاتل انما قصر لقوة فيه وتلك القوة بانصاره وهم العاقلة فكانوا انهم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به ولا ريب ان مقتضى ذلك ان يكون القضاء بالدية في بدء المسئلة على عاقلة القاتل من اهل الكوفة كما ذهب اليه زفر لان الجناية انما صدرت عنه حال كون عاقلته اهل الكوفة فالقوة فيه وقت صدور الجناية عنه انما كانت بانصار الذين هم اهل الكوفة فتقصيرهم في مراقبته وقت هذا انما وقع منهم اذ لا شك ان عمدة المراقبة في ذلك الوقت كانت عليهم لا على اهل البصرة فكان ينبغي ان يقضي بالدية عليهم لا على اهل البصرة ويمكن الجواب عنه بان ما ذكر هناك حكمة ان خصت العاقلة بالضم الى القاتل في تحمل الدية لا علته وقد تقرر عندهم ان الحكمة تراعى في الجنس لا في كل فرد كما في الاستبراء في البكر فلا يقدح عدم تمشيه ما ذكر هناك في مسئلتنا هذه فان ملاك الامر في تمام جواب المسئلة هو الدليل وقد ذكره المصنف بقوله ولنا ان المال انما يجب عند القضاء الى آخره ولا محالة الذين يقضي بالدية على اهل البصرة لا على اهل الكوفة لان وجوب الدية لما كان عند القضاء لا قبله وكان ديوان القاتل متحولا الى البصرة قبل القضاء ولم يبق مجال ان يقضي بالدية على اهل البصرة فانهم لم يكونوا عاقلة القاتل وقت القضاء ولم يجب الدية عليهم حال كونهم عاقلة لعدم سبق وجوبها القضاء فلا بد ان يقضي بها على من هو عاقلته وقت الوجوب تحقيقا للتخفيف عن القاتل المعذور كما تقرر فيما **قوله** بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم متعلق لقوله بخلاف ما بعد القضاء عليهم بحيث يضم اليهم اقرب القبائل في النسب الى آخره قالت جماعة من الشراح منهم صاحب العناية في شرح هذا المقام قوله بخلاف ما اذا قلت العاقلة متعلق لقوله بخلاف ما بعد القضاء ومعناه لا يقضي بالدية على عاقلته من اهل البصرة اذا كان القاضي قضى بدية على عاقلته من اهل الكوفة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بموت بعضهم حيث يضم اليهم اقرب القبائل في النسب وان كان بعد القضاء مع ان فيه ايضا نقل الدية من الموجودين وقت القضاء الى اقرب القبائل وقد ذكر الفرق بينهما بقوله لان في النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضي به عليهم وكان فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله انتهى اقول لقائل ان يقول منهم ان قالت مع ان فيه ايضا نقل الدية من الموجودين وقت القضاء الى اقرب القبائل مع كونها مستدركة في بيان معنى المقام غير صحيحة في نفسها اذ ليس فيما اذا قلت العاقلة بعد القضاء نقل الدية من احد الى احد وقط بل انما فيه تكثير المتحملين لما قضي به عليهم ولا شك ان التكثير لغاية النقل بل ينافيه وعن هذا قال المصنف ره في الفرق بين الصورتين ان في النقل ابطال حكم الاول وفي الضم تقرير حكم الاول لا ابطاله ولو كانت تلك المقدمة الكاذبة معتبرة في معنى المقام لقال المصنف ره في الفرق بين الصورتين المذكورتين ان امر النقل في صورة القلة كذا وفي صورة التحول بعد القضاء كذا تامل تقف **قوله** ولا يعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية وتحمل نصف عشر الدية فصاعدا اقول في النهاية والدليل على انها لا تحمل ما دون نصف عشر الدية ان القصاص لا يجب في عمده ولا يتقرر ارشه فصار كضمان الاموال كذا في شرح الاقطع انتهى واقتفى اثره صاحب العناية اقول يرد عليه ان الكل مفصل من اصبع فيها ثلثة مفاصل ثلث عشر الدية كما مر في كتاب الديات حيث قال وفي كل اصبع من اصابع اليدين او الرجلين عشر الدية ثم قال وفي كل اصبع فيها ثلثة مفاصل ففي احداها ثلثة دية الاصبع فكان لكل مفصل من اصبع فيها ثلثة مفاصل ارش مقدر وهو اقل من نصف عشر الدية ويجب القصاص في عمده لا محالة لامكان عامة المماثلة التي هي مبنى القصاص كما تقرر في باب القصاص فيما دون النفس من كتاب الجنايات فالنقض بكل واحد من ان القصاص لا تجب في عمده ولا يتقرر ارشه كما ترى لم تقدر كما صاحب العناية اصلاح المقدمة الثانية اعني قوله ولا يتقرر ارشه حيث قال ويدل عليه من جهة النظر انا دون الضم تحملنا الارش مقدرا في

والاصل فيه حديث ابن عباس في نفس معتدة موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انتهى الموقوف عبد أو امة أو مدبرا أو مكاتبا أو مستسعى أو مستولدا أو مدبرا أو مكاتبا أو مستسعى أو مستولدا أو مدبرا أو مكاتبا أو مستسعى أو مستولدا

وفي احد قوليه تحمله العاقلة كما في الحر وقد مر من قبل قال اصحابنا ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال لان جماعة المسلمين هم اهل نصرته وليس بعضهم اخص من بعض فيشترك الكل وهذا لو مات كان ميراثه لبيت المال فكان ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وعن ابي حنيفة رحمه الله رواية شاذة ان الدية في ماله وجه هذا ان الاصل ان تجب الدية على القاتل لانه بدل متلف ولا تلف منه الا ان العاقلة تحملها تخفيفا للتخفيف على ما مر فاذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم الى الاصل وان ابلى عنه تعقله عاقلة امه كان نسبه ثابت منها دون الاب كان يقر عنه بقر ادعاه الاب رجعت عاقلة الام بما ادت على عاقلة الاب في ثلث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب لانه تبين ان الدية واجبة عليهم لان عند الاب ظهر ان النسب لم يزل كان ثابتا من الاب حيث بطل اللعان لان الكذب متى ظهر من الاصل تقوم الام مقامه اذا كان واجبا على قوم الاب فيرجعون عليهم لانهم مضطرون في ذلك وكذلك ان مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر قد ولد له قبل كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم امه ثم ادت الكتابة لانه عند الاداء يتحول الكاوه الى قوم ابيه من وقت حرية الاب وهو آخر جزء من اجزاء حيوته فتبين ان قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون عليهم وكذلك رجل ام صبيا بقتل رجل خطأ فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الام ان كان الام ثبت بالبينة وفي مال الام ان كان ثبت باقرارها وثلث سنين من يوم يقضي بها القاضي على الام او على عاقلته لان الديات تجب مؤجلة بطريق التيسير قال رضي الله عنه ههنا عدة مسائل ذكرها محمد رحمه الله متفرقة والاصل الذي تخرج عليه ان يقال حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل كاوه الى كلاء بسبب او حادث ثم تنتقل جنايته عن الاول فقضى بها اولم يقض وان ظهرت حالة خفية مثل بعوده ولد الملاعنة تحولت الجناية الى الاخرى قضى القضاء بها اولم يقض ولم يختلف حال الجاني لكن العاقلة تبدلت حتى ان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء فان كان قضى بها على الاول لم تنقل الى الثانية وان لم يكن قضى بها على الاول فانه يقضي بها على الثانية واذا كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة او نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده الا فيما سبق اداؤه فمن احكم هذا الاصل متأملا يمكنه التخريج فيما ورد عليه من النظائر والاضداد والله اعلم بالصواب

كتاب الوصايا

الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة كما صرح به صاحب الغاية حيث قال هناك ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال ولهذا لا يجري القصاص في العبد بين طرفي الحر والعبد فلا تحمله العاقلة كطرف البهيمة وقد مر ذلك في باب القصاص فيما دون النفس وهذا معنى قوله على ما عرف انتهى ينتقض حينئذ ما ذكره في تعليل مسئلتنا هذه تحمل العاقلة ما دون النفس من الحر الى ما دون نصف عشر الدية فان الدليل المذكور ههنا يجري هناك ايضا مع تخلف الحكم اللهم ان كان مراده بما ذكره في فصل بعد باب جناية المملوك من ان المعتبر فيما دون النفس من العبد هي المالية دون الآدمية بخلاف النفس فان العبد فان المعتبر في اتلافها هي الآدمية دون المالية عندنا جاز ان لا ينتقض ما ذكره ههنا تحمل العاقلة ما دون النفس من الحر الى ما دون نصف عشر الدية او لم يصرح احد بسقوط اعتبار الآدمية في اطراف الحر بالكلية الا انه لا تتم الدليل المذكور ههنا حينئذ على اصل ابي حنيفة رحمه الله فانه يعتبر المالية والآدمية معا في اطراف العبد وانما تتم هذا على اصل ابي يوسف رحمه الله ومحمد رحمه الله فانما لا يعتبران الآدمية فيها بالكلية وقد مر ذلك كله في الفصل المزبور في بيان مسئلة من قطع عيني عبد انسان والمسئلة التي نحن فيها متفق عليها بين الائمة فلا معنى لا يتبنى دليلها على اصل بعض منهم دون بعض وبالجملة لا يخلو المقام على كل حال عن نوع من الاضطراب كما ترى **قوله** وفي احد قوليه تحمله كما في الحر وقد مر من قبل قال صاحب الغاية اي في اول فصل باب جناية المملوك وتبعه في هذا التفسير صاحب العناية والشارح العيني ولم يتعرض لتفسير ذلك اصلا سائر الشراح اقول لو كان مراد المصنف بقوله وقد مر من قبل ما فسره به هؤلاء الشراح الثلثة كانت حوالته ههنا غير صحيحة قطعا اذ لم يذكر في ذلك الفصل تحمل العاقلة ما دون النفس ولا تحملها دية النفس لا عندنا ولا عند الشافعي رحمه الله

كما لا يخفى على من تتبع مسائل ذلك الفصل بدقة منها

كتاب الوصايا

قال الشراح اي اراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب ظاهر المناسبة لان آخر احوال الآدمي الدنيا الموت والوصية معاملة وقت الموت اقول يرد عليه ان كتاب الوصايا ليس بمورود في آخر هذا الكتاب وانما المورود في آخره كتاب الخنثى كما ترى نعم ان كثيرا من اصحاب التصانيف اوردوه في آخر كتبهم لكن الكلام في شرح هذا الكتاب فيمكن الجواب من قبل الشراح بحمل الآخر في قولهم في آخر الكتاب على الاضافي فان آخره التحقيقي وان كان كتاب الخنثى الا ان كتاب الوصايا ايضا آخره بالاضافة الى ما قبله حيث كان في قرب آخره التحقيقي وعن هذا ترى القوم يقولون وقع هذا في اوائل كذا او اواخره فان صيغة الجمع لا تمشى في الاول التحقيقي والآخر التحقيقي وانما التخلص في ذلك تعميم الاول والآخر التحقيقي والاضافي ويمكن ان يقال ايضا لما كان ما ذكر في كتاب الخنثى نادرا من حيث الوقوع ومن حيث المسائل ايضا جعلوه في حكم العدم واعتبروا كتاب الوصايا آخر الكتاب ثم ان الوصية في اللغة اسم بمعنى المصدر الذي هو التوصية منه قوله تعالى حين الوصية ثم سمي الموصى به وصية ومنه قوله تعالى من بعد وصية توصون بها وفي الشريعة تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان ذلك في الاعيان او في المنافع كذا في عامة الشروح قال بعض المتأخرين ثم الوصية والتوصية وكذا الايصاء في اللغة طلب فعل من غيره ليفعله في حياته او بعد وفاته وفي الشريعة تمليك مضاف الى ما بعد الموت على سبيل التبرع هينا ه او منفعة هذا هو التعريف المذكور في عامة

باب في جهة الوصية مايجوز من ذلك ومايستحب منه ومايكون رجوعا عنه

والوصية بهذا المعنى هي المحكوم عليها بانها مستحبة غير واجبة وان القياس يابى جوازها فعلى هذا يكون بعض المسائل مثل مسئلة الوصية بحقوق الله وحقوق العباد والمسائل المتعلقة بالموتى مذكورة في كتاب الوصايا بطريق التطفل لكن التحقيق ان هذا الالفاظ كما انها موضوعة في الشرع للمعنى المذكور موضوعة فيه ايضا لطلب شئ من غيره ليفعله بعد مماته فقط نقل هذا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهرزاده لكن يشترط استعمال لفظ الايصاء باللام في المعنى الاول وبالى في المعنى الثاني فحينئذ يكون ذكر المسائل المذكورة على انها من فروع المعنى الثاني لا على سبيل التطفل الى هنا لفظا قول واحد تحقيقا ليس بشئ اما اولا فلان التي يكون من فروع المعنى الثاني من المسائل المذكورة انما هي المسائل المتعلقة بالوضع دون مسائل الوصية بحقوق الله تعالى وحقوق العباد فان استعمال لفظ الايصاء فيها باللام لا بالى يقال اوصى لحقوق الله تعالى او لحقوق العباد ولا يقال اوصى اليها كما لا يخفى فبقى امر التطفل في حق تلك المسائل من المسائل التي ذكرها من قبل اذ لم يشملها شئ من المعنيين المذكورين قط واما ثانيا فلان مسائل التبرعات الواقعة من الانسان في مرض موته بطريق التحقيق مذكورة ايضا في كتاب الوصايا ومنها باب العتق في المرض كما سيجئ في الكتاب ولا ريب في عدم شمول شئ من المعنيين المذكورين لشئ من تلك المسائل فبقى امر التطفل في حق تلك المسائل كلها بالنظر الى دينك المعنيين معا فمن اين كان ارتكاب جمعهما في لفظ واحد بتاويل بعيد مع عدم عموم المشترك عندنا تحقيقا بان يعد تحقيقا كما زعمه ذلك القائل ثم اقول الوجه في التفصي عن امر التطفل في حق المسائل التي ذكرها ذلك القائل حمل معنى الوصية شرعا على ما ذكره صاحب البدائع حيث قال واما بيان معنى الوصية فالوصية اسم لما اوجبه الموصي في ماله بعد موته وتقرب منه ما ذكره صاحب الوقاية حيث قال هي ايجاب بعد الموت فانها يشملان تلك المسائل جملة كما لا يخفى على المتامل والوجه في التفصي عن امر التطفل في حق مسائل كتاب الوصايا كلها من المعلقات والمنجزات حمل معنى الوصية شرعا على ما نقله صاحب النهاية عن الايضاح حيث قال ذكر في الايضاح الوصية ما اوجبها الموصي في ماله بعد موته او مرضه الذي مات فيه انتهى فافهم وتامل كله جميع ما ذكر في كتاب الوصايا كما لا يخفى على ذوي مسكة ثم ان سبب الوصية سبب سائر التبرعات وهو ارادة تحصيل ذكر الخير في الدنيا ووصول الدرجات العالية في العقبى وشرائطها كون الموصي اهلا للتبرع وان لا يكون مديونا وكون الموصى له حيا وقت الوصية وان لم يكن مولودا حتى اذا اوصى للجنين اذا كان موجودا حيا عند الوصية يصح والا فلا وانما يعرف حيوته في ذلك الوقت بان ولدت قبل ستة اشهر حيا وكونه اجنبيا حتى ان الوصية للوارث لا يجوز الا باجازة الورثة وان لا يكون قاتلا وكون الموصى به شيئا قابلا للتمليك من الغير بعقد من العقود حال حيوة الموصي سواء كان موجودا في الحال او معدوما وان يكون بمقدار الثلث حتى انها لا تصح فيما زاد على الثلث كذا في النهاية وفي الغاية ايضا بطريق الاجمال اقول فيه قصور بل خلل اما اولا فلانه جعل من شرائطها ان لا يكون الموصي مديونا بدون التقييد بان يكون الدين مستغرقا للتركة والشرط عدم هذا الدين المقيد دون عدم الدين المطلق كما صرح به في البدائع وغيره واما ثانيا فلانه جعل من شرائطها كون الموصى له حيا وقت الوصية والشرط كونه موجودا وقت الوصية لا كونه حيا فيه الا ترى انهم جعلوا الدليل عليه الولادة قبل ستة اشهر حيا وتلك انما تدل على وجود الجنين وقت الوصية لا على حيوته في ذلك الوقت كما لا يخفى على العارف باحوال الجنين في الرحم وباقل مدة الحمل وعن هذا كان المذكور في عامة المعتبرات عند بيان هذا الشرط ان يكون الموصى له موجودا وقت الوصية بدون ذكر قيد الحيوة اصلا واما ثالثا فلانه جعل من شرائطها ان يكون الموصى به بمقدار الثلث لا رايا عليه وليس ببديع على اطلاقه فان الموصي اذا ترك ورثة فانما لا تصح وصيته بما زاد على الثلث ان لم يجزه الورثة ان اجازوه صحت وصيته به والا اذا لم يترك ورثة فيصح وصيته بما زاد على الثلث حتى بجميع ماله عندنا كما تقرر في موضعه فلا بد من التقييد مرتين مرة بان يكون له وارث واخرى بان لا يجيزه الوارث

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا منه قال بعض المتاخرين في حل هذا التركيب اي ما يجوز منه وما لا يجوز منه ما يستحب منه

قال الوصية غير واجبة وهي مستحبة والقياس بأبي جوازها لانه تمليك مضاف الى حال زوال ملكيته ولو أضيف الى حال قيامها بان قيل ملكتك غلامي كان باطلا فهذا أولى الا انا استحسناه لحاجة الناس اليها فان الانسان مغرور بأمله مقصر في عمله فاذا عرض له المرض وخاف البيات يحتاج الى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بأمله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المالي ولو انقضى البرء يصرفه الى مطلبه الحالي وفي شرح الوصية ذلك فشرعناه ومثله في الاجارة بينا ه

وما لا يستحب وقال ثم ظاهر الابدال يفيد ان المراد بيان صفة الوصية بيان ما يجوز منه وما يستحب منه لكن الظاهر كما صرحوا به ان المراد ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة فالاولى ايراده بالواو العاطفة انتهى أقول فيه خلل فاحش أما اولا فلانه سلك مسلك التقدير في قول المصنف ره ما يجوز من ذلك وما يستحب منه حيث قال اني ما يجوز منه وما لا يجوز وما يستحب منه وما لا يستحب ولا يذهب عليك ان ذلك التقدير ان صح في قوله ما يجوز من ذلك لا يصح في قوله وما يستحب منه اذ ليس في جنس الوصية ما يخلو عن الجواز وعدمه لكونهما نقيضين لا يرتفعان عن شئ فلم يبق من جنس الوصية شئ يغاير ما يجوز منه وما لا يجوز حتى يصلح ذلك لان يذكر بعد هما فان قيد كل منهما بشئ يخرج ما يستحب منه لا يبقى في ذلك شئ يغاير ما يجوز منه وما لا يجوز وما يستحب منه حتى يندرج فيما يستحب منه فيصح تقديره لا يقال المراد بالجواز تساوي الطرفين وبعدم الجواز عدم صحة طرف الفعل اصلا لانا نجيب بان المساوي حتى يكون من قبيل النقيضين فيبقى الاستحباب والوجوب واسطة بينهما فيجوز ان يكون المراد بما لا يستحب منه ما هو الواجب منه لانا نقول نفي الاستحباب يعم الجواز والوجوب وعدم صحة طرف الفعل اصلا فمن اين يدل ما لا يستحب منه على ما هو الواجب منه فقط حتى يجوز ان يراد به ذلك ولئن سلم جواز ارادة ذلك به تفسد معنى المقام اذ يلزم حينئذ ان يدرج في عنوان الباب ما هو الواجب من الوصية فيخالف ما ذكره في اول الباب من ان الوصية غير واجبة وهي مستحبة وبالجملة لم يوجد لما اتكيه محل صحيح قط فالصواب ان لا تقدير في شئ من كلام المصنف ره هنا فان صفات الوصية الشرعية هي الجواز والاستحباب والرجوع عنها اي عن كونها وصية عنها وهذه الصفات كلها حاصلة مما ذكره في عنوان الباب صراحة فلا حاجة الى تقدير شئ اصلا حتى عدم الجواز فان صفة اللوصية الغير الشرعية وعنوان الباب انما كان في صفة الوصية الشرعية نعم قد يذكر في اثنا مسائل الباب مما لا يجوز من الوصايا لكن لاجل ازالة ان يتوهم كونه من الوصايا الجائزة الشرعية لا لانه مقصود بالبيان بالذات كما هو الحال في مسائل سائر الكتب واما ثانيا فلان قوله لكن الظاهر كما صرحوا به ان المراد به ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة ليس بسديد اذ لا نسلم ان الظاهر ذلك ولا نسلم ان حداد صرح به وانما الذي صرحوا به ان صفة الوصية في الشرع ما ذكره المصنف ره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة لا ان مراد المصنف ره بالصفة في قوله باب في صفة الوصية هو الذي ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة الا يرى انهم انما ذكروا ما صرحوا به عند بيان متعلقات الوصية من بيان اركانها وشرائطها وحكمها وصفتها لا عند شرح قول المصنف ره باب في صفة الوصية الى آخره وكم بين المقامين واما ثالثا فلان قوله فالاولى ايراده بالواو العاطفة لا يكاد يصح اذ لو اورده المصنف ره بالواو العاطفة على فرض ان يكون المراد بالصفة في قوله باب في صفة الوصية ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة لصار معنى الكلام باب في صفة الوصية اي ما يستحب منه وفيما يجوز من ذلك وما يستحب منه فيصير قوله وما يستحب منه لغوا من الكلام لكونه تكرارا محضا فكان هذا القائل نسي قول المصنف ره وما يستحب منه عند كتبه قوله فالاولى ايراده بالواو العاطفة ولعمري انه عجيب من مثله قوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة اقول الحكم بالاستحباب على الوصية مطلقا لا يناسب ما مر انفا في عنوان الباب من قوله ما يجوز من ذلك وما يستحب منه ولا ما سيأتي في الكتاب من ان الوصية بالثلث للاجنبي جائزة ويدون الثلث مستحبة ان كانت الورثة اغنيا ء يستغنون بنصيبهم وان كانوا فقرا لا يستغنون بما يرثون فترك الوصية اولى فكان الظاهر ان يقال الوصية غير واجبة بل هي مستحبة او جائزة اللهم الا ان يوجه قوله وهي مستحبة بان المراد به ان غاية امرها الاستحباب دون الوجوب لانها مستحبة على الاطلاق فكانه قال انها لا تصل الى مرتبة الوجوب بل قصارى امرها الاستحباب لكن يرد عليه النقض بالوصية بحقوق الله تعالى كالصلوة والزكوة والصوم والحج التي فرط فيها اذ الظاهر انها واجبة كما صرح به الامام الزيلعي في التبيين قال في الغاية اخذا من النهاية قوله غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقربين اذا كانوا ممن لا يرثون فرض ولقول من يقول الوصية واجبة على كل احد ممن له شئ وتيسر لقوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين والمكتوب علينا فرض ولما لم يفهم الاستحباب من نفي الوجوب جوازا لا با ه قال وهي مستحبة انتهى اقول في تحرير

وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو قول الله تعالى من بعد وصية يوصى بها او دين والسنة وهو قول النبي عليه السلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث اموالكم في آخر اعماركم زيادة لكم في اعمالكم تضعونها حيث شئتم او قال حيث اجبتم وعليه اجماع الامة ثم تصح للاجنبي والثلث من غير اجازة الورثة لما روينا وسنبين ما هو الافضل فيه انشاء الله تعالى

قوله غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقربين اذا كانوا ممن لا يرثون فرض نظرا لان الفرض غير الواجب عندنا اذ الفرض ما ثبت بدليل قطعي والواجب ما ثبت بدليل ظني كما تقرر في علم الاصول فلا يلزم من كون الوصية غير واجبة كونها غير فرض فكيف يحسن الرد بقولنا الوصية غير واجبة لقول من يقول انها فرض ثم قوله والوالدين والاقربين بل الظاهر ان الرد بقولنا لك ان تحصيل القولين وهي ستة ثم ان في اسلوب تحريره سماجة ظاهرة اذ الظاهر تأخير قوله القولين ان يكون الآية المذكورة دليلا عليهما بل المتبادر ان تكون دليلا على ترجيحها والانجح انها للاصلح لان يكون دليلا على القول الثاني وصاحب النهاية وان شاركه في تأخير ذكر الدليل المذكور عن مجموع القولين المزبورين الا انه ذكر دليلا آخر بعده من السنة حيث قال قال عليه السلام لا يحل لرجل ان يومن بالله واليوم الآخر اذا كان له مال يريد الوصية فيه ان يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عند راسه انتهى فجاز ان يجعل الدليل الاول دليلا على القول الاول والدليل الثاني دليلا على القول الثاني بطريق التوزيع على اللف والنشر المرتب اما صاحب العناية فقد قصر الذكر على دليل واحد فقصر ثم اعلم ان الجواب عن كل واحد من دليلي الخصمين مستقصى ومستوفى في النهاية وغيره فلا علينا ان نذكره ههنا قوله وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين قال صاحب العناية قوله وقد تبقى المالكية بعد الموت جواب عن وجه القياس المذكور واقتفى اثره الشارح العيني اقول فيه بحث اذ لا يصلح الجواب عن وجه القياس المذكور بتجويز بقاء المالكية بعد الموت فانه قال في وجه دلو ضيف الى حال قيامها بان قال للملك غدا كان باطلا فبتقدير اولى فاللازم من بقاء المالكية بعد الموت انتفاء اولوية البطلان لا انتفاء نفس البطلان فلا يجدي نفعا اللهم الا ان تتميم بان يقال معنى كونه جوابا عن وجه القياس مجرد تضمنه قدح مقدمة مذكورة فيه وهي قوله لانه تمليك مضاف الى حال زوال المالكية لا كونه جوابا قطعا عن عرقه والاوجه ان يكون هذا الكلام مجرد تتميم لوجه الاستحسان فانه لما كان في تجويز تمليك مضاف الى حال زوال المالكية نوع استبعاد لكون التمليك فرع بقاء الملك تدارك دفعه بان قال ان المالكية لا تزول عن الانسان بالكلية بعد الموت بل تبقى المالكية بعده في حق من يحتاج اليه كما في قدر التجهيز والدين ومنه الوصية بقدر الثلث قوله وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها او دين قال صاحب العناية وقد استدل ابو بكر الرازي على نسخ قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خير الوصية للوالدين والاقربين بهذه الآية وقد ذكره الامام المحقق فخر الاسلام في اصوله وقد قررناه في التقرير بان الله تعالى رتب المواريث على وصية نكرة والوصية الاولى كانت معهودة فانها الوصية للوالدين فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لترتب هذه الوصية عليها وبين هذا المقدار بعد المقدار المفروض لان المجمل مهما بين ما فرض للوالدين وجب ترتبها على وصية منكرة دل ان الوصية المفروضة لم تبق لازمة بل بعد اي وصية كانت نصيبها ذلك المقدار وذلك يستلزم انتفاء وجوب الوصية المفروضة واذا انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا انتهى اقول يرد عليه ان هذا لا يدل على ان الوصية الاولى لم تبق لازمة فان المواريث وان لم ترتب في هذه الآية على الوصية الاولى المعهودة لكنها رتبت على وصية مطلقة حيث قيل من بعد وصية يوصى بها فدخلت تلك الوصية الاولى ايضا تحت اطلاق هذه الوصية المنكرة فمن اين يلزم انتفاء وجوب الوصية الاولى حتى يلزم انتساخ الآية الاولى بهذه الآية وفائدة ترتيب المواريث على الوصية المطلقة دون الوصية الاولى المعهودة فقط افادة تأخر المواريث عن الوصية الشرعية ايضا كما هو المذهب في مقدار الثلث وعن هذا اورد القاضي البيضاوي في تفسيره الآية الاولى على من قال كان هذا الحكم في بدء الاسلام فنسخ بآية المواريث بان قال فيه نظر لان آية المواريث لا تعارضه بل تؤكده من حيث انها يدل على تقديم الوصية مطلقا

قال ولا يجوز ما زاد على الثلث لقول النبي عليه السلام في حديث سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه الثلث والثلث كثير بعد ما نفى وصيته بالكل والنصف ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال فاوجب تعلق حقهم به الا ان الشرع لم يظهره في حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على ما بيناه واظهره في حق الورثة لان الظاهر انه لا يتصدق به عليهم تحرزا عما يتفق من الايثار على ما بيناه وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية من اكبر الكبائر وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث قال الا ان يجيزها الورثة بعد موته وهم كبار لان الامتناع لحقهم وهم اسقطوه ولا معتبر باجازتهم في حال حيوته لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق يثبت عند الموت فكان لهم ان يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم ان يرجعوا عنه

ثم ان بعض الفضلاء رد قول صاحب العناية لترتب هذه الوصية عليها في قوله فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لترتب هذه الوصية عليها حيث قال ولعل هنا سهوا والعبارة الصحيحة لترتبه عليها انتهى اقول انما الساهي نفسه لان مراد صاحب العناية بهذه الوصية في قوله لترتب هذه الوصية هو الميراث ومراده بالوصية هنا وصية الله لا وصية العباد كما في قوله تلك الوصية انما عبر عن الميراث بالوصية تأسيا بكلام الله تعالى قال الله تعالى في اول آية المواريث يوصيكم الله في اولادكم وقال المفسرون اي يامركم ويعهد اليكم في شأن ميراثهم ثم قال تعالى في آخر تلك الآية وصية من الله فلم يكن في العبارة المذكورة سهو بل كان فيها لطافة وحسن **قوله** ولا يجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه السلام في حديث سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه الثلث والثلث كثير بعد ما نفى وصيته بالكل والنصف قال بعض المتاخرين يعني ان هذا الحديث دل على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث صراحة وقوله عليه السلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث اموالكم الى آخره وان دل عليه ايضا لانه دل على جواز الوصية بالثلث على خلاف القياس فبقي ما فوقه على الاصل لكن لا بطريق الصراحة ولهذا استدل عليه بهذا دون ذاك انتهى اقول ليس هذا بسديد اذ لا يخفى عليك ان قوله عليه السلام ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم الى آخره لا يدل على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث لا صراحة وهو ظاهر ولا دلالة لان مفهوم المخالفة غير معتبر عندنا كما عرف وانما يدل على جواز الوصية بالثلث فجواز الوصية بما زاد على الثلث وعدم جوازها مسكوت عنهما بالنظر الى ذلك الحديث فلا معنى لقوله وقوله عليه السلام ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم الى آخره وان دل عليه ايضا ولا وجه لتعليل ذلك بقوله لانه دل على جواز الوصية بالثلث على خلاف القياس فبقي ما فوقه على الاصل فان بقاء ما فوقه على اصل القياس ليس بمدلول ذلك الحديث واصلا وانما هو مقتضى القياس فلا محال للاستدلال على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث بذلك الحديث وقال ذلك البعض الا ان لقائل ان يقول نفى جواز الوصية بالكل والنصف واثبات جوازها بالثلث ان لم يدل بالنصف لا يدل صراحة على نفى جوازها بما بين النصف والثلث فالرجوع الى الاصل في هذا المقدار ضروري في الاستدلال بحديث سعد ايضا انتهى اقول هذا ايضا ليس بتام لان نفى جواز الوصية بالكل والنصف واثبات جوازها بالثلث وان لم يدل على نفى جوازها بما بين النصف والثلث الا ان قوله عليه السلام والثلث كثير بعد اثبات جوازها بالثلث بقوله الثلث بالنصب على تقدير اعط الثلث او الثلث او بالرفع على انه مبتدا محذوف الخبر اى الثلث كان او على انه فاعل محذوف الفعل اى يكفيك الثلث يدل على نفى الزيادة على الثلث فان المراد بان الثلث كثير لا يجوز التجاوز عنه اذ لا فائدة في ذكر قوله والثلث كثير بعد قوله الثلث سوى نفى جواز التجاوز عن الثلث فيحمل عليه لامحالة وقد اشار اليه المصنف في تقريره حيث قال لقوله عليه السلام في حديث سعد رضه والثلث كثير بعد نفى وصيته بالكل والنصف ولم يقل لحديث سعد رضي الله عنه فقول ذلك القائل فالرجوع الى الاصل في هذا المقدار ضروري في الاستدلال بحديث سعد رضه ايضا ممنوع **قوله** ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال فاوجب تعلق حقهم به واوضحه صاحب الكافي بان قال ولانه انعقد سبب زوال املاكه عنه الى غيره لان المرض سبب الموت وبالموت يزول ملكه لاستغنائه عنه ولتحقق السبب لزال لمن كل وجه فاذا انعقد ثبت ضرب حق انتهى اقول في هذا التعليل قصور لانه انما يتمشى فيما اذا وقعت وصيته حال مرضه لا فيما اذا وقعت حال صحته اذ لا ينعقد سبب الزوال اليهم في حال الصحة لعدم استغنائه عن ماله في حال صحته فلا توجب وصيته في تلك الحالة تعلق حقهم به فالاولى في تعليل هذه المسئلة ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولان الوصية بالمال ايجاب الملك عند الوصية وعند الموت حق الورثة متعلق بماله الا في قدر الثلث فالوصية بالزيادة على الثلث تتضمن ابطال حقهم وذلك لا يجوز من غير اجازتهم وسواء كانت وصيته في المرض او في الصحة لان الوصية ايجاب مضاف الى زمان الموت فيعتبر وقت الموت لا وقت وجود الكلام الى هنا لفظه تدبر **قوله** الا ان يجيزه الورثة بعد موته وهم كبار استثناء من قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث قال بعض المتاخرين في شرح قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث اراد لا يجوز في حق الفضل على الثلث بل في حق الثلث فقط لانه لا يجوز بهذه الوصية اصلا وقال ههنا فان قلت كيف جاز اعمال اللفظ الواحد في

لان الساقط متلاش بمنزلة الموت اجازة لكن الاستناد يظهر في حق القائم وهذا قد مضى وتلاشى

بعض مراده دون بعض وما سيجيء توجيه امكن ذلك حتى جازت في الثلث وبطلت في الفصل ان ردوا قلت يجعله في حكم وصايا متعددة بان يجعل مثلا قوله اوصيت لزيد وعمرو بثلثي مالي في قوة اوصيت لزيد بثلثه وثلثه الآخر يجعل قوله اوصيت لبشر الاف درهم وقد كان ماله ثمانية الاف بمنزلة ان يقال اوصيت لزيد بثمانية الاف وبالعين الى غير ذلك صيانة لكلام عاقل عن اللغو ما امكن وحذرا عن البطلان حتى يمكن اثباته بعقد صدر عن عاقل بلفظ يجوز تصحيحه بضرب من التاويل فتدبر فان هذا مما يهم فهمه انتهى اقول حسب انه اتى بامر سهل يتوقف عليه صحة معنى المقام ولم يدر انه انما ارتكب شططا فان صحة بعض اجزاء شيء واحد وفساد بعض آخر منه ليس بمستبعد لا بحسب العقل ولا بحسب الفقه الا يرى انهم صرحوا بانه اذا جمع بين عبد ومدبر في بيع بصفقة واحدة او جمع بين عبد ومكاتب او ام ولد فيه صح البيع في العبد بحصته من الثمن وفسد فيما انضم اليه من المدبر او المكاتب او ام الولد بناء على ان الفساد لقصور الفسد فلا يتعدى الى الآخر وكذا الحال فيما اذا جمع بين الاجنبية واخته في النكاح والخمر والخنزير بحسب العقل انما يلزم ان لو كان محل الصحة والفساد واحدا واما اذا كان متعددا بان كان محل الصحة بعضا من شيء ذي اجزاء ومحل الفساد بعضا آخر منه كما فيما نحن فيه فلا محذور فيه عقلا اصلا فلا وجه لجعل وصية واحدة في حكم وصايا متعددة بلا امر داع اليه وصيانة كلام العاقل عن الالغاء ما امكن والحذر عن البطلان حتى يمكن اثباته بعقد صدر عن عاقل مما لا يرجع اليه اصلا فيما نحن فيه لان الغاء الوصية فيما فضل عن الثلث اذا رده الورثة واثباتها فيما في مقدار الثلث ضروري على مقتضى الشرع سواء جعلت وصية بمازاد على الثلث بكلام واحد في حكم وصايا متعددة او ابقيت على حالها الظاهر من كلامه وبالجملة ما ذهب اليه ذلك البعض هنا امر وهمي لا اصل له كما ترى **قوله** لان الساقط متلاش قال الشارح قاطبة قول المصنف هذا تعليل لقوله فكان لهم ان يردوه بعد وفاته وتقريره لان اجازتهم في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم مصادفتها محلها والساقط متلاش فاجازتهم متلاشية فكان لهم ان يردوا بعد الموت ما اجازوه في حال حيوة المورث انتهى اقول فيه اشكال اما اولا فلانه لا وجه لان يقال ان اجازتهم في حال حيوة المورث ساقطة لان اجازتهم في ذلك الوقت غير معتبرة اصلا كما صرح به فيما قبل وبينه والسقوط انما يستعمل فيما له ثبوت واعتبار في الاصل لكن زال ذلك لدى الا يرى انه لا يقال سقط حق غير الوارث عن مال المورث بل يقال لم يتعلق حقه اصلا واما ثانيا فلانه يلزم الفصل بين المدعى ودليله على تقدير كون قوله المذكور تعليلا لما ذكروه بمسئلة اخرى مع دليلها وهي قوله بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم ان يرجعوا عنه ولا يخفى ركاكته وبعده عن شان المصنف ره والحق عندي ان قول المصنف ره هذا تعليل لقوله قبيله فليس لهم ان يرجعوا عنه يعني ان اجازتهم بعد الموت اسقاط لحقهم بعد ثبوته والساقط متلاش لما يعود فلم تيسر لهم الرجوع عنه فحينئذ ينتظم اللفظ والمعنى كما لا يخفى **قوله** ثانيا الا انه يستند عند الاجازة وفي بعض النسخ عند الاستغنا لكن الاستناد يظهر في القائم وهذا قد مضى وتلاشى هذا جواب عن شبهة ترد على هذا التقدير وهي ان حق الورثة وان ثبت عند الموت الا انه يستند الى اول المرض فبالموت يظهر ان حقهم كان ثابتا قبل الموت فينبغي ان ليس لهم اجازتهم في حال حيوة المورث بمنزلة اجازتهم بعد موته بسبب الاستناد فاجاب بان الاستناد انما يظهر في حق القائم كما في العقود الموقوفة اذ لحقتها الاجازة فانها تصح اذا كان المعقود عليه قائما وكثبوت الملك في المغصوب عند اداء الضمان وهذا اي ما نحن فيه من الاجازة في حال حيوة المورث قد مضى وتلاشى لكونه لغوا وقته فلم يكن قائما فلا يظهر في حقه الاستناد هذا خلاصة ما في عامة الشروح والى هذا التقرير اشار فخر الاسلام في مبسوطه كما فصل في النهاية قال صاحب العناية في تقرير السؤال والجواب هنا فان قيل لا نسلم عدم مصادفة المحل فان حق الورثة ثبت في مال المورث من اول المرض حتى منع عن التصرف في الثلثين فلما مات تبين انها صادفت محلها فصارت كما اذا جازهم بعد موت المورث بسبب الاستناد اجاب بقوله بخلاف ما بعد الموت يعني ان حقهم وان استند الى اول المرض لكن الاستناد يظهر في حق القائم يعني كما في العقود الموقوفة اذا لحقتها الاجازة وكثبوت الملك في المغصوب عند اداء الضمان فان الملك يثبت فيهما مستندا الى اول العقد والغصب وهذا يعني ما نحن فيه من الاجازة

وان الحقيقة تثبت عند الموت قبله يثبت جر الحق فلا استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله والرضا لبطلان الحق لا يكون رضا ببطلان الحقيقة وكذلك ان كانت الوصية للوارث واجازت البقية فحكمه ما ذكرناه

قد مضى وتلاشى حين وقع اذ لم يصادف محلا فلم يلتحقها الاستناد انتهى اقول فيه خلل فانه قال في اول تقريره السؤال لانسلم عدم مصادفة المحل واستند الى منع ذلك بقوله فان حق الورثة ثبت في مال المورث من اول المرض حتى منع عن التصرف في الثلثين وقال في آخر تقريره الجواب تعليلا لقول المصنف وهذا قد مضى وتلاشى اذ لم يصادف محلا وعدم مصادفة المحل هو الذي قد كان منع في اول السؤال فتحكم الجواب به مصادرة كما لا يخفى **قوله** وان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق قال بعض الفضلاء ظاهره مخالف لما سبق آنفا من قوله او الحق يثبت عند الموت الا ان المراد هناك ثبوته بطريق الاستناد بخلاف ما سبق كما لا يخفى انتهى اقول منشأ توهم المخالفة المنقول عن قيد الجر في قول المصنف ره وقبله يثبت مجرد الحق فان المراد به الحق الذي لا يجامع الحقيقة وهو الحق الذي يمنع تصرف المورث في الثلثين قبل موته كما تقرر من قبل في تعليل عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث بتجاوز ولانه حق الورثة الى آخره والمراد بالحق في قوله فيما سبق آنفا او الحق يثبت عند الموت هو الحق المجامع للحقيقة فلا مخالفة اصلا وانما الحق الثابت بطريق الاستناد فانما يتصور عند الموت لكون الاستناد فرع تحقق حقيقة الملك التي تثبت عند الموت فلا حاجة الى ان يحمل على ذلك قول المصنف ره وقبله يثبت مجرد الحق بل لا وجه له بالنظر الى ربط ما بعده به كما لا يخفى بالتامل الصادق **قوله** فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله يعني فلو استند ملك الورثة الى اول المرض من كل وجه لانقلب الحق حقيقة قبل الموت وذلك باطل لاستلزامه وقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت قال صاحب العناية وانما قيد بقوله من كل وجه دفعا لتوهم من يقول حق الورثة متعلق بمال المورث من اول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين فيجب ان يظهر اثر ذلك التعلق في حق استطاعم بالاجازة ايضا وجه الدفع انه لو ظهر اثر ذلك التعلق في ذلك ايضا لانقلب الحق حقيقة من كل وجه وهو لا يجوز لما مر انتهى اقول لما منع ان يمنع استلزامه ان يظهر اثر ذلك التعلق في حق استطاعم بالاجازة ايضا انقلاب الحق حقيقة اصلا فضلا عن استلزامه انقلابا ما من كل وجه بجواز ان يظهر مجرد تعلق حقهم بمال المورث من اول المرض في كلا الامرين معا بدون ان ينقلب الحق حقيقة اصلا اذ لا ريب ان لزوم ذلك الانقلاب ليس ببديهي ولم يقم عليه برهان ولهذا وقع على اعتبار اجازتهم قبل الموت ايضا اجتهاد مالك وابن ابي ليلى والزهري والاوزاعي وعطاء وغيرهم كما ذكروا ثم قال صاحب العناية فان قيل لو اذا عفا عن جارح ابيه قبل موت ابيه فانه يصح ويلزم من ذلك احد الامرين اما ان لا يلزم من الاستناد من كل وجه قلب الحق حقيقة وهو ان لا يكون هذا القلب مانعا اجيب بان هذا القلب مانع اذا لم تحقق السبب والجرح سبب الموت وقد تحقق بخلاف الاجازة فان السبب لم تحقق ثمة لان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت فقبل الاتصال لو انقلب الحق حقيقة وقع الحكم قبل السبب وهو باطل فنحن بين امرين اما ان يبطل العفو عن الجارح نظرا الى عدم تحقق الموت واما ان تجيز الاجازة نظرا الى وجود الحق وفي ذلك ابطال لاحدهما فقلنا لا يجوز الاجازة نظرا الى انتفاء تحقق وجاز العفو نظرا الى وجود الحق ولم يعكس ليكون الفقير مطلوب الحصول انتهى اقول فيه خلل لان قوله فنحن بين امرين الى آخره مفرع على ما قبله ليس بسديدا ما اولا فلان قوله واما ان يجيز الاجازة نظرا الى وجود الحق مما لا مجال له بعد ان قرر فيما قبل ان ذلك يستلزم انقلاب الحق حقيقة وان انقلاب الحق حقيقة مانع اذا لم تحقق السبب لاستلزامه وقوع الحكم قبل السبب وان السبب لم تحقق في صورة الاجازة قبل الموت بنا على ان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت واما ثانيا فلان قوله ولم يعكس ليكون العفو مطلوب الحصول غير تام لاقتضائه جواز العكس لو لا كون العفو مطلوب الحصول مع ان ما قرره فيما قبل وما ذكر في الكتاب يمنعان جواز ذلك اصلا وبالجملة لا مجال لربط قوله فنحن بين امرين الى آخره بما ذكره نفسه فيما قبله بل بما ذكر في الكتاب ايضا فالوجه ترك ذلك والاكتفاء في الجواب عن النقض بصحة عفو الوارث عن جارح ابيه قبل موت ابيه بما ذكره قبله كما فعله بعض اجلة النهاية ومعراج الدراية ثم ان بعض الفضلاء اورد على قوله لان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت بان قال وكذا السبب الجرح المتصل بالموت فلا فرق وقال ولذلك قال فنحن بين امرين الى آخره انتهى اقول ليس شيء من كلامي هذا مستقيم

وكل ما جاز بإجازة الورثة فهلكه لجاز له من قبل الموصي عندنا وعند الشافعي من الموصي لأن السبب صدر من الموصي لإجازة رفع المانع وليس من شرطه القبض وصار كما لو قبض وصار مالكا ثم أجاز الخ قال وكذا تجوز للقاتل عندنا وإن كان قبل الإجازة وقال الشافعي لا تجوز للقاتل عندنا وإن كان قبل الإجازة وقال أبو يوسف رحمه الله إن كان بعد ما أفرد الله تعالى فرض الوصية كما يحرم الميراث وقال الشافعي رحمه الله تجوز للقاتل على جميع الخلافات الموصى له قتل الموصي بطل الوصية عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف رحمه الله لا تبطل وهو قول الشافعي رحمه الله وهو مبني على أصل وهو أن الوصية تملك بالقبول عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف رحمه الله تملك بالموت وعند الشافعي رحمه الله تملك بالإيجاب

أما التقييد بالجرح فلأن المبرسم فعل واحد معاد من الجارح لا مكرر فيه إلى أن يموت بالجرح حتى لو قال إن مت بهذا الجرح فعبدي حر لم يعتق إلا بالجرح الواحد الصادر عن الجارح المذكور إلا أنه يحتمل أن يكون قاتلا غير قاتل وبالموت يتيقن أنه قاتل بخلاف المرض فإنه حالة الصالحية يتكرر ويتجدد إلى الموت فالقاتل منها هي التي تتصل بالموت فلي الهبت فاقترنا وأما قوله لذلك كما قال فنحن بين أمرين الآخر فلان فالتقرير ينافي ذلك كما لا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام قوله وكل ما جاز بإجازة الورثة يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا وعند الشافعي رحمه الله من قبل الوارث قال صاحب النهاية والعناية وجه قول الشافعي رحمه الله أن بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال مملوكا للوارث لأن الميراث يثبت للوارث من غير قصده ولا تمريره فإجازته تكون إخراجا عن ملكه لا تمليكا لغيره وذلك بمنزلة الإبراء بالتقييد انتهى وهكذا ذكر في الكافي أيضا أقول قد قصر وا في تقرير وجه قول الشافعي رحمه الله في مسئلتنا هذه حيث قوله المال الذي صار مملوكا للوارث بنفس الموت بقدر الثلثين فلزم أن تمشي فيما إذا كان ما أجازه الوارث أقل من قدر الثلث أو كان قدر الثلث كما في صورة إجازة الوصية لوارث أو قاتل بأقل من الثلث أو بالثلث فإن الحكم في تلك الصورة أيضا داخل في كلية مسئلتنا هذه مع عدم جريان ما ذكروا من الدليل الشافعي رحمه الله فيها كما ترى فالأولى في بيان وجه قول الشافعي رحمه الله ههنا ما ذكر في معراج الدراية من أن الشارع أبطل الوصية بما زاد على الثلث وإجازة الوارث والقاتل والأجنبي لا تعمل في الباطل فتكون هبة مبتدأة لا تملك بلا عوض انتهى فافهم نعم الكل ثم إن الصحيح في هذه المسئلة قولنا لما ذكر في الكتاب قوله ولا يجوز للقاتل عامدا كان أو خاطئا بعد أن كان مباشرا لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل أقول لقائل أن يقول إن هذا الحديث مما يعارضه إطلاق قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين وعموم قوله عليه السلام إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في أعمالكم تصدقوا بها حيث شئتم أو قال حيث شئتم كما مر تم إن هذا الحديث من قبيل أخبار الآحاد فلا يصلح أن يكون مقيدا لإطلاق الكتاب فضلا على ما عرف في أصول الفقه وإن صلح صح أن يكون مخصصا لعموم ذلك الحديث الآخر فما يتصور ذلك عند ثبوت تأخر ورود هذا الحديث عن ورود ذلك الحديث وهو ليس بثابت فضلا فإذا لم يعلم التاريخ حمل على المقارنة فيلزم أن يتعارضا ويتساقطا في حق الوصية للقاتل كما هو مقتضى قاعدة الأصول على ما عرف في محله فمن أين تيقن هذا الاستدلال بهذا الحديث على عدم جواز الوصية للقاتل قال في البدائع قال مالك تصح الوصية للقاتل واحتج بما ذكرنا من الدلائل لجواز الوصية في أول الكتاب من غير فصل بين القاتل وغيره ثم قال ولنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا وصية لقاتل وهذا نص ويروى أنه قال ليس لقاتل شيء ذكر الشيء نكره في محل النفي فيعم الميراث والوصية جميعا وبه تبين أن القاتل مخصوص من عمومات جواز الوصية أقول ليت شعري من أين تبين أن القاتل مخصوص من عمومات جواز الوصية ومن شرط التخصيص أن يكون المخصص متأخرا عن العام في الورود وهو لم يثبت قطعا ولو ثبت تأخر هذا الحديث لم يصلح لأن يكون مخصصا لكتاب الله تعالى لكونه خبر الواحد ومن الدلائل المذكورة في أول الكتاب لجواز الوصية من غير فصل بين القاتل وغيره كتاب الله تعالى كما عرفته فكيف يكون القاتل مخصوصا منه قوله ولأنه استعجل ما أخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث قال في العناية ورد بأن حرمان الإرث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الرق واختلاف الدين وأجيب بأن حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغائظة الورثة مقاسمة قاتل أبيهم في تركته والموصى له يشاركه في هذا المعنى فجاز القياس عليه والمشابهة بين المقيس والمقيس عليه من كل وجه غير ملتزم انتهى أقول لا الرد شيء ولا الجواب أما الأول فلأن التعليل المذكور في الكتاب لا يدل على قياس الحرمان عن الوصية مطلقا على الحرمان من الميراث حتى يرد بأن حرمان الميراث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الصورتين المزبورتين بل إنما يدل على قياس حرمان القاتل عن الوصية على حرمانه عن الميراث لعلة الاستعجال بفعل محظور وهو القتل ولا شك أن هذه العلة متحققة في صورتي الرق واختلاف الدين فلا يجري هذا القياس فيهما وأما الثاني فلأن كون حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغائظة الورثة مقاسمة قاتل مورثهم في تركته ممنوع كيف ولو كان الأمر كذلك لجاز أن يرث القاتل عند إجازة سائر الورثة إياه وتركهم المغائظة كما جازت الوصية له عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه

وكما ان الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كذلك نفع بطلان الميراث وانه لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم قال ولا تجوز لوارثه لقوله عليه السلام ان الله تعالى اعطى كل ذي حق حقه الا لا وصية للوارث ولانه يتاذى البعض بايثار البعض ففي تجويزه قطيعة الرحم ولانه خيف بالحديث الذي رويناه ويعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه تمليك مضاف الى ما بعد الموت وحكمه يثبت بعد الموت والهبة من المريض للوارث في هذا نظير الوصية لانها وصية حكما حتى تفذ من الثلث

اذا اجازها الورثة وليس كذلك كما صرح به وايضا لو كان الامر كذلك لزم ان لا يحرم القاتل عن الميراث اذا لم يكن للمقتول وارث غير القاتل وليس كذلك قطعا والحق ان سبب حرمان القاتل عن الميراث صدور جناية عظيمة عنه وهي القتل بغير حق فانه يستعجل العقوبة له بابلغ الوجوه وقد جعلها الشرع حرمانه عن الميراث والقاتل الموحى له بالاشارة في هذا المعنى فجاز قياس حرمانه عن الميراث واليه اشار المصنف بقوله ولانه استعجل ما اخره الله تعالى يعني استعجله بارتكاب جناية عظيمة فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقد صرح به صاحب النهاية حيث قال ودلان القتل بغير حق جناية عظيمة فيستدعي الزجر بابلغ الوجوه وحرمان الوصية يصلح زاجرا كحرمان الميراث فيثبت انتهى ثم قال صاحب العناية ولعل التعرض عن عهدة كونه قياسا على طريقتنا عسير جدا وسلوك طريق الدلالة اسهل انتهى اقول فيه بحث لان من شرط طريق الدلالة ان يكون المعنى الذي كان الحكم لاجله في المنطوق متحققا في الملحق بالدلالة بطريق الاولوية او المساوي وتحقق ذلك فيما نحن فيه بالطريق المذكور ممنوع على اصل ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله فان المعنى المقتضي لحرمان القاتل على الميراث لا تغيير ولا نكسر باجازة الورثة اصلا ولهذا لا يرث القاتل سواء اجازته الورثة او لم يجيزوه بخلاف المعنى المقتضي لحرمانه عن الوصية فانه تغيير ونكسر باجازة الورثة عند ابي حنيفة رحمه الله ولهذا يصح الوصية له عندهما اجازتها الورثة كما استطلع عليه عن قريب فكان ذلك المعنى في حق الميراث اقوى منه في حق الوصية عندهما فلم يوجد شرط طريق الدلالة في شان الوصية على اصلهما ثم اقول ههنا احتمال آخر وهو ان لا يكون مراد المصنف رحمه الله بقوله كما يحرم الميراث القياس الفقهي ولا الالحاق بطريق الدلالة بل كان مراده به مجرد التنظير والتشبيه ويدل عليه انه لو لم يذكر قوله كما يحرم الميراث ليصح دلالة العقل بالاحتياج اليه فان استعجال القاتل ما اخره الله حرمه عظيم يستدعي حرمانه عن الوصية مع قطع النظر عن استدعائه حرمانه عن الميراث وعلى هذا المعنى لا يتوهم الرد المذكور اصلا ويسقط الكلمات المتعلقة به بجذافيرها كما لا يخفى **قوله** ولهما ان الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث اقول اري ودليلهما هذا ضعيفا جدا فان قوله ان الامتناع لحق الورثة ليس ظاهرا على الاطلاق اذ قد تقرر فيما مر ان الشرع لم يعتبر تعلق حقهم بقدر الثلث ولهذا اجازت الوصية بهذا القدر للاجانب وان لم يجزها الورثة وفيما نحن فيه لم تجز الوصية للقاتل بدون اجازة الورثة فكيف يتصور ان يكون الامتناع في قدر الثلث ايضا لحقهم ثم ان تعليل ذلك بقوله لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث ليس بتام لان مجرد عود نفع بطلانها اليهم لو اقتضى كون الامتناع في الوصية لحقهم لاقتضى كونه في الارث ايضا لحقهم فلزم ان يجوز ارث القاتل ايضا باجازتهم عند هما ولم يقل به احد قال في العناية فان قيل ما الفرق بينها وبين الميراث اذا اجازت الورثة حيث صحت في الوصية دون الميراث اجيب بان الاجازة تصرف من العبد فتعمل فيما كان من جهة العبد والوصية من جهة العبد فتعمل فيه بخلاف الميراث فانه من جهة الشرع لا صنع للعبد فيه فلا يعمل فيه تصرف العبد انتهى اقول فيه نظر لان الكلام هنا ليس في نفس الوصية والميراث حتى تتم الفرق بينهما بان احدهما من جهة العبد والآخر من جهة الشرع بل انما الكلام هنا في ان حرمان القاتل عن الوصية كحرمانه عن الميراث ام لا ولا شك انه لا فرق بين حرمانه عن الوصية وحرمانه عن الميراث في كونهما من جهة الشرع نظرا الى دليلهما وفي كونهما من جهة العبد نظرا الى صدور سببهما وهو القتل عن العبد فما معنى ان تعمل الاجازة التي هي تصرف من العبد في ارتفاع احدهما دون الآخر وبعبارة اخرى ان الميراث وان كان من جهة الشرع بدون صنع العبد الا ان حرمان القاتل عنه كان من جهة العبد حيث باشر القتل فكان فعله هذا مانعا عن ميراثه من المقتول فلم لا يجوز ان تعمل الاجازة في رفع هذا المانع الذي كان من جهته ونسبته **قوله** ولانه خيف بالحديث الذي رويناه قال صاحب العناية قوله بالحديث الذي رويناه اشارة الى ما تقدم في كتاب الهبة فيخصص بعض اولاده في العطية انتهى اقول هذا خبط ظاهر من الشارح المزبور اذ لم تقدم المصنف في كتاب الهبة ذكر حديث فيه تخصيص بعض اولاده في العطية بل تقدم منه ثمة ذكر تلك المسئلة فقط فكيف يتصور احالته عليها ههنا والصواب ان المصنف ههنا بقوله بالحديث الذي رويناه هو الاشارة الى ما ذكره في هذا الكتاب فيما مضى عن قريب بقوله وقد جاء في الحديث الحق في الوصية من اكبر الكبائر وفسروه بالزيادة على الثلث والوصية للوارث انتهى **قوله** واقرار المريض للوارث على عكسه قال صاحب النهاية ومعراج الدراية على

واقرار المريض للوارث على عكسه لانه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار قال الا ان يجيز الورثة ويروى هذا بالاستثناء فيلزم ما وكان لا متناع حقهم فتجوز باجازتهم وانما جاز بعض ما رد بعض حتى لو على المجيز بقدر حصته لو لا يتوقف عليه وبطل في حق الباقين

على عكس الوصية بتاويل الايصاء وقال صاحب النهاية اي على عكس الوصية بتاويل الايصاء المذكور ورد عليه التاويل الثاني بعض الفضلاء بان قال الوصية هي المذكورة بانها لا المذكور فالاولى او ما ذكر انتهى اقول رده ساقط لان الوصية انما تكون هي المذكورة فالاولى بتا ويل التانيث لا المذكور ان لو كان الالف واللام في اسم المفعول حرف التعريف وقد تقرر في علم الادب ان الالف واللام في اسم الفاعل واسم المفعول عند غير المازني من ائمة العربية اسم موصول لا حرف تعريف وصلته اسم فاعل او مفعول فحينئذ يصير لفظ المذكور في معنى ما ذكر فيعود الضمير المستتر في اسم المفعول الى الموصول الذي هو الالف واللام ولا يلزم الحاق تاء التانيث بفعله لعدم علامة التانيث في لفظ ذلك الموصول فانه في اللفظ مفرد مذكر صالح للمثنى والمجموع والمونث ايضا كلمة ما وكلمة من كما صرحوا به نعم يجوز الحاقها باعتبار المعنى المراد بذلك هنا وهو الوصية لكن الامر في كلمة ما ايضا كذلك فلا فرق بين المذكور وما ذكر في جواز تذكير الصلة نظرا الى لفظ الموصول وجواز تانيثها نظرا الى المعنى المراد بالموصول وعن هذا ترى ثقات اهل العربية يوولون المونث التي عبر عنها بضمير المذكر او باسم الاشارة المذكر في مواضع شتى من كتب علم البلاغة بل في التصاريف ايضا بالمذكور كما يوولونها باذكر من غير فرق ثم ان كان المراد بقولهم تاويل المذكور في امثال هذا المقام ان يقال تاويل الشيء المذكور على ان يقدر الموصوف المذكر كان الامر اسهل وارتفع الاشتباه بالكلية ثم ان الشراح طاطبة قالوا في تفسير قول المصنف واقرار المريض للوارث على عكسه اي يعتبر في الاقرار للوارث وقت الاقرار لا وقت الموت قال صاحب النهاية لبعد ذلك ان اعتبار وقت الاقرار دون الموت ليس على اطلاقه بل ذلك اذا كان كونه وارثا بالسبب حادث واما اذا كان كونه وارثا بالسبب كان وقت الاقرار فيعتبر كونه وارثا وقت الموت ايضا ثم بين ذلك في مريض اقر لابنه العبد فاعتق فمات الاب حيث صح الاقرار لان وراثته تثبت بسبب حادث وهو الاعتاق وقبله كان عبدا او كسب العبد لمولاه فهذا الاقرار في المعنى حصل للمولى وهو اجنبي فلا يبطل بصيرورة الابن وارثا بسبب حادث ولو اقر لاخيه ولد ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الاخ وارثا بطل اقراره عندنا لانه لما كان وارثا بالسبب قائم وقت الاقرار تبين ان اقراره حصل لوارثه وذلك باطل هذا حاصل ما ذكره وقال صاحب العناية بعد نقل ما ذكر في النهاية على الوجه المزبور ولا يخفى ان اطلاق المصنف رح يغني عن ذلك التطويل وذلك لانه قال يعتبر في اقرار المريض لوارثه كونه وارثا عند الاقرار والعبد ليس بوارث عند الاقرار لكونه محررا فلا يكون اقراره للوارث وكلاما فيه والاخ ليس بمحروم فيكون وارثا عند الاقرار وان كان محجوبا والاقرار للوارث باطل انتهى اقول فيه نظر لان ارادة التوجيه ان يكون مراد المصنف رح بالوارث ما يعم المحجوب بقابل المحروم وليس ببعيد اذ لو كان مراده بالوارث هنا ذلك لكان مراده بقوله ويعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية ايضا ذلك ولا لا تم قوله واقرار المريض للوارث عكسه فان بين الانعكاس انما تحقق عند اتحاد المراد بالوارث في الضمنين ولو كان مراده بالوارث هناك ايضا ذلك لفسد المعنى اذ لا يخفى ان الموصى له اذا كان محجوبا عن الميراث عند موت الموصي يجوز الوصية له كما يدل عليه قطعا ما ذكره الامام قاضيخان في فتاواه ونقله الشراح باسرهم عنه من قبل وهو انه لو اوصى لاخوته الثلثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية اثلاثا لان الاخ لا يرثون مع الابن فان كانت له بنت مكان الابن جازت الوصية للاخ لاب وللاخ لام وبطلت للاخ لاب وام لانه يرث مع البنت وان لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية للاخ لاب لانه لا يرثه وبطلت للاخ لاب وام وللاخ لام لانهما يرثانه انتهى فظهر ان المراد بالوارث هنا ما ثبت له الارث بالفعل بان لا يكون محروما ولا محجوبا فاحتيج الى التقييد في صورة الاقرار بما ذكره صاحب النهاية ثم ان صاحب النهاية رد على صاحب العناية ههنا بوجه آخر حيث قال وذكر في صايا الجامع الصغير لو ان المريض اقر لابنه بدين وهو نصراني او عبد ثم اسلم الابن او اعتق العبد ثم مات المقر جاز الاقرار باطل لانه حين اقر كان سبب التهمة بينهما قائما وهو القرابة التي صار بها وارثا في ثاني الحال ثم قال فمن هذا عرفت ان ما ذكره بعضهم في شرحه منه ومنه لا يصح نقله وهو انه قال اقر لابنه بدين وابنه عبد ثم اعتق ثم مات الاب وهو من رتبته فاقراره بالدين جائز لان كسب العبد لمولاه فهذا الاقرار حصل من المريض في المعنى للمولى والمولى اجنبي منه انتهى اقول الساهي ههنا صاحب العناية نفسه لان

قال ويجوز ان يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم فالاول لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الآية والثاني لانهم بعقد الذمة صاروا
المسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرع من الجانبين في حالة الحيوة فكذا بعد الممات وفي الجامع الصغير الوصية
لاهل الحرب باطلة لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية

ذكر البعض الذي عيب السهو اليه فان المص ره ذكر ما ذكره ذلك البعض نقلا عن كتاب الاقرار في فصل اعتبار حالة الوصية من باب الوصية بالثلث فيما سياتي وعرف
صاحب الغاية ثمة بان الصدر الشهيد وغيره ذكروا ما ذكره المصنف ره هناك نقلا عن كتاب الاقرار فما قاله هنا من انه سهو منه لا يصح نقله غفول عن ذلك وسهو
من نفسه كما لا يخفى نعم ما ذكره ذلك البعض هنا يخالف ما في الجامع الصغير لكن لا يلزم منه السهو فانه مبني كلامه هنا على رواية كتاب الاقرار ومثل هذا لا يعيب
بغير زيفي كلمات الثقات ثم ان تاج الشريعة بعد ان فسر قول المصنف ره واقرار المريض للوارث على عكسه بقوله اي ليعتبر كونه وارثا وغير وارث وقت
الاقرار لا زمان الموت قال فلو كان وقت الاقرار وارثا لا يصح الاقرار وان صار وارثا زمان الموت
لان الاقرار ايجاب في الحال ولهذا يملك المقر به في الحال ويصح رده في الحال انتهى اقول فيه بحث فان قوله فلو كان وقت الاقرار وارثا
لا يصح الاقرار ان لم يكن وارثا زمان الموت مما ينافيه بالنص عليه الامام قاضيخان في فتاواه في فصل اقرار المريض من كتاب الاقرار حيث قال لو اقر
لوارث ثم خرج من ان يكون وارثا بان اقر لاخ له ثم ولد ابن ثم مات المريض صح اقراره انتهى ثم ان البعض المتاخرين هنا كلمات مفصلة غير خالية عن اختلال
في بعض سوا ضمائر كما ذكرنا وبيان اختلالها مخافة الاطناب اهمل قوله قال ويجوز ان يوصي المسلم للكافر قال في الكفاية اراد به الذمي بدليل التعليل ورواية
الجامع الصغير ان الوصية لاهل الحرب باطلة انتهى اقول فيه ان قوله ويجوز ان يوصي المسلم للكافر لفظ القدوري والتعليل ورواية الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة هما من كلام
المصنف ره فكيف يصح جعل كلام المصنف ره دليلا على ارادة القدوري بالكافر الذمي دون مطلق الكافر كما هو الظاهر من لفظه على ان المراد باهل الحرب في
رواية الجامع الصغير هو الحربي الغير المستامن لان لفظ الجامع الصغير بهذا الوصية لحربي هو في دارهم باطلة كما ذكر في الكافي وغيره فبقي الحربي المستامن خارجا عن
مسئلة الجامع الصغير فكيف يكون رواية الجامع الصغير دليلا على كون المراد بالكافر في لفظ الكتاب هو الذمي دون مايعم الحربي المستامن وقد صرح في المحيط وغيره
بانه يجوز ان يوصي المسلم للحربي المستامن في ظاهر الرواية كما يجوز ان يوصي للذمي نعم يجوز ان يكون اختصاص التعليل الذي ذكره المصنف بالذمي دليلا على
حمل المصنف ره مراد القدوري بالكافر على الذمي وان لم يكن دليلا على ان يكون مراد القدوري بذلك في نفسه هو الذمي واما ذكر المصنف ره رواية الجامع
الصغير التي تختص بالحربي الغير المستامن فلا يكون دليلا على حمل المص ايضا اياه على الذمي فقط كما لا يخفى قوله وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة
قال شراح الجامع الصغير وذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم فوجه التوفيق بين الروايتين انه لا ينبغي ان يفعل وان فعل جاز ويثبت الملك لانهم
من اهل الملك انتهى واقتفى اثرهم صاحب الكافي وشراح هذا الكتاب اقول والانصاف ان لفظة باطلة في عبارة الجامع الصغير مما يابى
التوفيق المذكور جدا وقد تقرر عندهم ان الباطل من العقود لا يفيد الملك بخلاف الفاسد منها فانه يفيد الملك عند تحقق القبض فلو كان المذكور في
الجامع الصغير لفظة فاسدة مثل لفظة باطلة لكان لذلك التوفيق وجه وليس فليس ثم اقول لعل الذي حمل صاحب المحيط وغيره على ان لم يجعل قوله ولهم
ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية للحربي بل نقل ما ذكر في السير الكبير واستنبط منه بطلان الوصية للحربي حيث قال وفي شرح الطحاوي قالوا وذكر في
السير الكبير ما يدل على جواز الوصية للحربي واختلف المشائخ فيه منهم من وفق بينها ذكر في الاصل وبينما ذكر في السير فقال لا ينبغي للمسلم ان يوصي للحربي كما ذكر
في الاصل ولكن لو فعل جاز ويثبت الملك للموصى له كما ذكر في السير الكبير ومنهم من قال في المسئلة روايتان بهذا قالوا والمذكور في السير الكبير الى قوله الوصية
للحربي باطلة وصورة المذكور ثمة لو اوصى مسلم لحربي والحربي في دار الحرب لا يجوز فان خرج الحربي الموصى له الى دار الاسلام بامان واراد اخذ وصيته لم يكن
له من ذلك بشئ وان اجازت الورثة لان الوصية وقعت بصفة البطلان فلا تعمل اجازة الورثة فيها فقد نص على عدم الجواز في اصل المسئلة ونص على البطلان

قبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له في حال حيوته اورد ها فذلك باطل لان اوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد قال ويستحب ان يوصي الانسان بدون الثلث سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث لانه استيفاء تمام حقه فالاصلة ولا منة ثم الوصية باقل الثلث اولى امر تركها فالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقراء والقرابة جميعا

في الفرع وانه دليل على بطلانها الى هنا لفظ المحيط فتامل ثم ان صاحب الدرر والغرر بعد ان ذكر التوفيق ان المذكور في عامة الكتب وغراه الى الكافي والنهاية قال اقول لا يخفى بعده بل وجه التوفيق ما يدل عليه قول الجامع الصغير وهو في دارهم فانه احتراز عن حربي ليس في دارهم وهو المستامن فان الحربي ما دام في دار الحرب ممن يقاتلنا بخلاف المستامن فانه ليس كذلك وهو المراد مما ذكر في السير الكبير انتهى كلامه اقول هذا كلام عجيب فان لفظ السير الكبير على ما نقله صاحب المحيط والوصي مسلم حربي والحربي في دار الحرب لا يجوز انتهى فكيف يمكن ان يكون المستامن هو المراد مما ذكر في السير الكبير **قوله** وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له في حال حيوته اورد ها فذلك باطل قال بعض المتاخرين لا يخفى ان بيان وقت القبول حقه ان يقدم على بيان وجوب القبول فينبغي ان يقدم قوله والموصى به يملك بالقبول على قوله وقبول الوصية بعد الموت فضلا عن ان يتوسط بينهما مسئلة استحباب التوصية بما دون الثلث انتهى اقول خبط ذلك القائل في تحريره هذا خبط عشواء الان بيان وقت القبول اذا كان حقه ان يقدم على بيان وجوب القبول فكيف يصح قوله فينبغي ان يقدم قوله والموصى به يملك بالقبول على قوله وقبول الوصية بعد الموت لان الذي ينبغي ان يقدم انما هو ما حقه ان يقدم وهو بيان وقت القبول على مقتضى صريح كلامه المذكور فيلزم ان يكون الذي ينبغي عكس ما ذكره وذلك عين ما وقع في كلام المحيط فكانه اراد ان يقول لا يخفى ان بيان وجوب القبول حقه ان يقدم على بيان وقت القبول فخبط في تحريره فعكس الامر **قوله** ويستحب ان يوصي الانسان بدون الثلث سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء الان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم اقول لقائل ان يقول كما ان في التنقيص صلة القريب كذلك في التكميل صدقة على الاجنبي وفيما اذا كانت الورثة اغنياء كانت الصلة لهم هبة منهم والصدقة اولى من الهبة كما سيجيء التصريح به في تعليل كون الوصية بدون الثلث اولى من تركها فيما اذا كانت الورثة اغنياء ولا يستغنون بنصيبهم فينبغي ان يكون التكميل ايضا اولى من التنقيص فيما اذا كانت الورثة اغنياء لتلك العلة فما وجه التعميم هنا والجواب ان في التنقيص اصل صلة القريب لا زيادتها وفي التكميل زيادة الصدقة لا اصلها لتحقق اصلها بما دون الثلث بدون التكميل ففي اختيار التكميل تفويت صلة القريب عن اصلها اي بالكلية وليس في اختيار التنقيص تفويت الصدقة بالكلية بل فيه تفويت بعضها فكان في اختيار التنقيص العمل بالفضيلتين معا فضيلة الصدقة وفضيلة صلة القريب وفي اختيار التكميل العمل بالفضيلة الواحدة فقط هي فضيلة الصدقة ولا ريب ان العمل بهما اولى من العمل باحدهما فقط **قوله** ثم الوصية باقل من الثلث اولى ام تركها اقول ولقائل ان يقول قد حكم فيما مر انفا بان الوصية بدون الثلث مستحبة سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء ولا شك ان المستحب هو الذي كان فعله اولى من تركه فما معنى الترديد هنا بان الوصية باقل من الثلث اولى ام تركها والتفصيل بقوله قالوا ان كانت الورثة فقراء الى آخره والجواب ان الاستحباب في قوله سابقا وليستحب ان يوصي الانسان بدون الثلث ليس بناظر الى قوله ان يوصي الانسان بدون الثلث اي سببا لان الافادة في ذلك الكلام قيده لا نفسه كما دل عليه معناه ان التنقيص عن الثلث في الوصية مستحب مطلقا وهذا انما يقتضي ان يكون التنقيص من الثلث في الوصية اولى من التكميل مطلقا ولهذا قال المصنف ره في تعليله لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم وهذا المعنى لا يافي ان يكون ترك الوصية بالكلية اولى من التنقيص عن الثلث ايضا في بعض الصور فبين المصنف ره ذلك بما قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فتركها بالكلية اولى وان كانوا اغنياء ويستغنون بنصيبهم عن الوصية اولى فلم يكن ترديده بقوله هنا مخالفا لما سبق انفا بل كان ملاحظة ذلك ورعاية حاله كما ينبغي ان يفهم هذا المقام **قوله** لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح والكاشح العدو الذي يطوي كشحه وهو ما بين الخاصرة الى الضلع وقيل الكاشح هو الذي اضمر العداوة في كشحه وانما جعل هذا الحديث [illegible] على ان الصدقة عليه مخالفة النفس وقهرها كذا في العناية وغيرها اقول فيه شيء وهو ان الحديث حينئذ انما يدل على افضلية الصدقة على ذي الرحم

وان كانوا اغنياء او يستغنون بنصيبهم فالوصية اولى لانه تكون صدقة على الاجنبى والترك صدقة من القريب والاولى اولى لانه يتبغى لها وجه الله تعالى ثم رأس الوجه الخير لاشتمال كل منهما على فضيلة وهو الصدقة او الصلة فتقدر بين الخيرين قال والموصى به يملك بالقبول خلافا لزفر وهو احد قولى الشافعى وبه قال الوصية اخت الميراث اذ الكل منهما خلافة لما انه انتقال تركات ثبت من غير قبول فكذلك الوصية ولنا ان الوصية اثبات ملك جديد اهل لايرد الموصى له بالعيب وكل ما يرد عليه بالعيب ولا يملك احد اثبات الملك لغيره الا بقوله اما الوراثة خلافة حتى ثبت فيها هذه الاحكام فثبت جبرا من الشرع من غير قبول قال له مسئلة راحلة وهو ان يموت الموصى له قبل القبول فيحل الموصى به وملك ورثته استحسانا والقياس ان تبطل الوصية ما بينا ان الملك موقوف على القبول كما لو قبل فرده بعد ما جاب الهالك وجه الاستحسان ان الوصية من جانب الموصى قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ برجعته واذا وقعت لحق الموصى له فاذا مات دخل ملكه كما فى البيع المشروط فيه الخيار للمشترى اذا مات قبل الاجازة قال ومن اوصى وعليه دين يحيط به لم تجز الوصية لان الدين مقدم على الوصية لانه اهم الحاجتين فانه فرض والوصية تبرع والبداءة بالاهم واجب لان تبرعه العرماء لانه لم يبق الدين فتفقد الوصية على الحد المشروع لحاجتهم اليها قال ولا تصح وصية الصبى وقال الشافعى تصح اذا كان فى وجوه الخير لان عمر رضى الله عنه اجاز وصية يفلع ابن ابى رافع وهو الذى راهق الحلم ولانه نظر له بطريقه الى نفسه فى قبل الرقى ولو لم تنفذ يبقى على غيره ولنا انه تبرع والصبى ليس من اهله ولان قوله غير ملزم وفى تصحيح وصيته قول بالزام قوله والاشارة محمولة على انه كان قريب العهد بالحلم مجازا او كانت وصيته فى تجهيزه واكفانه وذلك جائز عندنا

الكاشح لاعلى افضلية الصدقة على القريب مطلقا كما هو المطلوب فلا يتم التقريب وقد نبه له بعض الفضلا حيث قال هذا الحديث لا يفى تمام المدعى ولذلك لا يصدره باداة التعليل انتهى الا ان قوله ولذلك لم يصدره باداة التعليل لا يجدى نفعا لان ذلك الحديث فى مقام التعليل ههنا سواء صدرناه باداة التعليل او لم يصدره بها ولهذا صدره صاحب الكافى باللام حيث قال لقوله عليه السلام افضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح ثم ان بعض المتاخرين كانه قصد رفع ذلك القصور واصلاح المقام قال فى شرح قول المصنف ولما فيه من الصدقة على القريب هذا قياس من الشكل الاول كبراه مطوية وهى كل صدقة على القريب اولى من الصدقة على غيره اقيم دليلها مقامها وهو قوله وقد قال عليه السلام افضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح فانه بصريحه يدل على افضلية الصدقة على ذى رحم كاشح من الصدقة على ذى رحم غير كاشح وتخصيص الكاشح بذى الرحم يدل على افضلية الصدقة على ذى رحم كاشح من الصدقة على ذى رحم غير كاشح يمنع حيث قوله وتخصيص الكاشح بذى الرحم منها على غير ذى الرحم انتهى اقول ليس ذلك ايضا بتام فانا ان اغمضنا عن منع قوله فانه بصريحه يدل على افضلية الصدقة على ذى رحم كاشح من الصدقة على ذى رحم غير كاشح يمنع حيث قوله وتخصيص الكاشح بذى الرحم يدل على افضلية الصدقة على ذى الرحم منها على غير ذى الرحم فان تخصيص الكاشح بذى الرحم انما يدل على ان لكون المتصدق عليه ذا الرحم تاثيرا فى افضلية الصدقة كما ان لكونه كاشحا تاثيرا فيها ولا يازم منه ان يكون التصدق على ذى الرحم الغير الكاشح افضل من التصدق على ذى الرحم الكاشح لان فى كل منهما انتفاء احد سببى الافضلية المستفادين من الحديث المزبور فمن اين يعلم افضلية احدهما من الآخر تامل انتهى **قوله** وان كانوا اغنياء او يستغنون بنصيبهم فالوصية اولى لانه يكون صدقة على الاجنبى والترك هبة من القريب والاولى اولى اقول لم لا يمنع ان يمنع كون الوصية صدقة على الاجنبى مطلقا والاجنبى الموصى له قد يكون غنيا ايضا فلم يثبت اولوية الوصية من تركها على الاطلاق فيما اذا كانت الورثة اغنياء او يستغنون بنصيبهم فتدبر **قوله** ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب قال جماعة من الشراح منهم صاحب العناية صورة الاول ان يشترى المريض شيئا ويوصى به لرجل ثم الموصى له يجده معيبا فانه لا يرده على بائعه وصورة الثانى ان يوصى بجميع ماله لانسان ثم باع شيئا من التركة ووجد المشترى به عيبا لا يرده على الموصى له انتهى اقول فى تصوير الثانى بما ذكروا نظر لان الموصى اذا باع شيئا من الموصى له يصير راجعا عن وصيته كما سيجئ تفصيله عن قريب ففى الصورة المذكورة يكون عدم ثبوته ولا يرد المشترى الا شتراه من الموصى على الموصى له بالعيب لرجوع الموصى عن وصيته بايا عه من التركة بيعه وعدم تعلق حق الموصى له بذلك بعد تحقق الرجوع عن الوصية لا لكون الوصية اثبات ملك جديد فلا يتم التقريب **قوله** ومن اوصى وعليه دين محيط بماله لم تجز الوصية لان الدين مقدم على الوصية لانه اهم الحاجتين فانه فرض والوصية تبرع اقول هذا التعليل منقوض بالوصية بحج الفرض والزكوة والكفارات فانها واجبة على ما صرحوا به فالاولى فى التعليل البسيط بان يقال بانه حق العبد واداؤه فرض والوصية تكون بطريق التبرع فى الغالب وقد تكون بطريق الوجوب وذلك فيما اذا كانت لاداء حقوق العباد الغائبة كالحج والزكوة ونحوهما وايا ما كان ليقدم الدين عليها امافى الشق الاول فظاهر لان اداء الدين فرض والفرض مقدم على التبرع لا محالة وامافى الشق الثانى فلان الدين حق العبد وحق العبد يقدم على حق الله اذا اجتمعا لاحتياج العبد ودين الله تعالى كما عرف فى محله **قوله** والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم يعنى كان بالعكس يمضى على بلوغه زمان كثير ومثله يسمى يافعا مجازا لتسمية الشئ باسم ما كان عليه كذا فى العناية وغيرها او كانت وصيته فى تجهيزه واكفانه وذلك جائز عندنا قال صاحب العناية وفيما نظر عندى لانه صرح الراوى لانه اوصى لابنه عمره له بمال فكيف يتاتى ذلك ووصية تجهيز نفسه كيف تخيل ان يقال انه كان ادرك لكن يسمى يافعا مجازا لانه صح فى رواية الحديث انه كان غلاما لم يحتلم انتهى وذكر صاحب العناية حاصل نظره والجواب عنه حيث قال ورد بانه صح فى رواية الحديث انه كان غلاما لم يحتلم وانه اوصى لابنه عمره له بمال فكيف يصح التاويل بكونه يافعا مجازا او بكون الوصية فى تجهيزه واكفانه واجيب بان قوله كان غلاما لم يحتلم معناه ان الغلام حقيقة يكون

وهو يجيز التثواب بالترك على ورثته كما بيناه والمعتبر في النفع والضرر النظر الى اوضاع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم الحال اعتبارا بحالة
فانه لا يملكه ولا وصية له وان كان يتفق نافذا في بعض الاحوال وكذا الوصي تصرفات بعد الموت لا لعدم الاهلية وقت المباشرة ولكنا
اذا قال اذا دركت فثلث مالي لفلان وصية لقصور اهليته فلا يملكه تخييرا وتعليقا كما في الطلاق والعتاق بخلاف العبد والمكاتب
لان اهليتهما مستقيمة والمانع حق المولى فصح اضافته الى حال سقوطه قال ولا تصح وصية المكاتب ان ترك وفاء لان ماله لا يقبل التبرع قيل على
قول ابي حنيفة رح لا تصح عند ما تصح رد الحال مكاتب يقبل كل مولاه املكه فيما استقبل فخرج عن ذلك والخلاف فيهما معروف عرف في موضعه

الراوي نقله بمعناه وقوله انه اوصى لانبه عم له بمال لا ينافي ان يكون مما يتعلق بتجهيزه وامر دفنه انتهى اقول ليس فراك الجواب بسديد اما اولا فلانه اذا كان لفظ البكر يرد
في الاثر المزبور مجازا عمن كان بالغا لم يمض على بلوغه زمان كثير كان معنى النافع حقيقة غير مراد في ذلك الاثر بل غير واقع في اصل القصة فلو كان الراوي نقله بمعناه الحقيقي
لزم ان يكذب في مسألة ولا يخفى ما فيه واما ثانيا فلان قوله وقوله انه اذا اوصى لانبه عم له بمال اياه لا ينافي ان يكون مما يتعلق بتجهيزه وامر دفنه ممنوع جدا لان معنى اوصى
له بمال ملكه اياه وما يتعلق بتجهيزه وامر دفنه لا يكاد ان يكون ملكا لغيره كما لا يخفى نعم لو كان المروي في الاثر انه اوصى الى ابنه عم له بكلمة الى بدل كلمة اللام لم يلزم التنافي
لان معنى اوصى اليه جعله وصيا فيجوز ان يكون انبه عمه وصيا في تجهيزه وامر دفنه ولما كان المروي في ذلك انه اوصى لانبه عم له بمال لم يبق للتاويل المذكور مجال قوله
وهو يجيز التثواب بالترك على ورثته كما بيناه قال في العناية قوله وهو يجيز التثواب جواب عن قوله ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى وقوله كما بينا اشارة الى قوله فالترك
اولى لما فيه من الصدقة على القريب الى آخره فانه يفيد اما افضلية الترك في التثواب او تساويهما فيه انتهى اقول فيه اشكال لانه ان اراد ان قوله كما بيناه اشارة
الى قوله فالترك اولى لما فيه من الصدقة الى آخره اي الى آخر تعليل تلك المسألة وهو ما انتهى عند قوله وان كانوا اغنياء يلزم ان لا يتم كلام المصنف ره ههنا فانه انما
يمشي في صورة ان كانت الورثة فقراء فلا يحصل الجواب عن قول الشافعي رح ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى في صورة ان كانوا اغنياء ويلزم ان لا يصح
قول الشارح فانه يفيد اما افضلية الترك في الثواب او تساويهما فيه اذا الافضلية متعينة حينئذ فلا معنى للترديد وان اراد بقوله الى آخره الى قوله والموصى به يملك
القبول ليتناول صورة ان كانوا اغنياء ايضا يلزم ان لا يجري كلام المصنف ره ههنا وكلام الشارح ايضا في صورة ان كانوا اغنياء الا على القول الضعيف
المذكور هناك يقبل وهو التخيير بين الوصية وتركها لا على القول المختار المذكور هناك اولا وهو كون الوصية اولى من تركها وبالجملة لا يخلو المقام على كل حال
عن نوع من الاختلال قال بعض المتاخرين ههنا بعد نقل ما في العناية وفيه ان التساوي مبني على قول ضعيف كما سبق ولا حاجة اليه في المقصود انتهى اقول قوله ولا حاجة اليه في المقصود ليس بصحيح
اذ لا افضلية في الترك في صورة ان كانت الورثة اغنياء بل الافضلية فيها للوصية على القول المختار او الوصية وتركهما سيان فيها على القول الضعيف كما لا يخفى
فيما سبق والمقصود ههنا هو الجواب عن قول الشافعي ره ولانه نظر اليه بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى ولا ريب ان ذلك المقصود لا يحصل بقول المصنف ره ههنا وهو
يجيز التثواب بالترك على ورثته في صورة ان كانوا اغنياء الا بالتشبث بالقول الضعيف في تلك المسألة وهو تساوي الوصية وتركها اذ على القول المختار
فيها يكون الوصية افضل فلا تيسير احراز التثواب بتركها فتحققت الحاجة الى ذكر التساوي ليتم الجواب بالنظر الى تلك الصورة ايضا وعن هذا اورد بعض الفضلاء
على ما في العناية ما اورده ذلك البعض ولم يذكر المقدمة القائلة ولا حاجة اليه في المقصود حيث قال فيه بحث فان التساوي فيه ضعيف ولذلك اورده المصنف
بصيغة التمريض قوله ويجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر وقت الوصية اي يجوز الوصية للحمل مثل ان يقول اوصيت بثلث مالي لما في
بطن فلانة وبالحمل كما اذا اوصى بما في بطن جاريته ولم يكن منه لكن بشرط ان يعلم انه موجود في البطن وقت الوصية له او به بان جاءت به لاقل من ستة
اشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوي وصححه الاسبيجابي في شرح الكافي واختاره المصنف ره او من وقت موت الموصي بان جاءت به لاقل من ستة اشهر
من وقت موته على ما ذكره الفقيه ابو الليث في نكته الوصايا والامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي واختاره صاحب النهاية هذا زبدة ما في النهاية وغاية البيان
قال بعض المتاخرين بعد ان شرح المقام بهذا المنوال اقول ليس معنى هذا الاختلاف على الاختلاف في انه هل يكفي في صحة الوصية وجود الموصى له وبه وقت
موت الموصي اولا بد مع ذلك من وجودهما وقت الوصية ايضا لاتفاق مشائخنا على ان الشرط لصحتها وجودهما وقت الموت فقط لا وقت الوصية ايضا
لانها تمليك بعد الموت فلا بد من وجودهما اذ ذاك دون وقت الايجاب بدليل ما ذكره الامام قاضيخان ويجيء ايضا انه لو قال اوصيت بثلث مالي

قال وتجوز الوصية للحمل واذا وضعته لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية اما الاول فلان الوصية استخلاف مرجعه لانه يخلفه في بعض ماله وليس له خليفة في الارث فكذا في الوصية اذ هي لغته الا انه يرتد بالرد خلافه من معنى التمليك بخلاف الهبة لان التمليك محض لا ولاية لاحد عليه ليملكه شيئا

الفلان وليس له مال ثم استفاد مالا كان للموصى له ثلث ماتركه وبدليل ما ذكره صاحب المحيط نقلا عن الاصل انه اذا اوصى بثلث ماله لابني فلان وليس لفلان ابن يوم الوصية ثم حدث له بنون بعد ذلك ومات الموصى كان الثلث للذين حدثوا من بنيه فتبين ان منشأ الاختلاف ليس ندا لك بل خصوصية في المسئلة اعتبرها الطحاوي ولم تتبينه لها غيره وهي ان المفهوم عرفا ولغة اذا قيل اوصيت لما في بطنها بكذا كونه موجودا في بطنها وقد لان المعنى لما ثبت وتحقق في بطنها في الحال

الى هنا كلام ذلك البعض اقول فيه اختلال فاحش فان قوله لاتفاق مشايخنا على ان الشرط لصحتها وجودها وقت الموت فقط لا وقت الوصية ممنوع كيف وقد وضع في المحيط والذخيرة فصلا على حدة لبيان ان المعتبر لصحة الايجاب في الوصايا وجود الموصى به يوم موت الموصى او وجوده يوم الوصية وذكر هناك ان حاصل هذا الفصل ان الموصى به اذا كان معينا يعتبر لصحة الايجاب وجوده ويوم الوصية حتى ان من اوصى لانسان بعين لا يملك ثم ملكه يوما من الدهر لا تصح الوصية واذا كان العين الموصى بها في ملك الموصى يوم الوصية فالوصية تتعلق به حتى اذا هلك ذلك العين تبطل الوصية ومتى كان الموصى به غير معين وهو شائع في بعض ما تركه فكذلك يعتبر لصحة الايجاب وجود الموصى به يوم الوصية وتعلق الوصية به حتى لو قال اوصيت لك بثلث غنمي او بشاة من غنمي وليس في ملكه غنم يوم الوصية لا تصح الوصية حتى لو وجدت للموصى اغنام بعد ذلك قبل ان يموت لا يكون للموصى له من الاغنام الحادثة شئ ومتى كان الموصى به غير معين وهو شائع في جميع التركة يعتبر لصحة الايجاب وجود الموصى به يوم موت الموصى فاذا اوصى لرجل بثلث ماله وله مال فهلك ذلك المال واكتسب مالا غيره فان ثلث المال الذي اكتسبه للموصى له لم تتعلق الوصية بالمال الموجود يوم الوصية حتى لا تبطل بهلاكه انتهى فقد ظهر بذلك ان المعتبر لصحة الايجاب في اكثر اقسام الوصايا وجود الموصى به وقت الوصية لا وقت الموت فلا معنى لقوله لاتفاق مشايخنا على ان الشرط لصحتها وجودها اي وجود الموصى له وبه وقت الموت فقط لا وقت الوصية ايضا وقوله في تعليل ذلك لانها تمليك بعد الموت فلا بد من وجودها اذ ذاك دون وقت الايجاب وليس بتام لان بسبب الاستحقاق هو الوصية فيجوز ان يعتبر وجودها وقت وجود ذلك السبب كما يجوز ان يعتبر وجودها وقت تحقق الحكم وهو الملك ومن هنا انشأ الاختلاف الواقع بين المشايخ على ما مر من قبل وقوله بدليل ما ذكره الامام قاضيخان ويصح ايضا انه لو قال اوصيت بثلث مالي لفلان وليس له مال ثم استفاد مالا كان الموصى له ثلث ماتركه ليس بصحيح لان ذلك انما يكون دليلا على كون المعتبر وقت الموت فيما اذا كان الموصى به غير معين وهو شائع في جميع التركة كما هو الحال في قوله اوصيت بثلث مالي لفلان لا فيما اذا كان الموصى به معينا كما فيما نحن فيه وعن هذا قال صاحب النهاية وغيره في شرح تلك المسئلة التي سيجئ في الكتاب هذا اذا كان الموصى به غير معين وهو شائع في جميع التركة كما في اسم المال واما اذا كان معينا في نوع من المال فالحكم بخلافه ونقلوا عن الذخيرة انفصالها عن المحيط والذخيرة من التفصيل فيما حررناه وقوله وبدليل ما ذكره صاحب المحيط نقلا عن الاصل انه اذا اوصى بثلث ماله لابني فلان وليس لفلان ابن يوم الوصية ثم حدث له بنون بعد ذلك ومات الموصى كان الثلث للذين حدثوا من بنيه ليس بتام لان ما ذكره صاحب المحيط هناك جواب ظاهر الرواية ولا يلزم منه ان يكون الجواب في غير ظاهر الرواية ايضا كذلك سيما عند الطحاوي فمن اين ثبت الاتفاق بذلك وعن هذا قال صاحب البدائع لم يعتبر ذلك من وقت الموت في ظاهر الرواية وعند الطحاوي من وقت وجود الوصية انتهى وقوله فتبين ان منشأ الاختلاف ليس بذلك بل خصوصية في المسئلة اعتبرها الطحاوي ولم تتبينه لما غيره وهي ان المفهوم عرفا ولغة اذا قيل اوصيت لما في بطنها بكذا كونه موجودا في بطنها وقد لا يصح اذ لا نسلم هذا ان المفهوم عرفا ولغة اذا قيل اوصيت لما في بطنها بكذا كونه موجودا فقد بقي كيف كون وقت الموت لتثبت حكم الوصية عند موته وكيف يتصور من باسا طين الفقهاني ما اصحاب ظاهر الرواية ان لا يفهموا ما يفهم من الكلام عرفا ولغة ولا يثبتوا ان ما يستحب اضافة المفهم الغفلة عن شئ من اللغة والعرف فضلا عن الغفلة عنهما معا وقوله لان المعنى لما ثبت وتحقق في بطنها في هذا الوقت بحكم بحسب ما ثبت وتحقق

[illegible] وبكتابة او اكون شبوته سنة وقت الوصية او سنة وقت الموت فانه خارج عن مفهوم نفس الكفاية وانما اتعين له سنة
اخر هو محل الاجتهاد بين الفريقين وقد بينه صاحب البدائع بان قال وجهه ما ذكره الطحاوي ان سبب الاستحقاق هو الوصية فيعتبر وقت وجوده وجه ظاهر الرواية
ان وقت نفوذ الوصية واعتبار ما في الحكم وقت الموت فيعتبر وجوده من ذلك الوقت انتهى ثم ان ذلك البعض قال واعلم ان كلام صاحب الكافي هنا انما هو بالاضافة
دل اوله على ان اعتبار المدة من وقت الوصية فيما اذا مات الموصي لقوله في آخره دل على انه من وقت الموت اذا كانت الوصية للحمل ولم يظهر لي وجه انتهى اقول ان صاحب الكافي
قال في اول كلامه ويجوز الوصية للحمل بالحمل ان ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية ثم قال في آخره واما الثاني فلانه يجري في حق الورثة فيجري في حق الوصايا
لما مر ان الوصية اخت الميراث وقد تيقنا بوجوده يوم الموت حتى جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم الموت انتهى فيجوز فيه الوجهان احدهما ان يكون المعنى
مقدار ما في قوله من وقت الوصية فيكون المعنى من وقت وجوب الوصية والا يخفى ان وقت وجوب الوصية هو وقت موت الموصي فيوافق اول كلامه آخره وقد اشار
صاحب معراج الدراية الى تاويل كلام المصنف بهذا الوجه ليوافق كلام ما ذكر في المبسوط وثانيهما ان يكون مراده باول آخر كلامه مخالفا لاوله هو الاشارة الى وقوع الروايتين في
تعيين اول المدة التي يعلم بها وجود الحمل في البطن وقد خفي على ذلك البعض كل من ذينك الوجهين حيث قال لم يظهر لي وجه شحر انه اخطا في قوله وآخره دل على انه من
وقت الموت اذا كانت الوصية للحمل فان الذي في آخره انما هو الوصية بالحمل لا الوصية للحمل لانه قال فيه واما الثاني ولا ريب ان الثاني في قوله ويجوز الوصية للحمل وبالحمل
هو الوصية بالحمل ثم ان الزيلعي قال في شرح الكنز وذكر في الكافي ما يدل على انه ان اوصى له يعتبر من وقت الوصية وان اوصى به يعتبر من وقت الموت انتهى اقول
ليس ذلك ايضا بسديد لان عبارة الكافي في اول الكلام هكذا ويجوز الوصية للحمل وبالحمل ان ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية والا يخفى ان قوله من وقت
الوصية ان لم تعلق بقوله بالحمل فقط لكونه قريبا منه فلا اقل من ان تعلق بمجموع قوله للحمل وبالحمل فمن اين يدل ذلك على اختصاص الاعتبار من وقت الوصية
بما اذا اوصى له نعم ما ذكره صاحب الكافي في آخر كلامه يدل على كون الاعتبار من وقت الموت فيما اذا اوصى بالحمل وهذا يرى المخالفة بين اول كلامه وآخره
والمخلص بانه آنفا من احد الوجهين فتدبر قوله واما الثاني فلانه يعرض الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية قال صاحب الكفاية في شرح هذا
المحل واما الثاني وهو الوصية به فلانه اي المحل يعرض الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية فان وضع المسئلة فيما اذا وضعت لاقل من ستة اشهر من وقت الموت
وذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة انتهى اقول فيه خلل ظاهر فان زيادة قوله اذ الموت في قوله من وقت الوصية الى الموت مع كونها غير مطابقة للشرح تقتضي ان لا يصح وجود
الوصية لا محالة اذ على تقدير ان وضعته لاقل من ستة اشهر من وقت موت الموصي لا يعلم وجوده وقت الوصية اصلا فيما اذا مضت بين الوصية والموت ستة اشهر
زمان وضع الحمل اكثر من ستة اشهر من وقت الوصية وهذا هو الاستدراك به قوله ومن اوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول
الحمل لغة ولكنه يلحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح اقرارا اقول تقابل ان يقول هذا التعليل منتقض بصورة البيع فانه اذا باع جارية الا حملها
فالبيع صحيح امكان جريان مقدمات هذا التعليل هناك بهذا الاتيان انما فسد البيع لاصل وهو انما لا يصح افراده بالعقد والحمل
مما لا يصح افراده بالبيع فلا يصح استثناؤه منه كما مر في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع بخلاف الوصية فان افراد الحمل بالوصية يصح فكذا استثناؤه
منه كما سياتي في التعليل الثاني لا بالقول ولكنه فرق وجيه التعليل الثاني وكلامنا في هذا التعليل الاول فلا معنى لملاحظته ثم ان صاحب الكفاية قال في شرح
اول هذا التعليل لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لانه ليس بموجود له ولا يوجد الحمل في الموضوع ولا يتناول اسم الجارية صح استثناؤه من الجارية كتسميتها
وسمر وليها ما ليس بها انتهى اقول مقتضى تقرير هذا ان يكون قول المصنف ردا لان اسم الجارية انما يتناول الحمل لغة اصلا فالقياس ان لا يكون الاول كبرى مطوية

وقال ابو يوسف رح يكون رجوعا لان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فاولى ان يكون رجوعا

وهي قوله وما ايتناوله اسم الجارية صح استثناؤه من الجارية وان يكون ذلك لقياس وحده دليلا مستقلا على صحة استثناء الحمل في مسئلتنا هذه لكن فيه بحث وهو انه كيف يتم الاستدلال بعدم تناول اسم الجارية للحمل على صحة استثنائه منها ومعنى الاستثناء يقتضي خلاف ذلك فان معناه هو الاخراج عما يتناوله صدر الكلام كما هو المتعارف او المنع عن دخول البعض فيما تناوله صدر الكلام كما اختاره صاحب التوضيح وقال المصنف رح في باب الاستثناء من كتاب الاقرار الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وعلى كل حال من التعبيرات فتناول صدر الكلام للمستثنى مما لا بد منه في الاستثناء الحقيقي الذي هو المتصل واما المنقطع فصيغة الاستثناء مجاز فيه كما عرف في محله سيما في كتب الاصول ويمكن ان يقال ان صيغة الاستثناء وان كانت مجازا في المنقطع الا ان لفظ الاستثناء حقيقة اصطلاحية في القسمين معا كما نص عليه صاحب التلويح في فصل الاستثناء فحينئذ ان يراد بالاستثناء المذكور في هذه المسئلة هو الاستثناء المنقطع وهو لا يقتضي تناول صدر الكلام للمستثنى بل ينافي ذلك فحينئذ التقرير قال صاحب العناية بعد كلامه السابق وفيه اشارة الى ما يقال الحمل خير من الام قبل الانفصال كاليد والرجل ولو استثنى اليد او الرجل لم يصر فكذلك الحمل وذلك لان اسم الجارية يتناولها انتهى واعترض بعض الفضلاء على قوله لان اسم الجارية يتناولها حيث قال ان اراد مقصودا فليس كذلك وان اراد تبعا فالحمل كذلك انتهى اقول هذا في غاية السقوط اذ لا شك ان المراد ان اسمها يتناولها مقصودا وقوله فليكن كذلك في الحديث ليس بشيء اذ لا ريب ان اسم الجارية فيما اذا قال اوصيت بهذه الجارية يتناولها بجميع اجزائها الحقيقية مقصودا او لا معنى لا يصالها الجارية بدون يديها او رجليها او نحو ذلك لا منتفاع بها بدون اجزائها الحقيقية لعدم انفكاك عنها بخلاف الحمل فانه ليس بجزء منها حقيقة قبل الانفصال ايضا بل هو بمنزلة الجزء ومنافع اتصاله بها كما صرح به المصنف رح في البيوع ويمكن انفكاكه عنه بوضعها اياه فجاز ان لا يكون مقصودا عند ايضا بها كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية فان قيل كيف يصح الاستثناء وهو تصرف لفظي لا يرد على ما لا يتناوله اللفظ فالجواب ان صحته باعتبار تقرير الملك للموصى فكأنه قبل الوصية كما لو قال اوصيت لفلان بالف ودرهم الا درهما فان الوصية في الالف صحيحة والاستثناء ايضا صحيح في تقرير ملكه في الفرس لا باعتبار خروجه من المستثنى منه فانه لم يكن داخلا انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث فانه صرح في كتاب الاقرار ان ما لا يتناوله اللفظ مقصودا بل يدخل فيه تبعا لا يصح استثناؤه لان الاستثناء تصرف لفظي ولو صح الاستثناء باعتبار تقرير الملك لصح في الاقرار ايضا استثناء البناء من الدار والبعض من الخاتم والنخلة من البستان ظليتاس في الفرق انتهى وقصد بعض المتأخرين الجواب عنه فقال فان قلت يشكل حينئذ ما ذكروه في كتاب الاقرار انه لو قال هذه الدار لفلان الا بناءها فانه لي فللمقر الدار والبناء لان الدار اسم لما اقيم عليه الحط والبناء يدخل تبعا والاستثناء انما يصح ما يتناوله الكلام قصدا لا تبعا فلم حكموا ببطلان الاستثناء هناك ولم يصححوه باعتبار تقرير الملك كما صححوا به ههنا قلت انما لم يصححوا ذلك لاستلزامه ابطال حق ثبت بالاقرار ولم يلزم ذلك في الوصية لانها ترجع الى ما صح الرجوع عنه غاية ان يحمل الاستثناء على الرجوع عنها في حق الثالث انتهى اقول جوابه ليس بمستقيم فان ابطال حق ثبت بالاقرار انما يلزم في تلك المسئلة المذكورة في كتاب الاقرار على تقدير ان لا يصح الاستثناء فيها فلا يلزم ابطال ذلك اصلا اذ تصحيح الاقرار حينئذ مخصوص بما عدا البناء اذ قد تقرر في مباحث الاستثناء ان حكم الكلام يتوقف فيما وقع فيه الاستثناء على تمام الكلام بذكر المستثنى فيثبت الحكم فيما عدا المستثنى فحينئذ معنى قوله مثلا هذه الدار لفلان الا بناءها على تقدير ان يصح الاستثناء غير بناء هذه الدار لفلان وبهذا اندفع التناقض المتوهم بين اول الكلام وآخره في امثلة الاستثناء وتقرر انه لو صح الاستثناء في مسئلة الاقرار لم يستلزم ذلك ابطال حق ثبت بالاقرار فظهر ان ما ذكره في حمل الاستثناء فيما نحن فيه على الرجوع عن الوصية وحمل تاج الشريعة ايضا اذ لو كان الامر كذلك لاحتيج الى شيء من التعليل الذي ذكره وانه لا يلزم ان يكون في كل موضع يصح فيه الاستثناء يصح الرجوع عن الوصية وحينئذ يسقط ما ذكره بعض المتأخرين من تفاصيل وتفاريع بعيدة عن هذه المسئلة ثم قوله وقال ابو يوسف رح يكون رجوعا الان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فاولى ان يكون رجوعا قال بعض المتأخرين قلت هذا كلام ظاهري والا فالنفي في الرجوع عنها بمعنى فسخها ورفعها وفي الجحود بمعنى سلبها ونفي وقوعها واين هذا من ذاك

وعلى هذا ان جحود النسب والنسب كالانتفاء في الحال واذا كان كذلك فالجحود الذي لا يكون رجوعا هو الذي لا يتناقض في الحال ولا يتناقض في الحال الا الجحود الذي لا يتناقض في الماضي وقال لا يكون حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة وقال كل وصية اوصيت بها لفلان فهو حرام وربيبه لا يكون رجوعا لان الوصف يستند عند الاصرار كما اذا قال في باطله لانه انما صح للتلاشي وقال آخر لا يكون رجوعا لان التناقض ليس بشرط كما في الذمي يخالف في اذا قال تركت لانه اسقط فقوله هذا الذي اوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة فان ما اذا اوصى به لرجل ثم اوصى به لآخر كان الحل يحتمل الشركة واللفظ مع ذلك اذا قال فهو لفلان وارى ان يكون رجوعا عن الاول لما بينا ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه ولو كان فلان الآخر ميتا حين اوصى فالوصية الاولى على حالها لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة كونها للثاني ولم يتحقق فبقي للاول ولو كان فلان الثاني قال ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصي فهي للورثة لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية بالموت والله اعلم

اقول ليس المراد بقول ابي يوسف ان جحود الوصية يكون رجوعا عنها ان الجحود والرجوع متحدان معنى بل المراد انهما متحدان حكما وهو ابطال الوصية بان لا يثبت الملك للموصى له في تركة الموصي فيكون النفي في الرجوع بمعنى النسخ وفي الجحود بمعنى سلب الوقوع انما ينافي الاتحاد في المعنى لا الاتحاد في الحكم وبنى استدلاله المذكور على الثاني دون الاول فلا محذور على ان ما ذكره ذلك البعض على تقدير وروده انما يؤول الى ما ذكره المصنف ره في التعليل الثاني للمحدر رحمه الله كما لا يخفى على المتامل فالاوجه بالنسبة الى نفسه بقوله قلت قوله وللمحدر ره ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك واذا كان ثابتا في الحال كان الجحود لغوا قال صاحب العناية في شرح هذا التعليل وللمحدر ره ان الجحود وهو ان يقول لم اوص لفلان او ما اوصيت له نفي في الماضي لكونه موضوعا لذلك والانتفاء في الحال ضرورة ذلك لاستحالة ان يثبت عالم لغيره واذا كان الكذب ثابتا في الحال لكونه كاذبا في جحوده اذا الفرض انه اوصى ثم جحد كان النفي في الماضي باطلا فيبطل ما هو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال فكان الجحود لغوا انتهى اقول فيه خلل اما اولا فلانه جعل اسم كان في قول المصنف ره واذا كان ثابتا في الحال الكذب وليس بمستقيم لان الكذب مما لم يتقدم ذكره في كلام المصنف ره لا لفظا ولا معنى ولا حكما فكيف يصح ان يكون اسم كان في قوله المذكور ضميرا راجعا الى الكذب واما ثانيا فلانه لو كان المراد ذلك لزم ان يكون قول المصنف ره في الحال في قوله واذا كان ثابتا في الحال مستدركا كما لا يخفى تحقق فان ثبوت الكذب في الجحود يقتضي كون الجحود لغوا من غير فصل بين ان يكون ثبوت ذلك في الحال او في غيره من الازمان واما ثالثا فلانه لو كان المعنى ذلك لما تحقق فائدة قول المصنف ره والانتفاء في الحال ضرورة ذلك فانه اذا كان الكذب في جحوده ثابتا بناء على كون الفرض انه اوصى ثم جحد كان جحوده لغوا باطلا لا حكم له اصلا سواء كان الانتفاء في الحال من ضرورة ذلك او لم يكن من ضرورته ثم قال صاحب العناية وفي بعض الشروح جعل اسم كان في قوله واذا كان ثابتا في الحال الوصية وفي بعضها الحق وكلاهما مصادرة على المطلوب فتامل انتهى اقول فيه نظر لان المصادرة على المطلوب انما يلزم ان لو كان معنى كلام المصنف ره واذا كان الى الوصية او الحق ثابتا في الحال بعد ما كون الجحود لغوا وليس معناه ذلك بل معناه واذا كان الايصاء بالجحود ثابتا في الحال كما لا يخفى على ذوي مسكة قوله اولان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي فالحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة قال في العناية فيه نظر من وجهين احدهما انه قال في الدليل الاول ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك وههنا قال والجحود نفي في الماضي والحال وبينهما تناقض والثاني انه لا يلزم من عدم كون الجحود رجوعا عدم جواز استعماله فيه مجازا صونا للكلام العاقل عن الالغاء والجواب عن الاول لان قوله نفي في الماضي والحال معناه نفي في الماضي وضعا وحقيقة وفي الحال ضرورة لا وضعا وهو الاول فلا ينافي وعن الثاني بان الرجوع والجحود بالنظر الى الماضي متضادان والتضاد ليس من مجوزات المجاز في الالفاظ الشرعية على ما قررناه في الانوار والتحرير انتهى اقول في جوابه على النظر الثاني ان جواز استعمال الجحود في الرجوع جوازا لا يتوقف على اعتبار علاقة المجاز التضاد بينهما حتى يلزم من عدم كون التضاد من مجوزات المجاز في الالفاظ الشرعية ان لا يجوز استعمال الجحود في الرجوع مجازا اصلا بل يجوز ان يكون العلاقة بينهما اشتراكا معنويا خاصا وهو كونهما نافيين في الحال وان كان الجحود نافيا في الماضي ايضا كما اشتهر عند ذوي غاية البيان ويجوز هذا قال في الذخيرة وهو المبسوط والاصح قول ابي يوسف ره ووجهه ان الجحود كذب حقيقة الا انه يتحمل الفسخ مجازا فيحمل على المجاز وهو الفسخ صيانة لكلام العاقل عن الالغاء بقدر الامكان وانما حملناه على الفسخ لان الموصى ينفرد بفسخ الوصية بخلاف البيع والاجارة اذ احد احد المتعاقدين لان هناك يقيد حمله على الفسخ لان احد المتعاقدين هناك لا ينفرد بالفسخ حتى لو جاء هذا فقال بالفسخ العقد وجحد الزوج النكاح من الاصل بان قال لم اتزوجك لان هناك ايضا تعذر حمله على الفسخ لان الزوج

باب الوصية بثلث المال

قال ومن أوصى برجل بثلث ماله ولم يبين ما دفع الوصية فالثلث بينهما وذلك لتيقن حقهما فيه وترجح الورثة بالإجازة على ما تقدم وقد تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان فإن لا استحقاق والحق يفضل الشركة فيكون بينهما أثلاثا وإذا كان أوصى لأحدهما بالثلث والآخر بالسدس فالثلث بينهما أثلاثا لما قلنا ويرجع صاحب الثلث بثلث ما في يد صاحب السدس فيجعل الأقل تبعا للأكثر سهمين وصار ثلثة أسهم ثم لصاحب الأقل سهم ولصاحب الأكثر سهمان فصار ثلث ما في يد صاحب السدس وذلك سهم من ستة أسهم وهو سدس المال وإنما رجع صاحب الثلث بثلث ما في يد صاحب السدس لأنه لما أوصى لأحدهما بالثلث وللآخر بالسدس فقد أوصى لهما بخمسة أسهم من ستة أسهم فيقسم الثلث بينهما على خمسة أسهم

ولانه يذكر ويراد به السدس فان قيل ما قال السهم في اللغة عبارة عن السدس ويذكر ويراد به سهم من سبعة لو فيعطى ما ذكرنا قلنا هذا كان في فرض في عرف السهام كالخمس

من السدس فكيف جعله بمعنى السدس قلت جعله بمعنى السدس من الاثر واللغة انتهى اقول الجواب منظور فيه لان ما ذكر في الكتاب انما يستدعي جعل السهم لمعنى السدس لاجعل اخس الانصبا الذي هو اقلها بمعنى السدس وكلام السائل في الثاني دون الاول كما ترى والحق في الجواب ما يفهم مما ذكر في النهاية نقلا عن المبسوط وهو ان اقل الانصبا باعتبار الاصل وهو القرابة انما هو السدس واما الثمن فانما هو اقلها باعتبار العارض وهو الزوجية وما يكون عارضا في مزاحمة ما هو اصل كالمعدوم فيحمل اللفظ على اقل ما يستحق من السهام بالقرابة وهو السدس ثم قال صاحب العناية واعلم ان عبارة المشائخ والشارحين في هذا الموضع اختلفت اختلافا لا يكاد يعلم منه شيء بسبب ذلك اختلاف رواية المبسوط والجامع الصغير قال في الكافي فعلى رواية الاصل جوزا الوصية رد النقصان عن السدس ولم يجوزا الزيادة على السدس وعلى رواية الجامع الصغير جوزا الزيادة على السدس ولم يجوزا النقصان عن السدس ورواية المصنف رد تخالف كل واحدة منهما لان قوله الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس ليس في رواية المبسوط وقوله لا يزاد عليه ليس في رواية الجامع الصغير فاما انه اطلع على رواية غيرهما واما انه جمع بينهما الى هنا لفظ العناية اقول كيف يتصور الجمع بينهما وقد صرح في الكافي بان ابا حنيفة رح جوز على رواية الاصل النقصان عن السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وجوز على رواية الجامع الصغير الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ونقل صاحب العناية ما في الكافي على وجه الارتضاء ومعنى رواية المصنف رد ما صرح به الشارح المزبور في صدر المسئلة ان ابا حنيفة رح لم يجوز النقصان عن السدس ولا الزيادة عليه فلا جرم تكون هذه الرواية منافية لكل واحدة من روايتي المبسوط والجامع الصغير لاتحمل الجمع بينهما كما لا يخفى فلا وجه لقوله واما انه جمع بينهما واورد بعض الفضلاء على قوله وقوله لا يزاد عليه ليس في رواية الجامع الصغير حيث قال فيه تامل فان الظاهر ان المراد نفي الزيادة على السدس اذ النقص اخس السهام عن السدس لا مطلقا فحينئذ يكون ما في الكتاب رواية الجامع الصغير انتهى اقول ليس هذا بمستقيم فان التعليل الذي ذكره المصنف رح من قبل ابي حنيفة رح بقوله ولانه ان السهم هو السدس الى آخره يقتضي لامحالة ان يكون المراد بما في الكتاب نفي الزيادة على السدس مطلقا كما يقتضيه ان يكون المراد به نفي النقصان عن السدس مطلقا فلا مجال لان يكون المراد به رواية الجامع الصغير كما لا مجال لان يكون المراد به رواية الاصل وقد كنت نبهت عليه فيما مر آنفا قوله ولانه يذكر ويراد به السدس الى آخره قال صاحب العناية قوله ولانه يذكر ويراد به السدس الى آخره مشكل لانه وقع في بعض نسخ الهداية فيعطى ما ذكرنا وفي بعضها فيعطى الاقل منهما فعلى الاول بعض الشارحين فقال يعني انه كان اخس سهام الورثة اقل من السدس يعطى السدس بما ذكرنا ان السهم عبارة عن السدس وان كان اخس السهام اكثر منه يعطى لكن لان السهم يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة عملا بالدليلين فان كان مراده بقوله ذلك اخس السهام وان كان اكثر من السدس فليس ذلك بدليل لما في الكتاب فان فيه الزيادة على السدس قوله قال في الكتاب ولا يزاد عليه وان كان مراده السدس فما تمم عمل بالدليلين انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء على قوله فان قال في الكتاب لا يزاد عليه حيث قال فيه بحث اذ ليس المراد نفي الزيادة مطلقا بل على تقدير كون اخس السهام ناقصا عن السدس فيصلح ذلك دليلا لما في الكتاب انتهى اقول قد مر منا غير مرة ان قول المصنف رح في تعليل هذه المسئلة من قبل ابي حنيفة رح بقوله ولان السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رض وقد رفعه الى النبي عليه السلام يقتضي كون المراد من مسئلة الكتاب نفي الزيادة مطلقا فلا يصلح ما ذكره بعض الشارحين دليلا عليه كما قاله صاحب العناية ثم قال صاحب العناية واما الثانية وهو قوله فيعطى الاقل منهما فتؤدي الى النقصان عن السدس في الكتاب الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس وايضا قوله ما ذكرنا ان اراد به السدس فلا تعلق لقوله وقد يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة بالدليل لانه يتم بقوله ايا ما اراد به الاقل منهما عاد الاعتراض المذكور وهو الاداء الى النقصان عن السدس انتهى وقصد بعض الفضلاء ان يجيب عن قوله وايضا قوله ما ذكرنا الى آخره حيث قال لم لا يجوز ان يكون معنى الكلام ان السهم يذكر ويراد به السدس ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى السدس تعيينه بابتراء ابن مسعود رضي الله عنه فليتامل انتهى اقول ليس هذا بشيء لان اثر ابن مسعود رض هو الدليل الاول فلو كان معنى الدليل الثاني ما ذكره

ذلك القائل كان مدار هذا الدليل ايضا اثر ابن مسعود رض فيلزم التكرار والاستدراك كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية واري ان المراد بقوله ما ذكرناه هو الاقل فيهما ليكون معنى النسختين واحدا واشار بذلك الى رواية المبسوط وهي ما ذكرنا من جواز النقصان دون الزيادة على السدس تنبيها بذلك على ان المذكور في الكتاب من قوله الا ان ينقص عن السدس فتيم له السدس ولا يزاد عليه ليس رواية واحدة وانما هو مركب من روايتين انتهى اقول هذا الذي ذهب اليه معنى سقيم جدا لا ينبغي ان يعد العاقل فضلا عن مثل الحبر الفطن الكامل فان قوله فيما ذكرناه مذكور لقصد اقامة الدليل على ما قدمه من الرواية المخالفة لرواية المبسوط ورواية الجامع الصغير كما لا يعترف به هذا الشارح فيما قبل فكيف يصح منه الاشارة في الدليل الى ما يخالف المدعى وينافيه ثم ان كون المذكور في الكتاب مركبا من روايتي المبسوط والجامع مما لا مجال له كما بيناه فيما قبل فلا وجه لقوله وانما هو مركب من روايتين **قوله** ولو اوصى بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه واشتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير ان الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فالبيان قال صاحب النهاية اقول في هذه المسئلة على ان احد الوارثين لو اقر لفلان على دين ولم يبين قدره فمات مجهلا يجبر ورثته على البيان وكذا لو اقيم البينة على اقراره بمجهول ينبغي ان يقبل ويجبر على ورثته البيان انتهى ورد عليه بعض المتاخرين حيث قال يجوز النقل بذلك قلت ما ذكره قياس مع الفارق لان الاقرار لو بمجهول يوجب تعلق الغير به من وقت الاقرار فيجبر المقر على بيانه بطلب المقر له فاذا فات الجبر في حياته بموته ساقط سيما اذا كان تنقصير من المقر له فلم يثبت عنه ورثته بخلاف الوصية بمجهول لعدم ثبوت حق الغير الا بعد موت الموصي فقبل موته لا يجبر على بيانه بعد موته تعلق الحق بتركته والا يمكن جبره فيجبر من يقوم مقامه احيا لحق ثابت انتهى اقول ليس بناء السديد لانهم صرحوا بانه ليس من شرط القياس ان يكون المقيس في معنى المقيس عليه من كل الوجوه بل يكتفي الاشتراك في علة هي مدار الحكم في المقيس عليه فيجرد الفرق بين ما نحن فيه وبين الاقرار المجهول في كون تعلق حق الغير به في الاقرار من وقت الاقرار وفي الوصية بعد الموت لا يضر لصحة القياس المتفهم مما ذكره صاحب التسهيل وانما يضر بها الفرق في العلة التي هي مدار الحكم وهو ليس بمتحقق هنا فانه لما كان مناط مدار ثبوت الجبر بالبيان لورثة الموصي الذين يقومون مقام الموصي احيا الحق ثابت بالوصية كان ينبغي ان تثبت الجبر بالبيان لورثة المقر بالمجهول ايضا اذا مات مجهلا احيا الحق ثابت بالاقرار فقول ذلك البعض فاذا فات الجبر في صورة المقر بموته ساقط ان اراد به انه ساقط عنه الحق اصلا فليس بصحيح اذ لا شك انه لا يسقط حقوق العباد المتعلقة بالمال بموت من عليه الحق بل تؤخذ من تركته وان اراد به انه ساقط عنه الجبر لعدم امكانه وان كان يبقى اصل الحق عليه فهو مسلم لكن لا نم قوله فلم ينب عنه ورثته فانه لما بقي حق المقر له عليه وكان ذلك عليه مجهولا محتاجا الى البيان لعدم امكان القضاء بالمجهول وكان من عليه الحق عاجزا عن البيان بعد موته كان ينبغي ان ينوب عنه ورثته في البيان كما في الوصية بالمجهول تامل تقف **قوله** ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في مجلس آخر له ثلث مالي او اجازة الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه لان الكلام الثاني يحتمل انه اراد به زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل انه اراد به ايجاب ثلث على السدس حتى يصير المجموع نصفا وعند الاحتمال لا يثبت له الا القدر المتيقن فيجعل السدس داخلا في الثلث حملا للكلام على المتيقن هذه زبدة ما في الشروح قال بعض المتاخرين بعد ذكر الدليل على هذا المنوال بهذا قالوا وهذا كما يرى حمل للكلام على احد محتمليه وذلك ان تقول لما كان الكلام محتملا للمعنيين وكان القدر الثابت به متعينا على الاحتمالين الثلث قلنا ما ثبت به من الوصية هو الثلث لكن لا الطريق حمله على احد محتمليه كما زعموا بل نجعله بمنزلة ان يقال هذا ثلث مالي وصية لان المتيقن ثبوت الثلث بمجموع الاحتمالين لا بواحد لما الى هنا كلامه اقول ليس هذا بشيء اذ لا شك ان المتيقن ثبوت الثلث باول الاحتمالين فان زيادة السدس على السدس كما هو الاحتمال الاول يقتضي ثبوت الثلث بلا ريب وانضمام الاحتمال الثاني اليه انما يفيد جواز ارادة النصف ولا تاثير له في ثبوت الثلث لثبوته بدون ذلك فالمعنى الصحيح هنا ما ذكره الجمهور لا ما اراده ذلك البعض من عند نفسه قال صاحب العناية

لانه لما كان لكل ذي حق حقه من غير تحيف فيصار الى ان لهم ان يخرجوا دفع الدين في كل شيء حتى يستوفي الاب لان للورثة حقا في التركة ايضا لتعلق حق الورثة بها كما تعلق حق الموصى له بها بين فتعارضا فقدم الدين لكونه في محل الحاجة واما ما يصير مالا عند الاستيفاء فانما يعتبر اذا ظهر زيادة فزادت على الدين اهـ

قوله وتبطل بموته بعد قبوله لان الميت لا يملك بعد موته شيئا اصلا اذ لو ملك لورث عنه ولا وارث له اهـ

قوله وان لم يعلم بها الموصى له حتى مات فقبل ورثته فهو له لان الوصية تمت بموت الموصي وقبل الموصى له بعد موته اهـ

قوله وان قال ثلث مالي بين زيد وعمرو زيد ميت كان لعمرو نصف الثلث لان قوله بين زيد وعمرو يقتضي التسوية بينهما وقد بطل حق زيد بموته قبل موت الموصي فيبقى حق عمرو في نصف الثلث اهـ

قوله وان قال ثلث مالي لزيد وسكت كان له كل الثلث ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث

قال من اوصى بثلث ماله ولا مال له اكتسب شيئا يملكه عند الموت لان الوصية تعلق استحقاق الموصى له بثلث ماله بعد الموت حكما بعد ما يثبت حكمه بعد ما يثبت وجوده

اقول عند الموت لا قبله فكذلك اذا كان لا مال له عند الموت فيملك شيئا ليتناوله حكم الوصية اذ لو لم يكتسب شيئا لما استحق الموصى له شيئا فلا يتحقق حكم الوصية اصلا ولا يكون لها اثر عند الموت فيعتبر قيامه عند الموت لا عند الوصية تعلقت بالعين فتبطل جزافها عند الرجوع ان لم يكن فيه غير فاستقاد شهرات فاصحها ان الوصية تتعلق بالمال ذكر ذا كانت باسم غير مضاف كالمال وجوده قبل الموت فصل او المقدر في ملكه عند الموت وقال ادى ما شاء من مالي ليس له ان يعطي قيمة شاة لانه اضاف الى المال علمنا ان مراده الوصية بما لية الشاة اذا ما لكتها فتوجد في مطلق المال وكذا اوصى ببناء ولم يضفه الى ماله ولا غنم له قيل لا تعميم كان المصحح اضافته الى المال وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل نعم كما لو ذكر الشاة وليس في ملكه شاة علم ان مراده المالية

فان قيل اذا اجازت الورثة كان الواجب ان يكون الربع من المال دون الثلثين فما الفائدة فالجواب ان بعضهم قال فائدة الثلث وان اجازت الورثة لان السدس يدخل في الثلث من حيث انه يحتمل ان يراد بالثانية زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل انه اراد بها ايجاب ثلث على السدس فيجعل السدس داخلا في الثلث لانه متيقن ومحل الكلام على ما يملكه وهو الايصاء بالثلث انتهى اقول في قوله وحمل الكلام على ما يملكه وهو الايصاء بالثلث بحث لان ما يملكه انما يكون هو الايصاء بالثلث اذا لم يجز الورثة واما اذا اجازت كما هو المفروض ههنا فيملك الايصاء بما زاد على الثلث ايضا وتملكه المجاز كما هو قبل الموصى عندنا كما مر في اوائل هذا الكتاب فلا يتم هذه العلة تدبر

قوله لانه امكن ايفاء كل ذي حق حقه من غير تحيف فيصار اليه اقول فيه تامل فانه انما يظهر ان لو كان حق الموصى له في العين خاصة وليس كذلك بل هو شائع في العين والدين معا كما صرحوا به وقالوا الاجمل فيه ان الوصية المرسلة يكون شائعة في كل المال للكون الموصى له في ذلك شريك الورثة وعن هذا لا ياخذ الالف كملا في صورة ان لم يخرج الالف من ثلث معين واذا كان حق الموصى له شائعا في جميع التركة الذي هو العين والدين كشيوع حق الورثة فيه كان تخصيص حق الموصى له بالعين في صورة ان خرج الالف من ثلث العين بخسا في حق الورثة كما في الصورة الاخرى اذ يلزم حينئذ ان ياخذ الموصى له جميع حقه من العين الذي له فضل عن الدين وياخذ الورثة بعض حقهم من العين وبعض حقهم من الدين وهذا بخس في حقهم لامحالة منافيا لما يقتضيه حق الشركة من بعد بين النظر للجانبين فليتامل ولعله يكتب فيه العبرات

قوله ومن اوصى لزيد وعمرو وثلث ماله فاذا عمر ومات فالثلث كله لزيد لان الميت ليس باهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي من اهلها كما اذا اوصى لزيد وجدار قال صاحب العناية في شرح هذا المقام واندفع بقوله فلا يزاحم الحي ما اذا اوصى لزيد وعمرو وهما بالحيوة فمات ثم مات احدهما فان للباقي نصف الثلث لوجود المزاحمة بينهما حال الملك ثم بعد ذلك موت احدهما لا يبطل حقه بل يوم ورثته فيه متمامه بموت احد الورثة بعد موت المورث انتهى اقول في تقرير الشارح المذكور ههنا قصورا ما اولا فلانه اضاف الى اندفاع الاشكال بالمسئلة التي ذكرها الى قوله فلا يزاحم الحي مع ان اندفاعه بمجموع التعليل بل بقوله لان الميت ليس باهل للوصية في الحقيقة وانما قوله فلا يزاحم الحي متفرع على ذلك والاصل ان يضاف الحكم الى الاصل دون الفرع واما ثانيا فلان الظاهر من قوله لوجود المزاحمة بينهما حال الملك ان يكون المراد المزاحمة المنفية في قول المصنف ره فلا يزاحم الحي هو المزاحمة حال الملك وهي حال موت الموصي وذلك مع كونه غير تام في نفسه لانه اذا اوصى لزيد وعمرو وثلث ماله وهما بالحيوة فمات احدهما قبل موت الموصي كان للباقي منهما نصف الثلث لا كله كما صرحوا به مع ان العلة هناك ايضا التزاحم وان التزاحم فيه انما يتصور في حال ايجاب الموصي لا في حال الملك اذ كان احدهما يتأتى في حال الملك ولا تزاحم للميت غير مطابق لما ذكره الشارح المذكور في تعليل جواب ظاهر الرواية فيما بعد حيث قال ولم يفرق بين علم الموصى بحيوته وعدمه في ظاهر الرواية لان استحقاق الحي منهما جميع الثلث بعدم المزاحمة عند ايجاب الموصي وفي هذا لا فرق بين العلم وعدمه انتهى واما ثالثا فلانه لم يعتبر لبيان اندفاع الاشكال بمسئلة اخرى ايضا بعبارة الكتاب وهي اي تلك المسئلة اذا اوصى لزيد وعمرو وهما بالحيوة فمات احدهما قبل موت الموصي فالباقي نصف الثلث هناك ايضا كما ذكرنا من قبل مع ان التعليل المذكور في الكتاب يفيد ايضا فراغ ذلك ايضا فالتقرير الظاهر الواسع في شرح هذا المقام ما افاده صاحب النهاية حيث قال وهذا التعليل خرج الجواب عما لو مات احدهما وارتد على هذه المسئلة بان قالوا ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما لو اوصى لزيد وعمرو وهما في الحيوة ثم مات الموصي ثم مات احدهما كان للباقي نصف الثلث من نصف الآخر لورثة الميت منهما وكذلك لو مات احدهما قبل موت الموصي كان للباقي نصف الثلث ولكن هناك كان النصف الآخر للموصي فما ان في المسئلة الاولى اقتضت الوصية لهما بموت الموصي ثم بعد موت احدهما لا يبطل حقه بل يقوم

والمثل شامل فيخ لا غنم له فالوصية باطلة كما لو اضافة الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعلها جزء من الغنم بخلاف ما اذا اضافها الى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل **قال** ومن اوصى بثلث ماله كاسهمات اولاده وهم ثلث وللفقراء والمساكين فلهم ثلثة اسهم من خمسة اسهم **قال** رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعن محمد رح انه يقسم على سبعة اسهم لهم ثلثة ولكل فريق مهمان في اصله ان الوصية كالمهات اولاد الاحياء والفقراء والمساكين جنسان وفسرناهما في الزكوة لتحمد رح ان المذكر لفظا للجمع اد ناه في الميراث اثنان يجد ذلك في القران فكان من كل فريق اثنان وامهات اولاد ثلث فلهذا يقسم على سبعة ولهما ان الجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل لا سيما عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة والثلثة للثلث **قال** ولو اوصى بثلثة لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عندهما وعند محمد رح ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين ولو اوصى للمساكين له صرفه الى مسكين واحد عندهما وعنده لا يصرف الا الى مسكينين بناء على ما بيناه **قال**

وراثة فيه تقامة كموت احد الورثة بعد موت المورث وفي المسئلة الثانية لما مات احدهما قبل موت الموصي بطلت حصته لان الوصية في معنى عقد مضاف الى ما بعد الموت فيشترط بقاء الموصى له عند وجوب الوصية ولم يوجد حيث مات قبل موت الموصي فيبطل نصيبه كما لو مات احد الورثة قبل موت المورث ولآخر نصف الثلث لان الانقسام قد حصل بينهما عند الايجاب لكون كل واحد منهما اهلا لايجاب الوصية له فيبطلان حق احدهما لا يزاد نصيب الآخر كما لو رد احدهما الوصية كان للآخر نصف الثلث وهذا كله على خلاف مسئلة الكتاب فان فيها للحي كل الثلث لان الميت ليس من اهل الوصية له فانما ينتقض حقه باثبات المزاحمة ولم يثبت المزاحمة حيث كان الآخر ميتا فبقي الثلث للحي منهما بمنزلة ما لو قال ثلث مالي لفلان وللموتى فالثلث كله لفلان الى هنا لفظ النهاية فتبصر **قوله** ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعلها جزء من الغنم اعلم انه وقع في عبارة الوقاية ولا شاة له ولا غنم له والواقع في عبارة الهداية في وضع هذه المسئلة فنقل صدر الشريعة في شرحه للوقاية واعلم انه قال في الهداية ولا غنم له وقال في المتن ولا شاة له وبينهما فرق لان الشاة فرد من الغنم فاذا لم يكن له غنم لكن اذا لم يكن له غنم لا يلزم ان لا يكون له شاة لاحتمال ان يكون له واحد لا كثير فعبارة الهداية تناولت صورتين ما اذا لم يكن له شاة اصلا وما يكون له شاة لا غنم له ففي الصورتين تبطل الوصية وعبارة المتن لم تتناول الا الصورة الاولى ولم يعلم منها الحكم في الصورة الثانية فعبارة الهداية اشمل لكن هذه احوط انتهى كلامه ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال في شرحه انما قال ولا شاة له ولم يقل ولا غنم له كما قال صاحب الهداية لان الشاة فرد من الغنم فاذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم بدون العكس والشرط عدم الجنس لا عدم الجمع حتى لو وجد الفرد يصح الوصية فيصح عن ذلك قول الحاكم الشهيد في الكافي ولو قال شاة من غنمي او قفيز من حنطتي فان الحنطة اسم جنس لا اسم جمع انتهى وقال في حاشيته اخطأ ههنا صدر الشريعة حيث قال تبطل الوصية في الصورتين انتهى وقصد بعض المتأخرين ان يجيب عنه حيث قال بعد نقل كلام صدر الشريعة واعترض عليه بعض الافاضل بما حاصله ان عبارة الوقاية هي الصواب وان الحكم في وجود الفرد صحة الوصية وزعم ان الشرط عدم الجنس لا عدم الجمع قلت بعد تسليم ان الغنم جمع او اسم جمع لا اسم جنس ان نفي الغنم كما وقع في عبارة الهداية وعامة الكتب كما هو الصواب وانه لا يصح الوصية لوجود شاة واحدة لان الشرط عدم الجمع لا عدم الجنس كما زعمه المعترض لانا اوصى بشاة من غنمه فاذا لم يكن له غنم بل فرد لم تتحقق شاة من غنمه فتبطل الوصية فهذا هو السر في تعميم الغنم دون الشاة الى هنا كلامه اقول الظاهر عندي ما ذكرته في تعليل هذه المسئلة ان يصح الوصية بوجود شاة واحدة لان الموصى به في هذه المسئلة وهو الشاة يصير موجودا حينئذ فيصير الوصية لشئ موجود لا معدوم ولا مانع لصحة الوصية ههنا سوى كون الموصى به معدوما فاذا وجدت شاة واحدة انتفى المانع نعم لا يوجد حينئذ ما اضيفت الشاة اليه من الغنم على تقدير ان يكون الغنم اسم جمع لا اسم جنس لكن المقصود من الاضافة الى الغنم تعيين ان مراده حين الشاة لا ما اليها ويحصل ذلك المقصود من مجرد الاضافة اليها ولا يقتضي وجودها البتة كوجود الشاة التي هي الموصى به وما يرشد الى كون جواز هذه المسئلة فيما اذا لم توجد شاة اصلا انه قال الحاكم الشهيد في الكافي ولو قال شاة من غنمي او قفيز من حنطتي وليس له غنم ولا حنطة فالوصية باطلة وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرحه لانه لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده الوصية لعين الشاة لانه جعله جزءا من الغنم وانه لا يصلح جزءا للغنم بصورته ومعناه فصارت الوصية لشئ معدوم ولا وجود له عند الموت ايضا فلا يصح انتهى تامل **قوله** واعلم ان الوصية لامهات الاولاد جائزة وهذا استحسان وكان القياس ان لا تصح الوصية لهن لان الولد لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت انتهى انما يستحق الوصية بعد موت مولاها وبعد موت مولاها حال حلول العتق بها فالعتق محلها وهي انما تستحقه بصحة وهي امته والوصية لامته لغو غير صحيحة باطلة وجه الاستحسان ان الوصية مضافة الى ما بعد عتقها لا الى حال حلول العتق بها بدلالة حال الموصى لان الظاهر من حاله ان يقصد بالصاقه به وصية صحيحة لا باطلة والصحيحة هي المضافة الى ما بعد عتقها كذا في عامة الشروح وعزاه جماعة من الشراح الى الذخيرة اقول فيما ذكروا

موضع

نسخة الاسم جنس الشاة

قال رضي الله عنه لرجل بمائة درهم كما مر عليه ثم قال لآخر وقال لآخر شركتك معه فله ثلث كل مائة لان الشركة للمساواة لغة وقد امكن اثباته بين الكل بما قلناه لاتحاد المال لانه يصيب كل واحد منهما ثلث ما اقر به اولا فقد اقر لهما بالسوية وهي تحتمل المساواة بين الكل او بين كل اثنين منهم كما اذا اوصى لرجل بربع ماله ولآخر بثلث ماله كان له ان يحقق المساواة بين الكل فجعلناه على مساواة بين كل واحد منهما وبين كل اثنين منهم فيصير له ثلث كل مائة وان اوصى لرجل بربع ماله ولآخر بثلث ماله ولآخر بنصف ماله كان له ان يحقق المساواة بين الكل فجعلناه على مساواة بين كل واحد منهما وبين كل اثنين منهم فيصير له ثلث كل مائة وهذا استحسان في الثلث وهذا استحسان في الثلثين بتضعيف نصيبه وانما ذكر اللفظ بقدر الامكان قال رضي الله عنه فان اقر لرجل على دين او عين فصدقوه فهو كما اقر به لقدرته على الايفاء بما اقر به فصار كما لو اقر بمعلوم وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان وقوله فصدقوه صدر محل الى قوله لان المدعي لا يصدق الا بحجة فتعذر اثباته اقرار اصطلاقا فلا يعتبر الا اقرارا بالمجهول

وتعالى كل فريق منهما اليمين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك لانه يحلف على امر يجري بينه وبين غيره **قال** من اوصى لاجنبي ولورثته فللاجنبي نصف الوصية وتبطل في الورثة لانه اوصى بما يملك والوصية بما لا يملك فصح في الاول وبطل في الثاني بخلاف ما اذا اوصى لحي وميت لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحي والوارث مزاحما فلهذا تصح باجازة الورثة ثم المراد بالوارث هنا وعلى هذا اذا اوصى لفلان وللاجنبي وهذا بخلاف ما اذا اقر بعين او دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي ايضا لان الوصية انشاء والتركة تشترك حكما له فتتوقف في حق من يستحقه منهما اما الاقرار اخبار كما مر وقد اخبر بوصف الشركة في الباقي وهو الاتيان بدون هذا الوصف لانه خلاف ما اخبر به ولانا الى اثبات الوصف لانه يصير الوارث فيه شريكا ولانه لو قبض الاجنبي شيئا كان للوارث ان يشاركه فيبطل في ذلك القدر لانه لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا لتوهم حصة احدهما تمامها وبطلانا **قال** من كان له ثلثة اثواب جيدا وسطا ردي فاوصى لرجل فضاع ثوب ثم ردي الباقي هو الوارث فله ثلث الجيد وثلث الوسط وثلثا الردي لان الثوب الضائع هو الذي اوصى به وهو الجيد ثلثا الثوب الاجود ولصاحب الاوسط ثلث الجيد وثلث الاوسط ولصاحب الاردى ثلثا الثوب الاوسط وهو الجيد يكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الاجود ولصاحب الاوسط ثلث الجيد

ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه على اعتبار الافراز يصير كان البيت ملكه والباقي ملك غيره وان وقع في نصيب الآخر متفرقا في اذرع جميعه مما وقع في نصيبه أما لانه عوضه كما ذكرناه او لان مراد الموصي من ذكر البيت التقدير به تحصيلا للمقصود ما امكن لانه متعين البيت اذا وقع في نصيبه جميعا بين الجهتين التقدير والتمليك وان وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير او لانه اراد التقدير على اعتبار احد الوجهين والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر كما اذا علق عتق الولد وطلاق المرأة بولادتها ولد تلزمه امته فالمراد في عتاق الطلاق مطلق الولد وفي العتق الولد الحي ثم اذا وقع البيت في نصيب غير الموصى والى ورثته ذراع والبيت عشرة اذرع يقسم نصيبه بين الموصى له وبين الورثة على عشرة اسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصى له وهذا عند محمد رح فيضرب الموصى له بخمسة اذرع نصف البيت وهم نصف الدار سوى البيت وهي خمسة ابواب فيجعل كل خمسة سهما فيصير عشرة وعندهما يقسم على احد عشر سهما لان الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة وابواب نصيب السهم الحادي عشر للموصى له ان لم تسعه وان كان كل الوصية اذا قبل ورد على الخلاف وقيل لا خلاف فيه لمحمد رح

ان يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك اقول في ظاهر تعبير المصنف رح ههنا فساد لان هلاك حق كل واحد منهم انما يتصور فيما اذا ضاع الاثواب الثلثة معا والمفروض في وضع المسئلة ان يضيع ثوب واحد منها غير معلوم الخصوصية فكيف يصح ان يقول الوارث لكل واحد منهم الثوب الذي هو حقك قد هلك فانه هلك كذب ظاهر لا ينبغي ان يسمع اصلا فضلا من ان يترتب عليه حكم شرعي بل قوله لواحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك يقتضي الاعتراف بكون الثوبين الباقيين لصاحبيه والاولى في التعبير ما ذكره شراح الجامع الصغير سيما الصدر الشهيد والامام قاضيخان وهو ان المراد بجحود الورثة ان عمدوا حق واحد منكم بطل ولا ندري من بطل حقه ومن بقي حقه فلا نسلم الحكم شيئا والذي يمكن في توجيه كلام المصنف رح ان يكون مراده معنى جحودهم ان يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذي قد هلك يحتمل ان يكون حقك فكانه تسامح في العبارة بناء على ظهور المراد ووافقه صاحب الكافي في باب تيك العبارة مع ظهور كما

قوله ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة قال صاحب العناية فيه بحث وهو انه قال في كتاب القسمة والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض وما نحن فيه من العروض فكيف كانت المبادلة فيه تابعة والجواب بانه قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في العروض الا اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء وما نحن فيه كذلك فكان معنى المبادلة فيه تابعا كما ذكر ههنا لان الجبر لا يجري في المبادلة ويكون معنى قوله هناك ومعنى قوله المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض اذا لم يكن من جنس واحد والى هذا اشار بقوله وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة وهذا يجبر على القسمة فيه انتهى وقد سبقه الى اصل هذا السؤال والجواب الذكور جد اصاحب النهاية اقول قد ضبط الشارحان المزبوران في الجواب المذكور جد احيث قصد التوفيق بين كلامي المصنف رح في المقامين ولكن خالفا صريح ما ذكره المصنف رح في كتاب القسمة وما اطبقا عليه مع سائر الشراح في بيان مراده هناك فان المصنف رح قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض مطلقا الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد ولا منافاة بين الجبر والمبادلة فان المبادلة انما يجري فيه الجبر لدفع الضرر عن الغير كما في قضاء الدين والديون تقضى بامثالها فصار ما يودى بدلا عما في ذمته انتهى ولا يذهب على ذي مسكة ان مضمون الجواب المذكور ههنا مباين في ذلك والصواب في حل مراد المصنف بقوله ههنا ومعنى المبادلة في قوله هذه القسمة تابع على وجه يندفع عنه السؤال الذي يحمل الشارحان المزبوران لدفعه ما تحملاه ان يقال يعني ان معنى المبادلة وان كان ظاهرا في غير المكيل والموزون الا انه يجعل ذلك المعنى في هذه القسمة تابعا ويجعل معنى الافراز فيها مقصودا تصحيحا لتصرف الموصي وقصده الذي هو تكميل المنفعة فان مبنى الوصية على المسامحة وسرعة النفوذ وقد صح عن هذا المعنى الامام قاضيخان حيث قال ولهما ان القسمة فيما لا يكال ولا يوزن وان كانت مبادلة من وجه حتى ينفرد احدهما بالقسمة ولو اشتريا دارا وقسماها لم يكن لاحدهما ان يبيع نصيبه مرابحة على ما اشترى في اظهر الروايتين في حق بعض الاحكام الا يرى انه يجبر عليها ولو نهى احدهما في نصيبه بعد القسمة بناء لم يستحق الارض لا ترجع على شريكه بقيمة البناء ولا يثبت للشفيع الشفعة في القسمة ولمشتري ما قاسم البائع لم يكن للشفيع بعضه ولو كانت القسمة مبادلة من كل وجه لكان الحكم على عكسها فثبت انها افراز من وجه مبادلة من وجه فجعل افراز احكم الوصية تصحيحا للوصية لان مبناها على المسامحة وسرعة النفوذ ولهذا رجحت الوصية بالمعدوم على الخطر الوجود كالثمرة والنتاج واذا جعلوا القسمة افرازا اظهر انه اوصى بما يملكه انتهى تدبر **قوله** وان وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذراع جميعه مما وقع في نصيبه لانه عوض كما ذكره

والفرق له ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من اقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له والوصية بملك الغير باطلة حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ قال ومن اوصى من مال رجل لاجنبي بعينه فاجاز صاحب المال بعد موت الموصي فان دفعه فهو جائز وله ان يمنع كان هذا بترع بمال الغير فيتوقف على اجازته واذا اجاز يكون تبرعا منه ايضا وله ان يمتنع من التسليم بخلاف ما اذا اوصى بالزيادة على الثلث واجازت الورثة كان الوصية في محلها صحيحة لمصادفتها ملك الموصي والامتناع على الورثة فاذا اجازوها سقط حقهم فنفذ من جهة الموصي قال واذا اقتسم الابناء تركة الاب الكافر فاقر احدهم بان الرجل ان كان اوصى له بثلث ماله فان المقر يعطيه ثلث ما في يده وهذا استحسان والقياس ان يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر وهو قول الشافعي لان اقراره بالثلث له تضمن اقراره بمساواته اياهم والتسوية في اعطاء النصف للباقي له النصف وجه الاستحسان انه اقر بثلث شائع في التركة وهي في ايديهم فيكون مقرا بثلث ما في يده بخلاف ما اذا اقر احدهم بدين لغيره كان الدين مقدما على الميراث فيكون مقرا بتقدمه فيقدم عليه اما الموصى له بالثلث شريك الورثة فلا يسلم له شيء الا ان يسلم للورثة ثلثاه ولانه لو اخذ منه نصف ما في يد المقر الاخر ايضا يأخذ نصف ما في يده فيصير نصف التركة فيزاد على الثلث قال ومن اوصى لرجل بجارية بعينها ولدت بعد موت الموصي ولد وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له لان الام دخلت في الوصية اصالة والولد تبعا حين كان متصلا بالام فاذا ولدت قبل القسمة والتركة قبلها صيقا تا على ملك الميت حتى يقضي بها دينه دخل في الوصية فيكون للموصى له وان لم يخرج جميع الثلث ضرب بالثلث واخذ ما يخصه منهما جميعا في قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وقال ابو حنيفة رح يأخذ ذلك من الام فان فضل شيء اخذ من الولد في الجامع الصغير عن صورته وقال رجل له ستمائة درهم وامة تساوي ثلثمائة درهم فاوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدا يساوي ثلثمائة درهم قبل القسمة فللموصى له الام وثلث الولد عندهما وعنده ثلثا كل واحد منهما لما ذكرنا ان الولد دخل في الوصية تبعا لحالة الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع والحق فتنفذ الوصية فيهما على السواء عن تقيم ان الام اصل والولد تبع فيه والتبع لا يزاحم الاصل فلو نفذنا الوصية فيهما جميعا تنقص الوصية في بعض الاصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع لان تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى نقضه في الاصل بل يبقى تاما صحيحا غير انه لا ينقد بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد لما فصل به القبض ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا هذا اذا ولدت قبل القسمة فان ولدت بعد القسمة فهو للموصى له لانه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة **فصل** في اعتبار حاله الوصية.

يعني في الجارية الموصى بها كذا في العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول ليس قدر ذرعان جميعه ما وقع في نصيبه عوضه اي عوض جميع ذلك البيت الواقع في نصيب الآخر بل قدر ذرعان نصفه مما وقع في نصيبه عوض نصفه ولا معاوضة في نصفه الآخر لان الدار بجميع اجزائها كانت مشتركة بين الموصى وصاحبه فيكون ذلك البيت وما وقع في نصيب الموصى مشتركين بينهما قبل القسمة فالمعاوضة بعد القسمة انما تتصور بين نصف ذلك البيت الواقع في نصيب الآخر وبين قدر ذرعان نصفه وذلك مما وقع في نصيب الموصى فباقيان على حالتهما الاصلية في ملك الموصى وصاحبه فلم يكن قوله اما لانه عوضه صالحا لان يكون دليلا مستقلا في افادة المطلوب ههنا وهو ان يكون قدر ذرعان جميع البيت الموصى به ملكا للموصى له عندهما فيما اذا وقع ذلك البيت في نصيب الآخر بدون ملاحظة احد البدلين الاشتين وتحريره لمصنف ه يقتضي استقلاله كما ترى فتامل **قوله** والفرق له ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من اقر بملك الغير لغيره ثم ملك يؤمر بالتسليم الى المقر الخ اقول فيه كلام وهو ان هذا الفرق انما يتمشى في صورة ان وقع البيت بعد القسمة في نصيب الموصى واما في صورة ان وقع بعدا في نصيب الآخر فلا لان الموصى حينئذ كان مقرا بملك الغير لغيره ولم يصر ملكا له بعد ذلك حتى يؤمر بتسليمه الى المقر له وسكتنا عن تعميم الصورتين فلا يتم التقريب **قوله** وجه الاستحسان انه اقر بثلث شائع في التركة وهي في ايديهم فيكون مقرا بثلث ما في يده قال صاحب التسهيل اقول مضى في فصل اقرار المريض ان ابنه لو اقر باخ فجحده آخره الآخر دفع اليه المقر نصف نصيبه كما قال زفر ههنا لانه اقر بالمساواة وعند مالك يدفع اليه ثلث نصيبه كما قال زفر ههنا لانه اقر بالمساواة وعند مالك يدفع اليه ثلث نصيبه كما قلنا نحن ههنا والحاصل انا علمنا ههنا باصل مالك ثم ومعل زفر ههنا باصلنا فلا بد للائمة الحنفية من الفرق بين الاقرار والوصية او الالتجاء الى ان يكون في المسئلة روايتان الى ههنا لفظ التسهيل وقصد بعض المتاخرين ان يجيب عنه فقال بعد نقل قلت الفرق بينهما بين فان المساواة من اللوازم البينة للاخوة دون الوصية بالثلث فانها ليست من لوازمها فضلا عن كونها بينة فالاقرار بالاخ تضمن الاقرار بالمساواة بخلاف الاقرار بالوصية فانه لا تضمن الاقرار بها انتهى اقول ليس هذا بشيء فان الذي هو من لوازم الاخوة انما هو المساواة في جملة التركة لا المساواة فيما بعد في يد احد الآخرين فقط نصف التركة مثلا والا يلزم ان يكون حصة احد الامرين النصف وحصة مجموع الآخرين النصف وهذا ظاهر البطلان والمساواة في جملة التركة انما تقتضي كون حصة الآخ المقر له ثلث ما في يد المقر لا نصفه كما فيما نحن فيه من الاقرار الوصية بثلث المال فورد ما قاله صاحب التسهيل من مطالبة الفرق بين المسئلتين ثم ان قول ذلك البعض دون الوصية بالثلث فانها ليست من لوازمها فضلا عن كونها بينة ليس بتام ايضا لان المساواة انما لا يكون من لوازم مطلق الوصية مع مطلق الورثة واما فيما نحن فيه فالمساواة لازمة قطعا لانحصار الوارث في الابنين وكون اقرار احدهما بوصية المورث لرجل بثلث ماله فلا بد من الفرق بين المسئلتين بوجه آخر كما لا يخفى

فصل في اعتبار حالة الوصية لما ذكر الحكم الكلي في الوصية وهو الحكم الذي يتعلق بثلث المال ذكر في هذا الفصل احكاما يتعلق باوقات المتغيرة من وصف الى وصف لما ان هذه الاموال بمنزلة العوارض والاحكام المتعلقة بثلث المال بمنزلة الاصول والاصل متقدم على العارض كذا في الشرح

راذا اقر المريض لامراة بدين اواوصى لها بشئ اووهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار وبطلت الوصية والهبة كان الاقرار ملزم بنفسه وهو بجنبة وعند صدوره ولهذا يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين اذا كان في حالة الصحة او في حالة المرض الا ان الثاني يقدم عنه بخلاف الوصية لانها انما تجاز عند الموت وهي وارثة فتعلق ذلك بوصية للوارث وهبة وان كانت مختارة صورة في كالمضيف الى ما بعد الموت حكما لان حكمه يتقرر عند الموت الا ترى انها تبطل بالردة المستغرقة وعند عدم الدين يتقيد بالثلث قال واذا اقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني اووهب له اوصى له فاسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله اما الهبة والوصية فلما قدمنا انه وارث عند الموت وهما يجاباني عند الايجاب والاقرار كان شرفا بنفسه ولكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيعتبر في ايراث تهمة الايثار بخلاف ما تقدم لان سبب الارث الزوجية وهي طارئة تحت وكانت الزوجية قائمة وقت الاقرار وهي نصرانية ثم اسلمت قبل موته لا يصح الاقرار لقيام السبب الحال صدوره ولو كان الابن عبدا او مكاتبا فعتق لما ذكرنا وذكر في كتاب الاقرار ان لم يكن عليه دين يصح لانه اقر لوارثه وهو اجنبي ان كان عليه دين لا يصح لانه اقرار له وهو اجنبه والوصية باطلة لما ذكرنا ان المعتبر فيها وقت الموت واما الهبة فيروى انها تصح لانها تمليك والصحيح انه ليس في عامة الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح قال المقعد والمفلوج والاشل والمسلول اذا طال فلم يخف منه الموت فهو من جميع المال لانه اذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه ولهذا لا يشتغل بالتداوي ولو صار صاحب فراش يوما وليلة وهو صحيح حادث وات يجب عند ما اصابه ذلك ومات وان برئ منه ثم مات من ذلك الداء صار صاحب فراش يوما وليلة وهو مريض حادث ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت والله اعلم

باب العتق في مرض الموت

قال ومن اعتق في مرضه عبدا او باع وحابى او وهب فذلك كله جائز وهو معتبر من الثلث ويضرب به مع اصحاب الوصايا

قوله واذا اقر المريض لامراة بدين اواوصى لها بشئ اووهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار وبطلت الوصية والهبة قال صاحب النهاية وانما بنى على ان المعتبر في جواز الوصية وفسادها كون الموصى له وارثا وغير وارث يوم الموت لا يوم الوصية والمعتبر في فساد الاقرار وجوازه كون المقر له وارثا حال الاقرار تمليك للحال فمتى كان المقر له وارثا يوم الاقرار لا يصح اقراره اذا كان المقر مريضا انتهى واقتفى اثره في غاية التقرير صاحب العناية اقول في عبارتهما خلل حيث قالا ان الاقرار تمليك للحال مع انهم قد صرحوا في كتاب الاقرار بان الاقرار ليس تمليك بل هو اظهار للمقر به وقالوا ولهذا لو اقر لغيره بالمال والمقر له يعلم انه كاذب في اقراره لا يحل له اخذه وفرعوا على ذلك مسائل كثيرة منها ان المريض اذا اقر بجميع ماله لاجنبي صح اقراره ولا يتوقف على اجازة الورثة ولو كان تمليكا مبتدا لم ينفذ الا بقدر الثلث عند عدم اجازتهم فحق العبارة ان يقال لان الاقرار تصرف في الحال كما قاله المصنف في اوائل كتاب الوصايا فقد **قوله** وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا فاعتق لما ذكرنا قال صاحبا النهاية والغاية في شرح هذا المقام اي لا يصح الوصية والهبة له لان الوصية مضافة الى وقت الموت اما اذا اقر له بدين ثم اعتق قبل الموت لم نذكره ههنا وذكر في كتاب الاقرار انه لم يكن عليه اي على العبد دين يصح انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان ما ذهبا اليه في شرح هذا المقام مما يابا ه سداد المعنى وانتظام الكلام فانهما حملا قول المصنف ره وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا على عدم صحة الوصية والهبة فقط مع ان الظاهر من قوله المذكور عموم عدم الصحة للصور الثلث المذكورة فيما قبل جميعا وهي الاقرار والهبة والوصية لانه كان عاما لها في هذه المسئلة السابقة فانتظام الاطلاق للتشبيه في قوله وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا يقتضي العموم لما في هذه المسئلة ايضا مع انضمام قوله لما ذكرنا اليها فان ما ذكره من قبيل من الدليل يدل على عدم الصحة في الصور الثلث جميعا بلا ريب ثم ان قولهما اما اذا اقر له بدين ثم اعتق قبل الموت لم يذكره ههنا ان اراد بذلك ان صورة الاقرار لم تذكر ههنا بعينها صراحة فهو مسلم لكن صورتا الوصية والهبة لم يذكرا ههنا بعينها صراحة بل اندرجتا في اشارة قوله وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا فاعتق فما معنى جعل هذه المسئلة شاملة لصورتي الوصية والهبة دون صورة الاقرار وان اراد بذلك ان صورة الاقرار لم يذكر ههنا اصلا اي لا صراحة بعينها ولا اندراجا في اطلاق اشارة شئ فهو ممنوع فان مسئلتنا هذه مع ما قبلها من مسائل الجامع الصغير ولفظ الجامع الصغير ههنا على ما نقل في غاية البيان هكذا وقال في المريض اقر لابنه وهو نصراني بدين او وهب له هبة فقبضها او اوصى له وصية ثم اسلم الابن ثم مات الرجل قال ذلك كله باطل وكذلك لو كان الابن عبدا فاعتق في هذا انتهى ولا يذهب عليك ان صورة الاقرار وصورتي الوصية والهبة سيأتي الاندراج تحت اطلاق اشارة قوله وكذلك لو كان الابن عبدا فاعتق في هذا فالحق ان مراد المصنف ره بقوله وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا فاعتق لما ذكرنا هو انه سيبطل الاقرار والهبة والوصية كلها في هذه المسئلة ايضا لدليل ذكرناه في المسئلة السابقة وان مراده بقوله وذكر في كتاب الاقرار الى قوله قال والفقيه يبان ان في صورة الاقرار رواية الصحة ايضا وكذا في صورة الهبة واما في صورة الوصية فلا رواية للصحة اصلا تبصر ترشد

باب العتق في المرض قال جمهور الشراح الاعتاق في المرض من انواع الوصية لكن لما كان له احكام مخصوصة افرده بباب على حدة وآخره عن صريح الوصية لان الصريح هو الاصل انتهى اقول فيه قصور لان الاعتاق في المرض ليس من انواع الوصية بل هو امر مغاير للوصية حقيقة فان الوصية ايجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف كما سيصرح به المصنف ره فكيف يكون هذا من انواع الوصية نعم انه في حكم الوصية اذا وجد في مرض الموت حينئذ حيث يعتبر من الثلث لا من جميع المال كما سيأتي ايضا في الكتاب فالوجه ان يعلل لما كان الاعتاق في المرض امرا مغاير لحقيقة الوصية ولكن كان في حكمها افرده بباب على حدة وآخره

في بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع اصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية لانها ايجاب بعد الموت وهذا اخير رمضان واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة بكل ما ابتداء الشرع ثبوتا على نفسه كالدين والكفالة في حكم الوصية لانه ايجاب عليه كما في العناية وكل ما اوجبه بعد الموت فهو من الثلث وان اوجبه في حال صحته اعتبارا لحال الاضافة دون حال العقد لما تقدم من التبرع فالمعتبر فيه حالة العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فمن الثلث وكل مرض مخ منه فهو كحال الصحة كان البرء متيقنا او لا حتى لو مات في مرضه قال وان ابى ثم اعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة اولى عند ابي حنيفة رح وان اعتق وتحابى فهما سواء لانهما استويا في سبب الاستحقاق والاصل فيه ان الوصايا اذا لم يكن فيها اجازة الثلث كل من ابتدأ منهم اضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض لان العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير والمحاباة في البيع اذا وقعت في المرض كان الكل وصايا قد تساووا والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق وانما قدم العتق الذي ذكرناه انفا لانه اقوى فانه لا يلحقه الفسخ من وجه الموصي وغيره ولا يلحقه وكذلك المحاباة لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي واذا قدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستويان فيه سواء من اهل الوصايا ولا يقدم البعض على البعض هما في الخلافية ان العتق اقوى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها الفسخ ولا معتبر بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت وله ان المحاباة اقوى لانها تثبت في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة ومعنى فاذا وجدت المحاباة اولا دفع الا ضعف واذا وجد العتق اولا وثبت وهو يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة

من حقيقة الوصية لكونها هي الاصل **قوله** وفي بعض النسخ فهو وصية كان قوله جائزا اقول سقط في عباراتهم هنا تسامح فان قوله جائز في النسخة الاولى محمول في الكلام وقوله فهو وصية في هذه النسخة موضوع ومحمول فكيف يكون الثاني مكان الاول فالظاهر ان يقال مكان قوله فذلك كله جائز **قوله** وانما قدم العتق الذي ذكرنا انفا لانه اقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره لا يلحقه الفسخ وكذا المحاباة لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي اقول في هذا التحرير قصور بل خلل اما اولا فلان قيد من جهة الموصي في قوله فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي حشو مفسد لانه يدل بطريق مفهوم المخالفة المعتبر عندنا اليضا في الروايات كما صرحوا به على ان من يلحقه الفسخ من جهة غير الموصي كما في المحاباة مع ان الفسخ لا يلحق العتق من جهة احد اصلا وان لحق المحاباة من جهة غير الموصي وهو المشتري واما ثانيا فلان قوله وغيره يلحق الفسخ يوهم بالطلاقه ان يلحق الفسخ المحاباة ايضا من جهة الموصي مع انه قال وكذا المحاباة لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي فالحق في تحرير هذا المقام ان يقال فانه لا يلحقه الفسخ اصلا والمحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي واما غيرها فيلحقها الفسخ من جهة الموصي وغير الموصي ايضا ثم ان كثيرا من الشراح منهم صاحب العناية قالوا في تفسير قول المصنف رح هنا وغيره يلحقه الفسخ اي غير العتق الموقع يلحقه الفسخ كالوصية بالعتق والوصية بالمال انتهى اقول ليس ذاك بسديد فان العتق المعلق غير العتق الموقع ولهذا عطفه المصنف رح عليه فيما قبل حيث قال الا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح مع انه لا يخفى ان العتق المعلق ايضا لا يلحقه الفسخ عندنا والحق ان يقال في تفسير قوله وغيره يلحقه الفسخ اي غير العتق الذي ذكرناه انفا وهو العتق الموقع في المرض والعتق المعلق يلحق بموت الموصي فحينئذ يستقيم المعنى جدا كما لا يخفى واللفظ ايضا يساعده لا محالة فان العتق الذي ذكرنا يعم العتق الموقع والعتق المعلق كما ترى **قوله** واذا قدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستويان فيه سواء هما من اهل الوصايا قال صاحب النهاية في تفسير قوله يستويان فيه من سواء هما اي سوى العتق والمحاباة واقتفى اثره صاحب العناية اقول فيه سماجة ظاهرة فان كلمة من في قوله من سواء هما تابى هذا التفسير جدا كما لا يخفى وكذا قوله من اهل الوصايا بعد قوله من سواء هما ينافي ذلك كما ترى فالوجه في تفسير ذلك ان يقال اي سوى المعتق والذي حوبي له او سوى اهل العتق والمحاباة لعم يمكن تقدير المضاف في تفسير الشارحين المزبورين وهو لفظ الاهل او لفظ الصاحب لكنه خلاف الظاهر في مقام التفسير اذ المقصود من التفسير الكشف والبيان لا الاخفاء والتعمية فقد بقيت السماجة في تفسيرهما المذكور لا محالة **قوله** لهما في الخلافية قال صاحب العناية في بيان الخلافية وهي التي قدم فيها المحاباة على العتق وتبعه العيني اقول هذا شرح فاسد لان الخلاف بين ابي حنيفة رح وصاحبيه في كلتا المسئلتين المذكورتين وهما التي قدم فيها المحاباة على العتق والتي قدم فيها العتق على المحاباة والدليل المذكور من قبلهما وكذا الدليل المذكور من قبلهما يتمشيان في تينك المسئلتين مقابلا كلفة كما لا يخفى على ذوي مسكة فلا وجه لتفسير الخلافية هنا بما يخص المسئلة الاولى منهما والصواب في بيانها ان يقال وهي التي اجتمع فيها العتق والمحاباة سواء قدم العتق في المحاباة او قدمه المحاباة على العتق **قوله** ولا معتبر بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت قال في العناية الا يرى انه اذا اوصى لثلاث له لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم اثلاثا وصل او فصل ولا عبرة للبداءة فكذلك ههنا انتهى وهكذا ذكر في النهاية وفي معراج الدراية نقلا عن الاسرار اقول لقائل ان يقول حكم الايصاء في صورة التنوير نازل وقت موت الموصي في حق كل واحد منهم لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت فكان فيها معنى التعليق والحكم في التعليقات ينزل عند وجود الشرط وزمان تحقق الشرط الذي هو الموت في حق كل واحد منهم في صورة التنوير زمان واحد فلهذا كان الثلث الموصى به لهم بينهم اثلاثا بخلاف ما نحن فيه فان العتق الموقع في المرض منجز غير مضاف الى ما بعد الموت وكذا المحاباة في البيع اذا وقعت في المرض منجز يوجب الحكم في الحال لا محالة فينبغي ان يثبت الحكم في المقدم في الذكر قبل ان يثبت في المؤخر فيه فافترقت

وعلى هذا قال ابو حنيفة رح اذا حابى ثم اعتق حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان واعتق ثم حابى قسم الثلث بين العتق والمحاباة الاولى وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعند هما العتق الاول يكمل قال (وما اوصى به لمن يعتق عنه بعد الماته عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند ابي حنيفة رح وان كانت وصيته مجملة مجملة يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ وان لم يهلك منها شيء يعتق من مجمله مرة على العشرة ولا يعتق عنه بما يقع لانه وصية بنوع قربة فيجب بقضاء ما امكن اشتباه الوصية بالحج وله انه وصية بالعتق لعبد يشتري بماله وتنفيذ بما فيمن يشتري بالقليل منه تنفيذ لغير الموصى به وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة في حق الله تعالى والمسيخ لم يتبدل وصار كما اذا اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي اليه وقيل هذه المسئلة بناء على اصل آخر مختلف فيه وهو ان التحرير حق الله تعالى عند ما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فيتبدل المستحق وعند محمد حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير دعوى فاختلف المستحق وهذا اشبه قال (ومن ترك ابنين ومائة درهم وصدق قيمته مائة وقن كان لعتقه ورضه فاجاز الوارثان ذلك اليس لهما ان يرقوه ثانيا لان العتق لا يرتفع بالموت وان كان في ضمن الوصية وقد وقت بالكل من الثلث الا انها تجوز باجازة الورثة لان الامتناع لحقهم وقد اسقطوه قال (ومن صح عبدا ثم مات فجنى جناية ودفع به بطلت الوصية لان الدفع تمليك لما ان حق ولي الجناية مقدما على حق الموصى له فكان كما لو باعه ثم مات قبل تسليمه الى المشتري لانه لا يتمكن من ملكه فيه باق واما يزول بالدفع فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصي او ادرته به دهر ته فاريد بالدفع الوارث فما لهم لانهم هم الذين التزموه وصارت الوصية كان العبد ملكهم عرضة للجناية بالقيام كما كان ملكهم عرضة للبيع بالقيام فلم تبطل الوصية قال (واذا اعتق الموصي او ادرته به دهر ته فاريد بالدفع الوارث ان الميت اعتق هذا العبد فقال الموصى له اعتقه في الصحة وقال الوارث اعتقه في المرض فالقول قول الوارث وعلى الموصى له البينة لان الاصل ان العتق منجز في الصحة والمحاباة في المرض فالقول قول الوارث وعلى الموصى له البينة قال (ومن اوصى بثلث ماله لاخر فاقام الموصى له الوارث ان الميت اعتق هذا العبد فقال الموصى له اعتقه في الصحة وقال الوارث اعتقه في المرض فالقول قول الوارث وعلى الموصى له البينة لان الاصل ان العتق منجز في الصحة والمحاباة في المرض فالقول قول الوارث وعلى الموصى له البينة قال (ومن اوصى بثلث ماله لاخر فاقام الموصى له بينة ان الميت اعتق هذا العبد في صحته وقال الوارث اعتقه في مرضه فالقول قول الوارث وعلى الموصى له البينة لان الاصل ان العتق منجز في الصحة والمحاباة في المرض فالقول قول الوارث وعلى الموصى له البينة قال (ومن اوصى بثلث ماله لاخر فاقام الموصى له بينة ان الميت اعتق هذا العبد في صحته وقال الوارث اعتقه في مرضه فالقول قول الوارث وعلى الموصى له البينة لان الاصل ان العتق منجز في الصحة والمحاباة في المرض فالقول قول الوارث وعلى الموصى له البينة

الصورتان فاما قوله وعلى هذا قال ابو حنيفة رح اذا حابى ثم اعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان قال في العناية فيه بحث وهو ان يقال المحاباة الاولى مساوية للمحاباة الثانية والمحاباة الثانية مساوية للعتق المتقدم عليها فالمحاباة الاولى مساوية للعتق المتاخر عنها وهو ينافض الدليل المذكور من جانب ابي حنيفة رح وايضا لو جابى ثم حابى ولم يخرج من الثلث تحاصا وما ذكرتم من ان التقديم يقتضي الترجيح ليتدعي ان ينفذ الاولى ثم الثانية والجواب عن الاول ان شرط الانتاج ان يلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه وعن الثاني انه انما تحاصا لان ما يحتمل النقص من تبرعات المريض ينفذ ثم ينقص اذا لم يخرج من الثلث واذا كان كذلك نفذناه جميعا ثم نقضناه بعد الموت وثبت لها حكم الوصية وهما نافذتان فاستويا كذا في النهاية الى هنا لفظ العناية اقول فيه نظر من وجوه الاول ان السوال الثاني غير متجه على كلام المصنف رح اصلا اذ لم يقل المصنف رح قط ان التقديم مطلقا يقتضي الترجيح بل انما قال ان تقديم الاقوى يقتضي الترجيح كما في تقديم المحاباة على الاعتاق لكون المقدم اذ ذاك اقوى لما ضعف المؤخر واما تقديم غير الاقوى فلا يقتضي الترجيح لعدم احتماله وقوع المؤخر اقوى كما في تقديم العتق على المحاباة ولا دفع المؤخر المساوي كما في تقديم احدى المحاباتين على الاخرى على ما هو المذكور في السوال الثاني فلا اتجاه له اصلا على ما ذكره المصنف رح والثاني ان الجواب المذكور عن السوال الاول ليس بسديد لان لزوم النتيجة للقياس لذاته انما هو شرط الانتاج مطلقا لا شرط الانتاج في الجملة فانهم مصرحون في علم الميزان بان قياس المساواة وان لم يستلزم النتيجة لذاته الا انه يستلزمها بواسطة مقدمة غيرية اذا صدقت تلك المقدمة كما في قولنا اما ساو لب وب مساو لج فانه ينتج ويستلزم ان اما ساو لج بواسطة مقدمة غيرية صادقة وهي التي ان كل ساوى المساوي مساو والسوال الاول بمثل هذه السورة فلا يدفعه عدم استلزامه النتيجة لذاته كما لا يخفى والثالث ان الجواب المذكور عن السوال الثاني مما لا حاصل له فاذا اريد به ان تنفيذ المحاباتين جميعا ثم نقضهما بعد الموت يرتفع تقديم احدهما على الاخرى فذلك امر لا يساعده العقل وان اريد به ان التقدم والتاخر بينهما باقيان ولكن لا تاثير لهما في ترجيح المقدم على المؤخر في هاتيك الصورة فذلك لا يدفع ذلك السوال المبني على كون ما ذكره المصنف رح ان التقديم يقتضي بعد الترجيح مطلقا فالصواب في رد السوال الثاني ما بنينا عليه انفا من ان الذي ذكر في الكتاب ان تقديم الاقوى يقتضي الترجيح لا ان التقديم مطلقا يقتضي ذلك فلا اتجاه لذلك السوال في دفع ذلك السوال الاول لما ذكره صاحب معراج الدراية نقلا عن الفوائد الحميدية حيث قال فان قيل ينبغي ان يقسم الثلث بين الكل اثلاثا لان المحاباة الثانية مساوية للاولى والعتق مساو للمحاباة الثانية وكان مساويا للاولى لان المساوي للمساوي مساو قلنا العتق مساو للثانية بحسب عرضه وهو تقدمه عليها فلا يساوي الاولى وبهذا خرج الجواب عن اشكال آخر وهو ان يقال المحاباة ترجحت على العتق والثانية مساوية للاولى فينبغي ان يرجح على العتق الاولى لان المساوي للراجح راجح لما مر ان رجحان الاولى بسبب خصها وهو تقدمها عليه كذا قال ينبغي ان لا يكون المحاباة الثانية بشيء لانها مساوية للعتق والعتق بحسب

فصل قال ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها ما قدمها الموصي واخرها مثل الحج والزكوة والكفارات لان الفرائض اهم من النافلة والظاهر منه البداية بما هو الاهم فان تساوت في القوة بدئ بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر انه يبتدئ بالاهم ذكر الطحاوي رحمه الله انه يبتدئ بالزكوة ويقدمها على الحج وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف رح وفي رواية عنه انه يقدم الحج وهو قول محمد رح وجه الاولى انهما وان استويا في الفرضية فالزكوة تتعلق بها حق العباد فكان اولى ووجه الاخرى ان الحج يقام بالمال والنفس والزكوة بالمال فصار قاصرا عليه فكان الحج اقوى ثم تقدم الزكوة والحج على الكفارات لمزيتها عليها في القوة اذ قد جاء فيها من التغليظات ما لم يأت في الكفارة والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لانه عرف وجوبها بالقرآن دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية للاتفاق على وجوبها والاختلاف في الاضحية

والمساوي للمرجوح مرجوح كذا في الفوائد الحميدية انتهى فتامل

فصل ترجم هذا الفصل في مختصر الكرخي بباب الوصايا اذا ضاق عنها الثلث كذا في غاية البيان وقدم المصنف رح باب التعلق في المرض على هذا الفصل لقوة التعلق في المرض لانه لا يلحقه الفسخ بخلاف مسائل هذا الفصل كذا في عامة الشروح قوله ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي او اخرها القول لتشكل اطلاق هذه المسئلة بالتعلق الموقع في المرض والتعلق المعلق بموت الموصي على اصل ابي يوسف ومحمد رح فان التعلق عندهما من حقوق الله تعالى حتى تقبل الشهادة عليه عندهما من غير دعوى كما تقرر في محله ومر في الباب السابق الضامع انه يقدم على الفرائض منها بالاتفاق وان كان نفسه من التطوعات كما صرح به في عامة المعتبرات وذكر في النهاية وغاية البيان ايضا نقلا عن شرح الطحاوي قال قوله لان الفرضية اهم من النافلة والظاهر من البداية بما هو الاهم اقول يرد على ظاهر هذا التعليل انه ينافي قوله في وضع المسئلة قدمها الموصي او اخرها اذ على تقدير ان آخر الفرائض تكون بداية بالنافلة لا محالة فلا يقع منه البداية هناك بالاهم اذ لا شك ان الاهم هو الفرائض فكيف يتمشى هناك ان يقال الظاهر منه البداية في الاعطاء والتمليك لا البداية والذكر والتلفظ فالمعنى ان الظاهر من حال الموصي البداية في الاعطاء والتمليك بما هو الاهم في الشرع دان آخره في الذكر والتلفظ ووجه آخر وهو ان يكون المراد بالبداية المذكورة بداية من ينفذ وصاياه ويؤديها الى محلها من الموصي والقاضي ونحوها لا البداية بنفسه فانه يظهر ان الظاهر من حال الموصي ان يقصد بداية من ينفذ وصاياه ويصير فيها الى محلها بما هو الاهم في الشرع من بين ما ذكره نفسه قوله فان تساوت في القوة بدئ بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر يبتدئ بالاهم يعني ان تساوت الوصايا التي من حقوق الله في القوة ان كان كلها فرائض وواجبات او نوافل بدئ بما قدر الموصي اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر من حال الانسان ان يبتدئ بالاهم اقول تأمل ان يقول في تمام التعليل نظرا الى الظاهر ان الاهم في حقوق الله تعالى ما هو الاقوى منها والمفروض في وضع مسئلتنا هذه تساوي تلك الحقوق فكيف يتصور اهمية بعضها من بعض وان وجد التفاوت بينها في القوة من جهة بعد تساويها في القوة من جهة الفرضية او الوجوب او التنفل فالظاهر ان اهمها ما هو اقواه في اعتبار الشرع دون اعتبار الموصي فان اريد بالاهم في قوله لان الظاهر يبتدئ بالاهم ما هو الاهم اي الاقوى في اعتبار الشرع فلا نسلم ان الظاهر ان يبتدئ به اذ لا يهتدي كل احد الى معرفة ما هو الاقوى في اعتبار الشرع من بين الفرائض او الواجبات او النوافل فكيف يجعل ابتداؤه بشئ منها دليلا على كونه اقوى من غيره في اعتبار الشرع وان اريد بالاهم في ذلك ما هو الاهم عند الموصي فقد صرح به في الكافي حيث قال لان الظاهر من حال الانسان ان يبتدئ بما هو الاهم عنده فيكون الظاهر ان يبتدئ به مسلم لكن كونه مثل هذا الظاهر مفيد للبداية في التنفيذ والاداء بما قدمه الموصي في الذكر مع العلم بكون ما آخره اهم في اعتبار الشرع غير واضح فان كون الظاهر من حال الانسان ان يبدأ بما هو الاهم عنده متحقق في المسائل المتعددة ايضا مع انه لم يعمل به هناك بل هو الاهم عند الشرع حيث قدمت الفرائض سواء قدمها الموصي او اخرها فليتدبر في المقام ثم ان صاحب النهاية قصد تعليل المسائل المتعلقة بهذا المقام وضبطها فقال ثم ان الوصايا اما ان يكون كلها لله تعالى او كلها للعباد او يجمع بينهما فان كانت لله تعالى قدم ذكرها وبالله تعالى اما ان يكون كلها فرائض كالزكوة والحج والصوم والصلوة او واجبات كالكفارات والنذور وصدقة الفطر او كلها تطوع كالحج التطوع والصدقة على الفقراء وما اشبهها او يجمع بين هذه الوصايا كلها فان جمع بينها والثلث يحتمل جميع ذلك ينفذ وصاياه كلها من ثلثه مالا وكذلك ان لم يحتمل ذلك ولكن اجازت الورثة وان لم يجيزوا فان كان كلها تطوعا وهي فرائض كلها او واجبات كلها او تطوع ابتداء بما بدأ به الميت وان اختلطت ابتداء والفرائض قدمها الموصي او آخرها مثل الحج والزكوة والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البداية بما هو الاهم انتهى كلامه اقول في تقرير خلل لان ضمير منه

في قوله وان لم يخرجوا الخ ان يرجع الى الوصايا الجامعة بين الفرائض والواجبات والنوافل او يرجع الى مطلق الوصايا جامعة كان بينها او غير جامعة فان ارجعت الى الاولى كما هو الظاهر من سياق كلامه حيث قال فان جمع بينها فساق كلامه الى آخره يلزم ان لا يصح قوله فان كان كلها تندوبا الخ فانه ان كان كلها فرائض كلها او واجبات او متساويا ان الوصايا التي كلها فرائض والتي كلها واجبات والتي كلها تطوع فمات الموصي بالجامعة بينها كما ذكره من قبل فكيف يتصور ان تجعل ههنا قسما منها وان رجع الى الثانية فمع كونه مما يأباه سياق كلامه يلزم ان يكون كثير من الاقسام مع احكامها مطلوبا وكافي تمام تفصيل ذلك ان يكون الوصايا كلها فرائض او واجبات او نوافل والثلث يحتمل الكل اولا يحتمل ذلك ولكن اجازة الورثة فان كلا منها فخرج بقوله فيما قبل فان جمع بينها ولم يذكر فيما بعد اصلا فيقع التعرض للتعميم من البسط بالبيان وهو الضبط والجمع ثم ان الشارح المذكور لما وقع فيما وقع بريا بقوله فان جمع بينها بعد قوله او يجمع بين نوعه الوصايا كلها ولو سلك في التعبير مسلك غيره من شراح هذا الكتاب وغيرهم فقال بعد قوله او يجمعين نوعه الوصايا كلها فان كان ثلث ما يحتمل جميع ذلك وسياق كلامه آخره لسلم عن جميع ما ذكرنا في بيان محل تامل تفت **قوله** وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض قال الشراح فمن ذلك ان يقدم صدقة الفطر على النذور لكونها واجبة بايجاب الشرع وكون النذور واجبة بايجاب العبد انتهى اقول لقائل ان يعارض وليقول عرف بعض النذور بالقرآن وهو قوله تعالى وليوفوا نذورهم وعرف وجوب صدقة الفطر بالسنة فينبغي ان يقدم النذور على صدقة الفطر بناء على ذلك كما قدم الكفارة في القتل والظهار واليمين عليهما لذلك على ما ذكر في الكتاب **قوله** قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان تندوبا كان للعبد الى آخره وفي غاية البيان قال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي فان قيل اذا كانت الوصية بحجة الاسلام ينبغي ان يقدم على الوصية للانسان لان ذلك ليس بفرض والحج فريضة قلنا هذا اذا اخذ المستحق فاما عند اختلافهم في المستحق فلا تعتبر قوة الوصية انتهى اقول في الجواب نظر فانه منقوض بالعتق الموقع والعتق المعلق بموت الموصي وبالمحاباة في البيع اذا وقعت في المرض فان كلا منها تقدم على سائر الوصايا ما كان تندوبا للعبد لقوة العتق من حيث انه لا يلحقه الفسخ اصلا وقوة المحاباة ايضا من حيث انه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي كما مر في باب العتق في المرض ولم لم يعتبر قوة الوصية عند اختلاف المستحق لما قدمت المحاباة عند اجتماعها مع وصايا من حقوق الله تعالى لان المستحق في المحاباة هو العبد وفي حقوق الله هو الله تعالى فقد اختلف المستحق وكذا الحال في العتق الموقع في المرض والمعلق بالموت عند اجتماعه مع حقوق الله تعالى عند ابي حنيفة رح لان العتق حق العبد عنده وعند اجتماعه مع حقوق العباد عند صاحبيه لان العتق حق الله تعالى عندهما على ما عرف فتدبر **قوله** لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره الى آخره قال صاحب العناية قوله لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة الى آخره مدفوع بقوله عليه السلام كل عمل ابن آدم منقطع بموته الا ثلثة فان الخروج للحج ليس منه ورد بان للكفار اذا اسلم بعض المسافرين فمات واوصى به وجب الاكمال بما بقي بالاتفاق ولم ينقطع بالموت ذكره في الاسرار فما هو جواب ابي حنيفة رح عن ذلك فهو جوابنا عن الحج واجيب بالفرق بان سفر الحج لا يتجزى في حق الامر بدليل ان الامر بالحج لو مشى بعضه بنفسه بعد ما مشى بعض الطريق وقرض الامام الحج غيره يرضى الوصي لم يجز ولزمه رد النفقة واما الاطعام فانه يقبل التجزي حتى ان المامور بالاطعام اذا اطعم البعض ثم ترك البعض وامر به غيره فانه يجزيه كذا في الاسرار وهذا ليس بدافع لان الحديث لم يفصل بين التجزي وغيره في الانقطاع الا ان يقال التجزي في الاطعام مستند الى الكتاب فانه اقوى وان كان دلالة فعمل به الحج لم يكن فيه دليل اقوى من الحديث فعمل به الى ههنا لفظ العناية اقول السؤال والجواب اللذان ذكرهما لقوله ورد واجيب مذكوران في العناية وغيرها وتصرف هذا الشارح نفسه انما هو في قوله وهذا ليس بدافع الى آخره سواء فاذا ليس مدار الجواب المذكور على ان التجزي لا ينقطع وغير التجزي ينقطع حتى يرد عليه ما قاله من ان الحديث لم يفصل بين التجزي وغيره بل مداره على ان الانقطاع لا يضر في التجزي وانما يضر في غير التجزي فان كل عمل غير متجزء اذا انقطع قبل التمام يبطل من الاصل بالضرورة ويلحق بالعدم كما في الصوم والصلوة

باب الوصية للاقارب وغيرهم

قال ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون لحديث ابي حنيفة رح وكلامهم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة وهذا استحسان وقوله قياسا لان الجار من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة وهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع يصرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق وجه الاستحسان ان هؤلاء كلهم يسمون جيرانا عرفا وقد تأيد بقوله صلى الله عليه وسلم لاصاوة لجار المسجد الا في مسجد محلته وذكر بكل من سبع الدار ولان المقصد بر الجيران فاستجابه ينتظم الملاصق وغيره الا انه كلما قرب كان اكمل عند اتحاد المسجد وما قاله الشافعي رح الجوار الى اربعين دارا بعيد وما يروى فيه ضعيف قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان اسم الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد الساكن عند الاطلاق ولا يدخل عبد هما

واجح غير متحجر اذا انقطع بموت الحاج في الطريق وجب ان يحج من بلد الموصي اذا لواجب على الوجه الذي وجب عليه بخلاف العمل المتجزي فانه لا يلزم من انقطاعه قبل تمامه ان يبطل من الاصل بل يجوز ان يتم الآخر ما بقي منه كما اذا طعم المأمور بالاطعام بغير المساكين ثم ترك البعض وامر بغيره فانه يجزيه كما نص عليه في الاسرار وعلى هذا كان الجواب المذكور دافعا للسؤال قطعا ولعدم فرق الشارح المزبور بين الدارين قال في تقرير السؤال ولم ينقطع ما طعمه بالموت والواقع في النهاية بدل ذلك ولم يبطل هناك ما طعمه بالموت وفي معراج الدراية بدله ولم يجب الاستيناف هناك بل وجب الاكمال بما بقي بالاتفاق ثم ان مدار التوجيه الذي ذكره صاحب العناية بقوله الا ان يقال المتجزي في الاطعام مستند الى الكتاب الى آخره على ان التجزي ينافي الانقطاع والا لم يكن بين الحديث المذكور والكتاب الدال على تجزي الاطعام تعارض اصلا حتى تترك العمل بالحديث المذكور في حق الاطعام ويعمل بالكتاب فيه لقوته وقد عرفت ان التجزي لا ينافي الانقطاع بل يتحقق الانقطاع في المتجزي وغيره الا ان الاكمال فيما يبقى متصور في المتجزي دون غيره فلا يقتضي العمل بالكتاب في حق الاطعام ترك العمل بالحديث المذكور في حق ذلك كما لا يخفى فالاركة على الشارح المزبور ههنا من ضيق العطن كما ترى

باب الوصية للاقارب وغيرهم آخر هذا الباب عما تقدم سلفا ومر ذكره في هذا الباب احكام الوصية لقوم مخصوصين وذكر فيما تقدم من احكام الوصايا على وجه العموم والخصوص ابدا فيلو العموم كذا في الشروح **قوله** ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون قال صاحب العناية كان حق الكلام ان يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجمة الباب ويجوز ان يقال الواو لا يدل على الترتيب وان يقال فعل ذلك اهتماما بامر الجار انتهى كلامه اقول كل من توجيهيه كاسد الاول فلان الواو انما لا يدل على الترتيب الخارجي اي لا يدل على وقوع مدخوله في الخارج بعد وقوع المعطوف عليه فيه واما تاخر مدخوله في الذكر عن المعطوف عليه فيه فامر ضروري ولا يخفى ان مدار قوله كان حق الكلام ان يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجمة الباب على الثاني بمعنى لما تقدم ذكر الوصية للاقارب في ترجمة الباب كان حق الكلام ان يقدم ذلك في بسط المسائل ايضا تحصل التناسب بين الاجمال والتفصيل وعدم دلالة الواو على الترتيب في الوقوع الخارجي لا يدفع ذلك بلا ريب واما الثاني فلان الاهتمام بامر الجار لو كان واجبا او مستحسنا لفعل ذلك في ترجمة الباب بان قال باب الوصية للجيران وغيرهم ولما لم يفعله ههنا علم ان اهتمامه كان بامر الاقارب فكان حق الكلام ههنا ان يساق على سوالد رعاية للتناسب **قوله** ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع الى آخره صحيح اذ ههنا في الكافي حيث قال ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع الا يرى انه لا يدخل فيه جار المحلة وجار الارض وجار القرية صرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق انتهى وعن هذا قال في العناية في شرح قول المصنف رح لما تعذر صرفه الى الجمع يعني تقدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الارض اقول لقائل ان يقول عدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الارض في الوصية لجيران الموصي لعدم انطلاق لفظ الجيران المضاف الى الموصي نفسه على شيء من ذلك لا حقيقة ولا عرفا بخلاف من يسكن محلة الموصي او جمعهم مسجد محلته فان هؤلاء كلهم يسمون جيران الموصي عرفا كما سيأتي في وجه الاستحسان فلا يلزم من تعذر صرفه الى الجميع تعذر صرفه الى اهل المسجد محلته كما قاله الامام حتى يتعين صرفه الى اخص الخصوص كما قاله ابو حنيفة رحمه الله فتامل **قوله** ولان المقصد بر الجيران فاستجابه ينتظم الملاصق وغيره اقول ولقائل ان يقول لم لا يجوز ان يكون المقصود من الوصية لجيران الموصي بر الجيران لكن الجيران هم الملاصقون وغيره لان الجار من المجاورة وهي الملاصقة فكيف يتناول الملاصق وغيره وان صيرورة الكل غير الملاصق ايضا من اهل المحلة مجازا ظاهر فلا يلزم المصير الى الدليل الاول فلا يكون المعلل بهذا التعليل دليلا ثانيا كما هو مقتضى التحرير وجه كما لا يخفى **قوله** قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان اسم الجار يتناولهم اقول التعميم المستفاد من قولهم ويستوي فيه الساكن والمالك ينافي تقييد المصنف رح فيما مر بقوله فمن يسكن محلة الموصي الا ان يكون ما نقله ههنا عن المشايخ رواية اخرى لكن اسلوب تحريره يأبى ذلك كما لا يخفى على الفطن وقال بعض المتاخرين المفهوم

من قول المصنف رحمه ومن يسكن محلة الموصي الى آخره اشتراط السكنى في استحقاقهم الوصية عندهما ملاكا او غيرهم ومما نقلناه عن المشائخ عدم اشتراط السكنى عندهما ان كانوا ملاكا بدليل تخصيص خلافهما بالعبد الساكن فتامل انتهى كلامه اقول ليس هذا بتمام لان تخصيص خلافهما بالعبد الساكن انما يكون دليلا لهما في الحر الساكن لا على عدم الساكن في الحر الغير الساكن اذا كان ملاكا حتى يفهم منه عدم اشتراط السكنى عندهما ان كانوا ملاكا ثم ان تعليل قوله لهما في العبد الساكن بقوله لان الوصية وصية لمولاه وهو غير الساكن بمنزلة الصريح في اشتراط السكنى عندهما في استحقاقهم الوصية وان كانوا احرارا وملاكا فانه قال وهو غير ساكن لم يقل وهو غير مالك للدار فدل قطعا على ان عدم دخول العبد الساكن عندهما لعدم تحقق سكنى مولاه الذي هو الموصى له في الحقيقة وهذا انما يتم باشتراط السكنى عندهما في استحقاقهم الوصية فلا معنى لاستنباط عدم اشتراط السكنى عندهما ان كانوا ملاكا من الخلافية المذكورة كما فعله ذلك البعض تحقه لان الوصية لمولاه وهو غير ساكن قال بعض المتاخرين وللتامل ان يقال لعل الوجه في دخوله كون نفسه موصى له ومستحقا للوصية فيحمل على انه لو عتق قبل موت الموصي صار مستحقا له ولا يفيده كونه عبدا وقت الوصية او وقت الموت فالخلاف بينهما غير تحقيقي وايضا الوصية بالعبد ثم لمولاه لان العبد وما يملكه لمولاه فسكناه كاف في استحقاقه الوصية قائل الى هنا كلامه وانت خبير بان في كلا منهما نظرا اما الاول منهما فلان العبرة اذا كانت لوقت الموت دون وقت الايجاب الوصية كان الخلاف المذكور بينهما فيما كان عبدا وقت الموت كان الخلاف في ذلك حقيقيا لا محالة واما الذي كان عبدا وقت الايجاب ثم عتق قبل الموت فصار حرا وقت الموت فخارج عن محل الخلاف المذكور قطعا لانه لما صار حرا في الوقت الذي له العبرة في احكام الوصية عامة هو وقت موت الموصي على ما من قبيل سائر الاحرار بلا تفاوت فلا يصلح ان يكون محل الخلاف فيما نحن فيه بلا ريب فكيف يحمل الكلام عليه واما الثاني فانه لا شك ان ليس معنى الوصية للعبد ان يملك شيئا للعبد تمليكا مضافا الى الموت فيملكه السيد ابتداء عند الموت ثم ينتقل الملك من ذلك السيد ابتداء ولكن بطريق الخلافية عن ذلك السيد كما هو الحال في سائر التمليكات للعبد على ما صرحوا به والا يلزم ان يكون العبد مالكا لنفسه ابتداء ولم يقل به احد فان كانت الوصية للعبد وصية لمولاه وكان التمليك له تمليكا لمولاه فلا معنى لقول ذلك البعض فسكناه كاف في استحقاق الوصية تامل تحقه ومن اوصى لاسباره قال صاحب النهاية اي الاقرباء امراته وفي الصحاح الاصهار اهل بيت المراة انتهى وافقني اثره في هذا التفسير الاستاذ حماد في الصحاح صاحبا الغناية ومعراج الدراية اقول تفسير الاصهار في هذه المسئلة باقرباء المراة لا يناسب قول المصنف رحمه فيما بعد وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة ابيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان اكل اصهار ان كلا منهم ليس من اقرباء امراته مع انهم يدخلون في الاوصاء بالاصهار على كون كلهم اصهارا كما صرح به المصنف رحمه فالوجه ان تفسير الاصهار في هذه المسئلة بما هو اعم من اقرباء امراته وقد جاء في اللغة جعل الاصهار اعم من اقرباء الامراة قال في الصحاح الاصهار اهل بيت المراة عن الفيل قال ابن السكيت يجعل الصهر من الاحماء والاختان جميعا انتهى وقال في التاج وعن الصهر بالكسر القرابة ونسبة المختنة جميعا اصهار ثم قال وزوج بنت الرجل وزوج اخته والاختان اصهار ايضا انتهى تدبر قوله ولان الوصية تختص الاثبت في الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بالاقرب المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية اقول فيه بحث وهو انه ان اراد ان الوصية تختص الاثبت في الميراث في جميع الاحكام ممنوع

وله ان اسم الاهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار بأهله آنس من جانب الطور نارا قال لأهله امكثوا اني آنست نارا لعلي آتيكم منها بخبر او جذوة من النار لعلكم تصطلون فانه لا خلاف في ان المراد بالأهل هنا الزوجة التي سيأتي ذكرها في سورة طه وقوله تعالى وامر اهلك بالصلاة واصطبر عليها وقوله تعالى ان المتقين في مقام امين في جنات وعيون يلبسون من سندس واستبرق متقابلين كذلك وزوجناهم بحور عين يدعون فيها بكل فاكهة آمنين وقوله تعالى ان المتقين في ظلال وعيون وفواكه مما يشتهون كلوا واشربوا هنيئا بما كنتم تعملون انا كذلك نجزي المحسنين وقوله تعالى ان المتقين في جنات ونعيم فاكهين بما آتاهم ربهم ووقاهم ربهم عذاب الجحيم كلوا واشربوا هنيئا بما كنتم تعملون متكئين على سرر مصفوفة وزوجناهم بحور عين والذين آمنوا واتبعتهم ذرياتهم بايمان الحقنا بهم ذرياتهم وما ألتناهم من عملهم من شيء كل امرئ بما كسب رهين وامددناهم بفاكهة ولحم مما يشتهون يتنازعون فيها كأسا لا لغو فيها ولا تأثيم ويطوف عليهم غلمان لهم كأنهم لؤلؤ مكنون وقوله تعالى ان المتقين في مقام امين في جنات وعيون يلبسون من سندس واستبرق متقابلين كذلك وزوجناهم بحور عين يدعون فيها بكل فاكهة آمنين لا يذوقون فيها الموت الا الموتة الاولى ووقاهم عذاب الجحيم فضلا من ربك ذلك هو الفوز العظيم فانظر كيف عبر عن الزوجة بالأهل في هذه الآيات كلها

وعن ابي يوسف رح انهم يرثون لان سبب الاستحقاق لازم زيد حتى قيل لمولاه لو ضربك فمات حر لان لحق بيت قبل الموت تستحق عجزه ولو كان له موالي ولاء موالي موالات يدخل فيهما معتقو معتقو لاء لا دون موالي الموالاة وعن ابي يوسف رح انهم يدخلون بعضهم على السواء ومحمد رح يقول الجهة مختلفة في المعتق لانعام في الحلف عقد الالتزام والاتساق لازم فكان الاسم له لحق ولا يدخل فيهم موالي الموالي لانه مولى غير حقيقة بخلاف مولى مواليه واولاده لانهم ينسبون اليه بالتتابع فوجد منه ومخلاف ما اذا لم يكن له مولى ولا اولاد المولى لان اللفظ لهم مجاز يصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة ولم يوجد منه ولا اولاد المولى فالثلث لموالي الموالي فيستند يشترط فيهم ما اذا لم يكن له موالي ولا اولاد المولى لان اللفظ لهم مجاز يصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة ولم يوجد منه ولا اولاد المولى فالثلث لموالي الموالاة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيه موالي اعتقهم ابوه او امه لانهم ليسوا بموالي مواليه لا حقيقة ولا مجازا وانما يجر ضمير اتهم بالعطف بخلاف معتق البعض لانه ينسب اليه بالتبعية والله اعلم بالصواب

تقتضي قوله لان عتق ه ولا يثبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت ان لا تجوز الوصية لاحد من هؤلاء اصلا اي لا يلزم حينئذ ان يكونوا ارقاء في حالة اضافة الوصية اليها الى حالة الموت فان المفروض كون ثبوت عتقهم بعد الموت وكون اضافة الوصية الى حالة الموت والوصية للرقيق شيء غير رقبتها لا يجوز كما نصوا عليه وقدم في الكتاب ان الوصية لامهات الاولاد ثبلث ماله جائزة ولا يمكن ان تعليق تلك الوصية برقبتها لان الوصية بالرقبة اعتاق والوصية لما لا تحمل ان يكون اعتاقا لانها تعتق بموت مولاها وان لم تكن ثمة وصية اصلا كما صححه الشراح هناك فكان بين تلك المسئلة وبين هذه التعليل تدافع ويمكن ان يقال جواب تلك المسئلة الاستحسان الذي ذكرناه هناك وهذا التعليل على موجب القياس وجه على الاستحسان الذي ذكرناه هناك غير متمش هناك كما يعرف بالتامل الصادق فلا يصار اليه هنا **قوله** وعن ابي يوسف رح انهم يدخلون ايضا والكل شتركون لان الاسم يتناولهم على السواء قال بعض المتاخرين قلت لا يخفى ان تناول الاسم للاعلى والاسفل بطريق التواطي ليس بابعد من كون هذا التناول كذلك فالعجب ان ابا يوسف رح جوز هذا دون ذاك انتهى اقول ان ابا يوسف رح جوز ذاك ايضا في رواية عنه كما صرح به صاحب الكافي هناك حيث قال وقال الشافعي رح الكل شتركون لان الاسم يتناولهم جميعا وهو رواية عن ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وهو قول زفر لان الاسم يتناولهم انتهى وصرح به صاحب معراج الدراية ايضا هناك حيث قال وروي عن ابي حنيفة رح وابي يوسف رح ان الوصية لهم جميعا وهو قول زفر واحد والشافعي رح في قول انتهى واذا كره المصنف في هذه المسئلة رواية ايضا عن ابي يوسف رح لا قوله مطلقا كما يشير اليه قول المصنف رح وعن ابي يوسف رح حيث ذكره بكلمة عن ولم يقل وقال ابو يوسف رح وترشد اليه ايضا ان شمس الائمة ذكر هذه المسئلة في شرح الجامع الكبير ولم يذكر الاختلاف فيها بل ذكر فيها القياس والاستحسان فقال في القياس يدخلون وفي الاستحسان لا يدخلون كما ذكر تفصيله في النهاية ومعراج الدراية فالعجب من ذلك البعض انه لم يطلع على رواية تجويز ابي يوسف رح تناول الاسم في الكل للمسئلتين مع انها مذكورة في الكتب المشهورة المتداولة فتعجب انه جوز التناول للكل في هذه المسئلة دون الاولى ومن اساء قلة التدبر والتتبع مما يضيق عن الاحاطة به نطاق البيان **قوله** وبخلاف ما اذا لم يكن له موال ولا اولاد الموالي لان اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام وبخلاف ما اذا لم يكن له موال اي موالي العتاقة ولا اولاد الموالي العتاقة يعني حينئذ لموالي الموالاة وقال في الجامع الكبير وان لم يكن له الا موالي الموالاة كان الثلث لهم لان الاحق اذا لم يوجد وجب العمل بما دونه انتهى وتعقبه صاحب العناية اقول ليس هذا الشرح صحيحا اذ لو كان مراد المصنف رح ذلك لما صح تعليله بقوله لان اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر الحقيقة فان لفظ المولى مشترك بين المعتق وبين مولى الموالاة كما يدل عليه قول المصنف رح انفا ومحمد رح يقول الجهة مختلفة في المعتق الانعام وفي المولى عقد الالتزام وقد صرح الشراح قاطبة باشتراكه بينهما وبينوا مراد المصنف رح هناك على وفق ذلك فلو كان مراد المصنف رح هنا ما ذهب اليه صاحبا النهاية والعناية لما صح قوله في التعليل لان اللفظ لهم مجاز اذ لا شك ان اللفظ المشترك حقيقة في كل واحد من معنييه او معانيه فالصواب ان مراد المصنف رح هنا هو انه اذا لم يكن له موال ولا اولاد الموالي فالثلث لموالي الموالي فحينئذ يشترط فيهم بخلاف ما اذا لم يكن له موال ولا اولاد الموالي بما قبله اشتراط تباط وينتظم تعليله بقوله لان اللفظ لهم مجاز الخ انتظاما تاما كما لا يخفى وقد صرح في الكافي بعين ما قلنا عند تقرير هذه المسئلة وفي غاية البيان ايضا عند شرح كلام المصنف رح هنا وكان صاحب النهاية انما اعتبر ما نقله عن الجامع الكبير فان المذكور فيه موالي الموالاة دون موالي الموالي لكن التعليل المذكور هناك وهو قوله لان الاحق اذا لم يوجد وجب العمل بما دونه مطابق للمسئلة غراب عنها فانه لا ينافي الاشتراك لجواز ان يكون احد معنى المشترك احق بالارادة من الآخر لامر صحح ذلك مع ان اللفظ حقيقة في كل واحد منهما كما اشار اليه المصنف رح فيما مر بقوله ولا عتاق لازم فكان الاسم له احق بخلاف تعليل المصنف رح هنا على تقدير ان يراد بما ذكره في الجامع الكبير كما توهم صاحب النهاية وتبعه صاحب العناية فانه لا يطابق المسئلة حينئذ بل يباينها مباينة جلية كما ينبغي **قوله** ولو كان له معتق واحد وموالي

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

قال ... الموالي فالنصف لعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز أقول لقائل ان يقول لم لا يصار ههنا الى عموم المجاز صيانة لكلام العاقل عن الالغاء في حق النصف والمصير الى عموم المجاز مخلص معروف في دفع الجمع بين الحقيقة والمجاز وطريقه ههنا ان يحمل الموالي على من كان للموصي في عتقه اعم من ان يكون بطريق المباشرة كما في معتق نفسه او بطريق التسبيب كما في معتق معتقه فليتأمل

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة لما فرغ من بيان احكام الوصايا بالمتعلقة بالاعيان شرع في بيان احكام الوصايا المتعلقة بالمنافع وآخر هذا الباب لما ان المنافع بعد الاعيان وجودا فاخرها عنها وصفا كذا في الشرح الحبيشي وهو ان هذا انما يتم في حق الوصية بالسكنى والوصية بالخدمة دون الوصية بالثمرة لان الثمرة من قبيل الاعيان والباب يشمل الاقسام الثلثة كلها عنوانا واحكاما فالاتم التقريب وان صير الى التوجيه بنا الكلام على الاكثر يبقى تاخير الوصية بالثمرة خاليا عن بيان النكتة كما لا يخفى **قوله** الا ان الاول وهو الاعدل اولى قال بعض المتاخرين فيه ان المفروض كون المهايأة باختيارهم فالمتاخر ليسقط حقه فلا يبقى الاولوية لا بالزام الحاكم حتى يكون اولى انتهى اقول ليس ببعيد لان اسقاط المتاخر حقه لا يلزم ان يكون بطيب خاطره بل يجوز ان يكون مع الكراهة لامر يعود عليه فكيف يساوي هذا استيفاء حقه كملا كما في الاول ثم ان سلم كون اسقاط حقه عن طيب خاطره البتة فهو لا يقتضي الا انتفاء الظلم ولم تتحقق العدل في الحاجة وذلك لا ينافي كون الاول اعدل منه للتسوية بينهم ذاتا وزمانا ولا شك ان الاعدل اولى **قوله** وجه الظاهر ان حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بان ظهر للميت مال آخر ويخرج الدار من الثلث اقول فيه بحث اما اولا فلانه منقوض بما اذا اوصى لرجل بعين داره ولم يكن له مال غيرها فاقتسمها الموصى له مع الورثة على الثلث والثلثين فان للورثة هناك ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي تلك الدار بلا خلاف مع جريان هذا الدليل هناك ايضا بان يقال ان حق الموصى له ثابت في عين جميع الدار بان ظهر للميت مال آخر ويخرج الدار من الثلث واما ثانيا فلانه ان كان حق الموصى له ثابتا في سكنى جميع الدار بمجرد احتمال ظهور مال آخر للميت وخروج الدار من الثلث فاما ان يكون حق الورثة ايضا ثابتا في سكنى جميع تلك الدار او لا فان كان الاول يلزم ان يثبت في سكنى جميع دار واحدة في حالة واحدة حقوق اشخاص متعددة واللازم باطل لاستحالة ان يكون اشخاص متعددة عليه في جميع محل واحد في زمان واحد لاستلزامه تداخل الاجسام المذكور لبطلان تعلق الحق بامر محال وان كان الثاني يلزم ان لا يقسم بين الدار بين الموصى له والورثة اثلاثا للانتفاع وان لا يقسم الدار بينهم مهايأة من حيث الزمان اثلاثا للشبوت حق الموصى له في سكنى جميع الدار بعينه ثبوت حقا لورثة في ذلك العرض مع ان الثلث خلاف ما ذكره في الكتاب **قوله** فاما ثبت هذه الولاية لمن يملكها تبعا لملك الرقبة او لمن يملكها بالصفة التي ذكرها اما اذا ثبتت مقصودة غير مرتبة على ملك الرقبة فلا يملكها تبعا لملك الرقبة كما قال في العناية واعترض باجارة الحر نفسه فانه لا يملك منفعته تبعا لملك رقبته ولا يعقد المعاوضة ويجوز له ان يملكها بدل واجب ان كلام المصنف في التبعية

فمراده بالمنفعة منفعة تجويز الوصية بها ومنفعة الحر ليست كذلك فلا يكون واردا عليه انتهى أقول الجواب منظور فيه لان كون كلام المصنف رد في الوصية لا يقتضي كون مراده بالمنفعة المذكورة في مقدمات دليله منفعة تجويز الوصية بها فان مقدمات الدليل لا يلزم ان يكون مساوية للمدعى بل لابد من كلية الكبرى او امكان استنتاج المدلول بطريق الشكل الاول وهنا كذلك اذ حاصل هذا الدليل ان الخدمة والسكنى من قبيل المنافع والمنافع ليست بمال على اصلنا وانما هي في تمليك احداث صفة المالية فيه تخفيفا للمساواة في عقد المعاوضة وما في تمليك احداث صفة المالية فيه لا يثبت الولاية عليه بهذه الصفة الا لمن تملك الرقبة او لمن تعلقه بعقد المعاوضة حتى يكون تملكا لها بالصفة التي تملكها او لا يكون تملكا اكثر مما تملكه فانه لا يجوز شرعا ولا يذهب على دون مسكة ان احد الصغرى من المقدمات المذكورة مع اقتضاء الادلة الشرعية كلية كل واحد منها في نفسها لاجمال لتقييد شئ منها بما يخرج به منفعة الحر لوقوعها في محل الكبرى من الشكل الاول تبصر **قوله** ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة الى آخره قال صاحب العناية وقوله لما صحت الوصية لصاحب الخدمة كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد يعني لو كانت الوصية بالخدمة منفردة عن الرقبة ميراثا للورثة والخدمة للموصى له من غير اشتراك فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان آخر يكون الرقبة له والخدمة للموصى له بها اذ الوصية اخت الميراث من حيث ان الملك فيما يثبت بعد الموت انتهى أقول ان قوله السابق كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد ليس بسديد والحق ان يقال كالبيان والتفسير لما قبله من اعتبار هذه الحال بحالة الانفراد لان قول المصنف رد لما صحت الوصية لصاحب الخدمة الى آخره وكذا ما ذكره الشارح المزبور بقوله يعني لو كانت الوصية بالخدمة الى آخره انما يفيدان بيان اعتبار هذه الحالة بحالة الانفراد لا بيان حالة الانفراد وحدها كما لا يخفى على من له ادنى مسكة **قوله** ولهذا ذكره ان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذا اسم الجارية يتناولهما وفي بطنها قلت ليس المراد ان اسم الخاتم والفص يتناول اسم الخاتم والفص ويتناول اسم الجارية لما في بطنها تناولا لفظيا حقيقيا والا يلزم ان يخالف هذا ما مر في مسئلة صحة الوصية بجارية الا حملها من ان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح افرادها ويلزم ان يخالف ايضا ما مر في كتاب الافراد من ان الفص لا يدخل في الخاتم لفظا بل تبعا ولهذا لو اقر بخاتم لرجل واستثنى فصه لنفسه لم يصح الاستثناء ويكون الحلقة والفص جميعا للمقر له لان الاستثناء تصرف في الملفوظ بل انما المراد ههنا ان اسم الخاتم والفص واسم الجارية لما في بطنها يتناولها تناولا لفظيا حقيقيا فيقع المخالفة كما توهمها البعض **قوله** ومن اصلنا ان العام الذي موجبه ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص أقول لا اجمال للعموم في الالفاظ المذكورة في هاتيك المسائل لان الحلقة والفص بالنظر الى اسم الخاتم وكذا الجارية وما في بطنها بالنظر الى اسم الجارية وكذا القوصرة وما فيها بالنظر الى اسم القوصرة بمنزلة الاجزاء المدلولات هذه الاسماء لا جزئيات معاينها او لا يصدق معنى الخاتم على الفص وحده ولا معنى الجارية على ما في بطنها وحده ولا معنى القوصرة على ما في القوصرة من مثل الشروحه على ان الكلام في وصية خاتم بعينه وجارية بعينها وقوصرة بعينها ومن هو لا خبرة خاص فكيف يتصور فيها للعموم فقوله ومن اصلنا ان العام بمنزلة الخاص بمنزلة اللغو ههنا كما لا يخفى **قوله** بخلاف ما اذا كان الكلام موصولا لان ذلك دليلا التخصيص او الاستثناء فتبين انه اوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص أقول فيه شئ وهو انه قبل تقرير في كتاب الاقرار ان استثناء الفص من الخاتم غير صحيح لكون الاستثناء تصرفا لفظيا غير عامل فيما لا يتناوله الاسم لغة كالفص في الخاتم والنخلة في البستان والبناء في الدار فما معنى قوله او الاستثناء في قوله لان ذلك لتخصيص دليلا او الاستثناء **قوله** ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا او بلبنها او بولدها

لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيامها من هذه الاشياء يومئذ ومن الفروق ان القياس يأبى تمليك المعدوم لانه يقبل الملك لان في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بوروده للحاجة كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الاولى لان باب الوسع اما الوليد المعدوم واختياره فلا يجوز ارادة الفقد عليه وما اصله ارفق يستتبع ما تحته كذلك لانه داخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها لانه يجوز استحقاقها بعقد البيع بعد العلم مقصودا فكذا بالوصية والله اعلم بالصواب

باب وصية الذمي

قال واذا اسلم يهودي او نصراني بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث لان من مذهبه الوقف عند ابي حنيفة رح والوقف عنده يورث ولا كذلك فكذا هذا ولانه يعتقد اللزوم من هذه معصية فلا تصح عنده قال رحمه الله ومعناه اذا اوصى ان يبنى داره بيعة او كنيسة فهو جائز من الثلث

او بلبنها ثم مات خلا في بطنها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف ثم يوم الموصى سواء قال ابدا ولم يقل اقول في تحريره هذه المسئلة مبنى الوجه سابقة فان الاطلاق استفاد من قوله في ذيلها سواء قال ابدا ولم يقل لانها سبب تعميم صوف لقوله ابدا حيث قال ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا فالاولى ما ذكر في الكافي حيث ترك فيه قيد ابدا لعدم السلعة او ما ذكر في البداية حيث ترك فيها قوله في ذيلها سواء قال ابدا ولم يقل تدبر قوله لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيامها هذه الاشياء يومئذ اقول الاخفى على الفطن ان هذا التعليل ينتقض بما تقدم من مسئلتي الثمرة والغلة فان الايجاب بعد الموت في كل الصور مع انه يقع فيها اقتضاء على القائم يوم موته على الحادث بعد موته ايضا وكذا قيد الابد في الثمرة وبدون ذكره ايضا في الغلة نعم كان المصنف ره قصد تدارك ذلك بقوله وهذا بخلاف ما تقدم الى آخره الا ان هذا التعليل يبقى هنا على حاله في الفائدة انما تحصل وجه هذه المسئلة مما ذكره في الفرق الآتي قوله الا ان في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الاولى قال بعض المتاخرين يرد عليه ان لنا اصلا آخر وهو ان الثابت بخلاف القياس مقصور على مورده ولا يقاس عليه غيره فكيف اكتفيت به انتهى اقول لا ورود لما توهمه بل هو ساقط جدا فان مبناه ان يكون الحاق الوصية بالثمرة والغلة بالمعاملة والاجارة بطريق القياس وليس كذلك بل هو بطريق دلالة النص عليه يريد اليه قطعا قول المصنف ره بالطريق الاولى في قوله فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الاولى لان الاولوية انما تتصور في الدلالة دون القياس وكون الشيء ثابتا بخلاف القياس انما ينافي القياس عليه لان من شرط القياس ان لا يكون المقيس عليه معدولا عن سنن القياس دون الالحاق به بطريق الدلالة وقد مر ما لنا في هذا الكتاب وشروحه فكيف خفي على ذلك البعض ثم اقول بقي لنا شيء فيما ذكره المصنف ره وهو ان عقد المعاملة بالعمل غير مشروع عند ابي حنيفة رح كما تقرر في موضعه فقوله ههنا جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة لا تمشى على قول ابي حنيفة ره وانما تمشى على قول صاحبيه فان عقد المعاملة مشروع عندهما والمسئلة التي نحن فيها مما اتفقوا عليه فكيف يبنى دليلها على ما اختلفوا فيه فتامل

باب وصية الذمي ذكر وصية الذمي بعد وصية المسلم لان الكفار ملحقون بالمسلمين في احكام المعاملات بطريق التبعية فذكر التابع بعد المتبوع كذا قالوا اقول اكثر ما ذكر في هذا الباب ليس من قبيل المعاملات كما ترى فتغليب الاقل على الاكثر غير معقول والاظهر ان يقال لما كان لبعض رعايا الكفار احكام خاصة ذكر وصيتهم في باب على حدة وآخره لخصائصهم قوله واذا اصبح يهودي او نصراني بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا واما عندهما فلان هذه معصية فلا تصح عندهما قال صاحب العناية في شرح هذا المقام اذا صنع يهودي او نصراني بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث بالاتفاق فيما بين اصحابنا في اختلاف التخريج انه فلان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة رح اذا كان المسلم فان وقف المسلم في حال الحياة موروث بعد موته لكونه غير لازم فهذا اولى واما عندهما فان هذه الوصية معصية فلا تصح الى هنا لفظه اقول فيخيل من وجوه الاول انه صرف البيعة الى اليهودي والكنيسة الى النصراني وهو مخالف لما ذكره نفسه وسائر الشراح في كتاب الجهاد من ان الكنيسة اسم لمعبد النصارى وكذلك البيعة اسم لمعبدهم مطلقا في الاصل ثم غلب استعمال الكنيسة لمعبد اليهود والبيعة للنصارى وعبارة الكتاب ههنا تحمل صرف البيعة الى النصارى والكنيسة الى اليهود بطريق اللف والنشر الغير المرتب والثاني انه قال اما عنده وقال بعده فلان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة ره فاضمر ابا حنيفة ره اولا واظهره ثانيا وكان الاول مقام الاظهار والثاني مقام الاضمار بخلاف عبارة المصنف ره فانها على الاصل السديد حيث قال لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة رح والوقف عنده يورث فاظهرا ابا حنيفة رح اولا واضمره ثانيا والثالث انه خص كون الوقف موروثا عنده بالمسلم حيث قال فان وقف المسلم في حال الحياة موروث بعد موته مع ان وقف الكافر ايضا موروث عنده بلا تفاوت بخلاف عبارة المصنف ره فانها مطلقة حيث قال والوقف عنده موروث بلا تخصيص بالمسلم والرابع انه قال فكذا

لان الوصية فيها معنى التمليك وهو يتحقق وان كان ذميا كما يتحقق اعتبارا بالمسلمين قال (وان اوصى بخمر او خنزير او ميتة او بما لا يملكه اصلا لانه ذمي او بكنيسة لتقوم بيعة او بيت نار او بيت يهود او بيعة او بما لا قربة فيه اصلا او بما لا يملكه المسلم كالخمر والخنزير والميتة والدم فالوصية باطلة) لان الوصية بهذه الاشياء معصية حقيقة وان كانت قربة في معتقدهم والوصية بالمعصية باطلة لان الوصية تفيد ثبوت الملك بعد الموت وهو قربة في معتقدهم فيعتبر بمعتقدهم ولهذا تجوز وصية المسلم بالخمر لذمي لانها قربة في معتقدهم وان كانت معصية في معتقدنا وتجوز وصية الذمي بالخمر للمسلم لانها مال متقوم في حقه ولهذا تجوز بيعه منه وتجوز وصيته بالخل للمسلم لانه مال متقوم في حقه وان كان قربة في معتقدنا وتجوز وصيته بالكلب المعلم لانه مال متقوم في حقه وان كان لا يجوز بيعه منه لخساسته وتجوز وصيته بالكلب العقور لانه مال متقوم في حقه وان كان لا يجوز بيعه منه لتعذر التسليم به وتجوز وصيته بالجحش لانه مال متقوم في حقه وان كان لا يجوز بيعه منه لتعذر التسليم به وتجوز وصيته بالسرجين لانه مال متقوم في حقه وان كان لا يجوز بيعه منه لتعذر التسليم به وتجوز وصيته بالزيت النجس للاستصباح

باب الوصي وما يملكه

قال ومن اوصى الى رجل فقبل الوصي وجحد الموصي وقرأ في غيبته فليس بشيء لان الميت حي لسريان اعتماد اهليته صحة ردة في غيبته بموته او بردته لحاقا بدار الحرب ثم عوده مسلما بخلاف الوكيل بشراء عبد بعينه او ببيع ماله حيث يصح رده في غيبته لانه لا اثر لردته لانه تحقق قادرا على التصرف بنفسه فلم يرتد ولانه ليس للموصي ولاية الزامه التصرف ولا غرور فيه لانه يمكنه ان يتصرف ولان لم يقبل او رد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل لان الموصي لما لم يكن له ولاية الالزام فيتخير اذ لو انه باع شيئا من تركته فقد التزمه لانه لا ولاية له الا بالتزام القبول وهو معتبر بعد الموت وينفذ اليه لقيامه من الموصي وسواء علم بالوصاية او لم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم للوكيل فباع حيث لا ينفذ لان الوصاية خلافة اي يخلف الميت فتتحقق الولاية اليه واذا كانت خلافة لا يتوقف على العلم كالوراثة اما التوكيل انابة فيتوقف في حال قيام ولاية الموكل فلا يصح من غير علمه كاثبات اليد فيما لا يصح للشرع

ذمي من شيء فانه ايضا جائز في هذه الرواية مع انه لا توارث بين المسلم والكافر اصلا لاختلاف الدينين ولتباين الدارين ايضا اذا كان الكافر حربيا لو كان مستامنا

باب الوصي وما يملكه لما فرغ من بيان احكام الموصى له شرع في بيان احكام الموصى اليه وهو الوصي وقدم احكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعها فكانت الحاجة الى معرفتها اس فقوله بخلاف الوكيل بشراء عبد بعينه او ببيع ماله حيث يصح رده في غيبته وجهه قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره مخالف لما ذكره في روايات الكتب من الذخيرة والمتمة وادب القاضي من الصدر الشهيد والجامع الصغير للامام المحبوبي وفتاوى قاضيخان لانه ذكر في هذه الكتاب ان الوكيل اذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لا يخرج عن الوكالة وموضعه في الذخيرة الفصل الثاني من وكالتها او الفصل العاشر من وكالة المتمة والباب السابع والستون من ادب القاضي وباب بيع الاوصياء من وصايا الجامع الصغير وبدا التوكيل بالخصومة من فتاوى قاضيخان الى هنا لفظ صاحب النهاية وقال صاحب النهاية وبهذا القيد اي قوله في غيبته احترز عن الوكيل بشراء عبد بعينه لانه لا يملك عزل نفسه لانه للاجنبي الى تعرر الامر وبهذا افهم اذا وكله بشراء عبد بعينه له ان لعزل نفسه بغير محضر من الموكل على قول بعض المشائخ واليه اشار صاحب الهداية في كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر اي لا يملك الوكيل عزل نفسه بغير علم الموكل على قول بعض المشائخ فعن هذا عرفت ان ما قاله بعضهم في شرحه هذا الذي قال صاحب الهداية فالف لعامة روايات الكتب كالمتمة والذخيرة وغيرها ليس بشيء لان مراده ما ذكر في المتمة وغيرها من قولهم الوكيل لا يملك اخراج نفسه عن الوكالة بغير علم الموكل اما اذا كان وكيلا بشراء شيء بعينه لا بشراء شيء بغير عينه فمراد صاحب الهداية هنا ما اذا كان وكيلا بشراء شيء بغير عينه فتوافقت الروايات كثيرا ولم تختلف الى هنا كلام صاحب النهاية والى هذا قال صاحب العناية ايضا كما يظهر من تقريره في شرحه اقول بل ليس هذا التوفيق بشيء لانهم عقدوا في اكثر المعتبرات كالمزل الوكيل فصلا على حدة او بابا على حدة وبنوا فيه على عدم صحة عزل الموكل للوكيل بغير علم الوكيل وكذا عدم صحة عزل الوكيل نفسه بغير علم الموكل بغير تقييد بشيء فصل يجوز العقل ان يكون مرادهم بذلك ما اذا كان وكيلا بشراء شيء بعينه فيكون عقد الفصل والباب لبيان حكم العزل في مسئلة بعينها بان لمسائل الوكالات بعبارة مطلقة ويكون حكم العزل في سائر متروك الذكر بالكلية في عامة روايات الكتب ويعزى ان حمل كلام الثقات على مثل هذه المسئلة لا يخفى ولنذكر من بينها عبارة الذخيرة ليتأخذ منها حتة قال فيها الفصل الثاني في رد الوكالة من الوكيل وعزل الوكيل وقال ذكرنا ان الوكيل اذا رد الوكالة يرتد ولكن هذا اذا علم الموكل بالرد وان لم يعلم فلان يرتد حتى ان من وكل غائبا فبلغه الخبر فرد الوكالة ولم يعلم الموكل به ثم قبل الوكيل الوكالة صح قبوله وصار وكيلا ثم قال لا يصح عزل الوكيل من غير علم الوكيل ولا يخرج عن الوكالة انتهى انظر بعين البصيرة فيما ساعده التقرير بها اذا كان وكيلا بشراء شيء بعينه وعزل نفسه اقال صاحب الكافي في هذا بدل قول المصنف بخلاف الوكيل بشراء عبد بعينه الى آخره الا يرى انه الوكيل اذا اخرج نفسه من الوكالة لا يصح الا بعلم الموكل دفعا للغرور والضرر المتبينين فان يجب نفي الغرور والضرر عن الميت وهو احق بالنظر اولى وانتهى قوله لانه لا ضرر هناك لانه حي قادر على التصرف بنفسه اقول لقائل ان يقول هذا التعليل منتقض بصورة رد الوصي الوصية في غير الموصي في حيوته لان الموصى اليه قادر على التصرف بنفسه في حال حيوته ولا في بعد مماته كما تقدم آنفا والجواب ان معنى الايصال الى احد استخدامه بعد الموت لا في حال الحيوة فالمتصرف الذي ترفعه الوصي الى الوصي انما هو التصرف الكائن بعد مماته ولا شك انه ليس قادرا في حال حيوته على التصرف الحاصل بعد مماته كما انه ليس قادرا عليه بعد مماته بلا شبهة فلا اشكال نعم انه يقدر في حيوته على الايصال الى الآخر بدل الاولى اذا علم رد الاول لكن الكلام هنا في عدم صحة رد الوصية بغير علم الموصي فان معنى قوله في غير وجهه بغير علم الموصي قوله بوجهه بعلمه كما نص عليه في الذخيرة وذكر في الشروح ايضا قوله وان كانت خلافة لا يتوقف على العلم كالوراثة اقول يرد عليه ان يقال هب ان الوصاية خلافة لكنها ليست بخلافة مجبورية كالوراثة بل هي خلافة اختيارية الا يرى انه لو لم يقبلها الموصى اليه ولم يرد ها حتى مات الموصي فهو بالاختيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل كما مر في الكتاب آنفا فاذا كانت خلافة يتوقف شبوتها على اختيار الموصى اليه بها مشكل جدا اذ لا يخفى ان اختيار شيء وقبوله بدون العلم به متعسر بل متعذر فكيف يحل

قوله لما قدمنا طريق العلم بخبر الآحاد فيما تقدم من الكتب قال جمهور الشراح ومن ذلك الكتب التي ذكرها المصنف رحمه الله في فصل القضاء بالمواريث من كتاب ادب القاضي قوله ومن علم من الناس بالوكالة يجوز تصرفه ولا يكون انتهاء عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل وامرأتان وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا هو الاول سواء وهي الرواية الواحدة فيهما كما مر انتهى وقال بعض المتأخرين قيد له فيما تقدم من الكتب باعبارة عن الكتب ومن التبيين كما فهم ذلك من تقرير بعض الشراح اذ ليس ما ذكره اثرا في غير كتاب القضاء اصلا انتهى قول ليس ما قاله هذا البعض كما ذكره بل ذكر باب القاضي ذكره في كتاب الوكالة وفي كتاب الشفعة ايضا كما قال في باب عزل الوكيل من كتاب الوكالة فان لم يبلغه القاضي هو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم ثم قال فيه وقد ذكرنا اشتراط العدد او العدالة في الخبر فلا نعيده وقال في باب طلب الشفعة والخصومة فيها من كتاب الشفعة واذا بلغ الشفيع البيع او الرهن فلم يطلب الشفعة حتى اشهد على البيع او الرهن او على الثمن او على الرهن او على الطالب او على المطلوب او على القاضي او على العدول الذين يقبل قولهم في الشهادة بطلت شفعته وان لم يشهد على شيء من هذا وقال انه لم يعلم بالبيع حتى جاء شاهدان عدلان فشهدا عنده بالبيع بطلت شفعته وان قال لم اعلم ان لي شفعة

وهي مما استثناه في الكتاب في آخرها تمثيلا لا في اشراء لكن الميت بجهزه لان في التأخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران عند الحاجة وطعام الصغار وكسوتهم لانه يتمان موتهم جوعا وعريانا ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشتري بشراء فاسد لاحفظ الاموال وقضاء الدين لانها ليست من باب الولاية فانه يملكه المالك وصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه وحفظ المال يملكه من يقع في يده كالقابض على سوم الشراء ولهذا يقدم على الوارث والموصى له بالعين لانه من باب الامانة ولانه لا يحتاج فيه الى الرأي وتنفيذ وصيته بعينها يتوقف على حضرة الورثة لانه لا يحتاج فيه الى الرأي وتحضرة الميت لان الاجتماع فيها متعذر ولهذا يقدم على ايتام احد الوكيلين وقبول هبته لانه في التأخير خيفة الفوات ولانه يملكه الامام والملتقط في حجره فلم يكن من باب الولاية وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف لان فيه ضرورة لا يخفى وجمع الاموال الضائعة لان في التأخير خشية ولانه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية وفي الجامع الصغير ليس لاحد الوصيين ان يبيع او يتقاضى

الا بالاتفاق وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا املاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة قيل عليه ان لم يكن لهم ذلك فللقاضي ان يمنعه فتحقق المنع والمنافاة واجيب بانه اذا ثبت الايصاء اليه لم يبق للقاضي ولاية البيع كذا السوال والجواب في اكثر الشروح وغيرها في النهاية ومعراج الدراية الى الاسرار اقول في هذا الجواب بحث لانه بقاء ولاية البيع للقاضي موقوف على جواز الوصية اليه شرعا وهو اول المسئلة التي نحن فيها والمقام مقام اقامة الدليل عليه من قبل ابي حنيفة رح فلا يتم الدليل عليه لزم المصادرة على المطلوب لا محالة فالحق في الجواب عن السوال المذكور ما نقله صاحب الغاية عن شرح الاقطع حيث قال وارد في شرح الاقطع سوالا وجوابا فقال فان قيل اذا كانوا صغارا فالقاضي يلي على بنيه اذا رأى على ذلك تعليل له ولاية القاضي على الوصي لا يمنع جواز الوصية لانه يلي على الاحرار مع وجود الوصية اليهم انتهى **قوله** وهي استثناء في الكتاب اخيتها يعني وهي اي الاشياء المعدودة باستثناء القدوري في مختصره بقوله الا في شراء كفن الميت وتجهيزه وطعام الصغار وكسوتهم ورد وديعته بعينها وقضاء دين وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه والمخصومة في حقوق الميت انتهى وهذه تسعة اشياء كما ترى اقصر القدوري الاستثناء عليها في مختصره واقتفى اثره المصنف في البداية وقوله هنا واخواتها بالرفع عطف على ما قاله ما استثناه في الكتاب اي والمسائل التي هي اخوات مسائل المستثناة في الكتاب وهي ما زاده المصنف في النهاية بقوله ورد المغصوب والمشتري شراء فاسدا او حفظ الاموال ثم يقول وقبول الهبة وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف وجميع الاموال الضائعة وهي التي زائدها المصنف على ما في الكتاب ستة اشياء فيعتبر مجموع الاشياء المعدودة خمسة عشر كما لا يخفى قال بعض المتاخرين في شرح هذا المحل قوله وما استثناه في الكتاب اي في مختصر القدوري كما سبق قوله واخواتها بالرفع عطف على ما اشاره الى انه يزاد عليها اشياء اخر وهي ما ذكرته فيما سبق يعني قوله وزاد عليها المصنف رد المغصوب والمشتري شراء فاسدا او حفظ الاموال وقال ثم ان جعلنا شراء الكفن والتجهيز واحدا كما جعل في الاسرار بناء على ان الاول داخل في الثاني وكذا رد المغصوب والوديعة والمشتري شراء فاسدا لا يكون المستثنى فيما ذكره المصنف احد عشر وما زاده اثنين والاربعة عشر وما زاده ثلاثة كما هو الظاهر من لفظ الاخوات انتهى كلامه اقول الذي ذكره مع كونه ناشيا عن الغفلة عما زاده المصنف في الآخر من اشياء ثلاثة وهي قبول الهبة وبيع ما يخشى عليه التوى او التلف وجميع الاموال الضائعة مختل في نفسه اذ لا يمكن ان يكون مجموع ما ذكره المصنف احد عشر على تقدير ان يكون ما زاده اثنين واربعة عشر على تقدير ان يكون ما زاده ثلاثة لان زيادة الثلاثة على الاثنين بواحد فكيف يمكن ان يكون المجموع بزيادة الاثنين احد عشر بزيادة الثلاثة لانه اربعة عشر لا بد ان يكون بزيادة الثلاثة اثنا عشر كما لا يخفى **قوله** وطعام الصغار وكسوتهم قال في النهاية وطعام الصغار وكسوتهم بالجر عطفت في شراء الكفن وكذلك قوله ورد المغصوب والمشتري شراء فاسدا او حفظ الاموال وقضاء الدين كذلك بالجر وكذلك قوله وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه وقبول الهبة وبيع ما يخشى التوى وجميع الاموال الضائعة كل ذلك بالجر انتهى اقول لا يخفى ايساعده تحرير المصنف من الاعراب هو الذي ذكره في الشرح المزبور لكنه منشور نسيه عندي وقول المصنف في شراء الكفن ولا ريب ان الضمير المستتر في قوله فقال راجع الى ما يرجع اليه الضمير المستتر فيما استثناه في الكتاب هو القدوري والمراد بالكتاب مختصره فيلزم ان يكون جميع الامور المعطوفة على شراء الكفن بالجر في الهداية من مقول القدوري في مختصره وليس كذلك قطعا كما عرفته مما بيناه فيما مر فالافهام ان محل قوله فقال الا في شراء الكفن الى آخره على تقليب ما ذكره القدوري في مختصره على ما زاده عليه المصنف هنا بالطريق الالحاق به تامل **قوله** وحفظ المال يملكه من يقع في يده قال صاحب النهاية ومعراج الدراية قوله وحفظ المال بالرفع نمرا على وجه التعليل بقوله وقضاء الدين يعني ان كل واحد من الوصيين يملك قضاء الدين لانه ليس في قضاء الدين الا حفظ المال الى ان يقضي صاحب الدين وكل من يقع المال في يده فهو يملكه هذا انتهى اقول لا يذهب عليك بقرة سليمة ان هذا الذي ذهبا اليه تكلف بارد بل التحقيق فاسد اذ لا شك ان مراد المصنف بقضاء الدين في قوله وقضاء الدين هو نفس القضاء مع قطع النظر عن الحفظ بقرينة قوله قبله وحفظ الاموال فكيف يتم ترجيه التعليل بما ذكره الشارحان المزبوران والصواب

وللوارث بالتقاضي الاقتضاء لكن اكان المراد منه في عرفهم وهنا لانه رضي بانتهاء جميعا في القبض ولانه في معنى المبادلة لاسيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية ولو اوصى الى كل واحد على الانفراد قيل يتفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين اذ وكل كل واحد على الانفراد وهذا لانه لما انفرد فقد رضي برأي الواحد وقيل بخلاف في القصيدين احدهما لان وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين لان الوكالة تنعاقب فان مات احدهما جعل القاضي مكانه وصيا اخر اما عندهما فلان الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فينضم القاضي اليه وصيا اخر نظير الميت عند عجزه وعند ابي يوسف الخ منهما وان كان يقدر على التصرف فالموصى قصد ان يخلفه متصرفان في حق قوة وذلك ممكن التحقق بتصرف صحي اخر مكان الميت ولان الميت لما رضي في ان لتصرف واحد في ظاهر الرواية بمنزلة ما اذا اوصى الى تخصص اخر ولا يحتاج القاضي الى نصب صحي اخر لان راي الميت باق حكما لرأي من يخلفه وعن ابي حنيفة رحمه الله لا يتفرد بالتصرف لان الموصى ما رضي بتصرف واحد حكما بخلاف ما اذا اوصى الى غيره لانه نفذ تصرفه برأي اثنين كما رضي الموصى واذا مات الوصي واوصى الى اخر فهو وصيه في تركته وتركة الميت الاول عندنا وقال الشافعي رحمه لا يكون وصيا في تركة الميت الاول عتبارا بالوكيل وعالة الحجة والجامع بينهما الرضى برأيه لا مرا غيره ولنا ان الوصي متصرف بولاية منتقلة اليه فيملك ايصاءه الى غيره كالجد الاب ان الولاية التي كانت ثابتة للوصي تنتقل الى الوصي في المال الى الجزء النفس هو الذي قائم مقام الاب فيما انتقل اليه فكذا الوصي وهذا لان ايصاء اقامة غيره مقامه فيما ولاية وعند الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني منزلة نفسه فيهما ولانه ما استعان به في ذلك مع علمه انه في تفرقة الميتة قبل يتميم مقصوده نفسه هو تفرط منه صار راضيا بصيانته الى غيره بخلاف الوكيل لان الموكل حي يمكنه ان يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والايصاء اليه قال مقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة ومقاسمته الورثة عن الوصي له باطلة لان الوارث خليفة الميت حتى يرد عليه بالعيب يرد عليه ويصير مغرورا بشراء المريض والوصي خليفة الميت ايضا فيكون خصما عن الوارث اذا كان غائبا فصحت مقاسمته علمه حتى لو حضر وقد هلك ما في يد الوصي ليس له ان ينازع الموصى له اما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب حدث بعد الموت لا يرد بالعيب لا يرد عليه بالعيب ولا يصير مغرورا بشراء الموصى فلا يكون الوصي خليفة عنه عند خليفة حتى لو هلك ما اخذه له عند الوصي كان له ان يرجع على الورثة لم تنفذ مقاسمته عليهم لانه لا يصير مستحقا بالقسمة من يده وله ولاية الحفظ في التركة قبل القسمة فكون لبقاء الوارث فيترى ما في يد الموصى من المال المشترك على حاله حتى يبقى ما قبض على الشركة قال فان قاسم الورثة واخذ نصيبه فضاع رجع الموصى له بثلث ما بقي لما بينا قال ان كان الميت اوصى بجميع تقاسم الورثة فهلك وفي يد احدهم شيء فهلك فالهالك من نصيبه لان الوصي لا يملك ان يدفع الى رجل بغير عينه شيئا فان دفع فهلك فهو

وقال محمد رح لا يرجع لان القسمة حق الموصى وله ان فرز الموصى بنفسه لا يلزم شيئا ويبطل الوصية فكذا اذا فرزه وصيه الذى قام مقامه لابى يوسف رح ان محل الوصية التملك بصيغ التمليك وهو ما فيه معنى التمليك لا التمليك حقيقة ولا يخفى ان القسمة لا تراد لذلك لتحقق المقصود بها وهو تعيين نصيب كل واحد منهما فلا يلزم من بطلان الوصية بطلانها ولا يخفى ان هذا انما يتم لو كان الموصى له واحدا فلو تعدد فالقسمة لا تتحقق الا بتعيين نصيب كل واحد منهم فلا يتحقق المقصود بها وهو تعيين نصيب كل واحد منهم فلا يتم ما ذكره من التعليل

فصل في الشهادة **قال** واذا استهدا الوصيان ان الميت اوصى الى فلان منهما فالشهادة باطلة لانهما متهمان فيها لانهما تثبتان وجيهيا لانفسهما **قال** الا ان يدعيها المشهود له وهذا استحسان وهو في القياس كالاول لما بينا من التهمة وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء وضم آخر اليه بصيانة بن دون شهادتهما فتسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه اما الوصاية فثبتت بنصب القاضي

فيما يتسارع اليه الفساد لان خطه تمسة اليه وهو يملك الحفظ فكذا وصيته واما العقار فمحفوظ بنفسه فلا حاجة فيه الى البسط انتهى ثم ان بعض الفضلاء بعد ان نقل ما في الكفاية رده بوجه آخر حيث قال لا يوافقه قوله ولا يليه انتهى اقول هذا ساقط اذ لا نسلم ان قول المصنف فيما قبل ولا يليه لا يوافق ما في الكفاية من التوجيه فان معناه ولا يلي للاب العقار كما يأتي غيره افي غير حفظ ماله وهو يملك الحفظ واما العقار فمحفوظ بنفسه فما يليه وهذا لا ينافي ما في الكفاية بل يوافقه كما لا يخفى على ذي فطرة

فصل في الشهادة قال صاحب النهاية ما لم تكن الشهادة في الوصية امرا مختصا بالوصية احرى بالعدم عرافتها فيها انتهى واقتفى اثره صاحب العناية نقلا عنه اقول ليس ذاك بسديد لان الذي لا يختص بالوصية انما هو مطلق الشهادة واما الشهادة في الوصية فمختصة بها قطعا فلا معنى لقوله لما لم تكن الشهادة في الوصية امرا مختصا بالوصية كما لا يخفى والظاهر في وجه التأخير ما ذكره صاحب العناية حيث قال وانما اخر ذكر الشهادة في الوصية لكونها عارضة غير اصلية لان الاصل عدم العارض انتهى **قوله** وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء وضم آخر اليها برضاه بدون شهادتهما فتسقط شهادتهما مؤنة التعيين عنه اما الوصاية فثبتت بنصب القاضي قال صاحب النهاية فان قيل اذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج الى ان ينصب عن الميت وصيا آخر فاذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند اداء الشهادة اذا تمكنت التهمة فيه قلنا القاضي وان كان لا يحتاج الى نصب الوصي لكن للموصي اليهما ان يشهدا بذلك لان من رأيهما لانه لا تدبير اما في هذا المال الا بالثالث فاشبه من هذا الوجه ما لم يكن ثم وصي وهناك تقبل الشهادة وكذلك هنا كذا ذكره الامام المحبوبي في باب القضاء بالشهادة من قضاء الجامع الصغير الى هنا لفظ النهاية واقتفى اثره ذلك جماعة من الشراح منهم صاحب النهاية اقول كل من الجواب والسؤال منظور فيه عندي اما السؤال فلانه لا اتجاه له اصلا فان الوصيين الذين يضمهما الميت اذا كانا عاجزين عن القيام بالوصية فللقاضي ان يضم اليهما وصيا آخر بلا ريب كما تقرر في اوائل باب الوصي وما يملكه واذا لم يكونا عاجزين عنه ولكن سأل القاضي ان يضم اليهما الآخر ورضي به الآخر فله ايضا ان يضم اليهما الآخر كما صرح به في كثير من المعتبرات واشار اليه المصنف هنا بقوله او ضم آخر اليهما برضاه قال تاج الشريعة في شرحه يعني لو سأل من القاضي ان يجعل هذا الرجل وصيا معهما برضاه فعلى القاضي ان يجعله في ذلك انتهى ثم ان هذا حال الضم الى الوصيين مطلقا والممنوع فيه فيجب على القاضي ان يضم الثالث اليهما البتة وان بطلت شهادتهما كما نص عليه في عامة المعتبرات منها التبيين فانه قال فيه فاذا ردت شهادتهما ضم القاضي اليهما ثالثا لان في رد شهادتهما اقرارا منهما بوصي آخر معهما للميت وافراز ذلك على انفسهما فلا يتمكنان من التصرف بعد ذلك بدونه فصارا في حقها بمنزلة الموات احدا ولا وصيا للثلاثة ثم قال في بيان وجه الاستحسان في قبول شهادتهما وجه الاستحسان انه يجب على القاضي ان يضم ثالثا على ما بيناه انفا فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه فيكون وصيا منهما نصب القاضي اياه انتهى ومنها المحيط فانه قال فيه قال في الاصل واذا كذبهما المشهود عليه او خلت معهما رجلا آخر سوى المشهود عليه من مشائخنا من قال لا يدخل معهما ثالثا ومنهم من يقول لا بل المذكور في الكتاب قولهم جميعا او الظاهر فانه لم يذكر فيه خلافا فان صدقهما قال لا اقبل الوصية قال معهما ثالثا بخلاف ما لو قبل ثم ابى فانه لا يعزل رده واباه الى هنا لفظ المحيط واما الجواب فلان قياس ما نحن فيه على ما لم يكن ثم وصي لقوله او هناك يقبل الشهادة فكذلك هنا قياس مع الفارق اذ لم تتهمه هناك وفيما نحن فيه تهمته كما بينوا وايضا القاضي يحتاج هناك الى نصب القاضي وهنا لا يحتاج اليه في زعم المجيب فاين هذا من ذاك ومجرد المشابهة في لحية لا يصح القياس كما لا يخفى ثم ان بعض المتأخرين استشكل هذا المقام بوجه آخر فقال فيه ان وجوب كون المضموم هذا المدعى اثر شهادة المتهم مع انه لا تقبل شهادة المتهم فكيف تترتب عليها انتهى اقول ليس هذا بشيء لان شهادة المتهم انما لا تقبل في اثبات حق شرعي وايجابه لا في اسقاط شيء كونه التعيين فيما نحن فيه فان شهادتهما تسقط عن القاضي مؤنة التعيين وان لم تثبت الوصاية كما اشار اليه المصنف بقوله فيسقط

قال ولا تقبل شهادة الابنين على وصي ادعى الوصية مع رجل آخر ولا على وكيل بالبيع ادعى الوكالة مع رجل آخر لانهما يجران إلى انفسهما نفعا بحفظ التركة وتسهيل البيع وصيرورة الوارث خصما وهذا لان الميت حي حقيقة وهذا لان حقوق التركة لا تنقطع بموته بل تبقى على ما كانت لان الوارث يخلفه فيها والوكالة لا تبطل بموت الموكل لان الوكيل يخلفه فيها والوكالة وان بطلت بموت الموكل فال

كتاب الخنثى

قال في النهاية لما فرغ من بيان احكام من له آلة واحدة في المثال من التي النساء والرجال شرع في بيان من له آلتان فيه وقد ذكر الاول كما ان الواحد قبل الاثنين اولان الاول بوالاعم والاغلب وهذا كالنادر فيه انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلان ما ذكر في الكتب السابقة من الاحكام ليس مخصوصا بمن له آلة واحدة بل يعم من له آلة واحدة ومن له آلتان الا يرى ان احكام المارة في كتاب البوعد ايا شمل جارية باشرها في حق الخنثى ايضا وكذلك الحال من احكام سائر الكتب المتقدمة كلها او جلها فما معنى قوله لما فرغ من بيان احكام من له آلة واحدة شرع في بيان احكام من له آلتان واما ثانيا فلان قوله شرع في بيان احكام من له آلتان ليس تاما اذ جعل الحنثى فصلين ووضع الفصل الاول لبيانه والفصل الثاني لاحكامه حيث قال فصل في بيانه وفصل في احكامه فهو في هذا الكتاب انما شرع حقيقة في بيان من له آلتان لا في بيان احكامه وانما ذكر احكامه في الفصل الثاني بعد ان ذكر بيان نفسه في الفصل الاول وان صح ان يقال شرع في احكامه ايضا بتاويل ما فما معنى تخصيص الشروع في الثاني في قوله شرع في بيان احكام من له آلتان ويمكن التوجيه بعناية فتامل وقال في العناية لما فرغ من بيان احكام من غلب وجوده ذكر احكام من هو نادر الوجود انتهى اقول تجه عليه ايضا ما ذكرنا انفا من البحث الاول بل بعض البحث الثاني ايضا فتامل وقال في غاية البيان آخر كتاب الخنثى لو قوعه نادرا لان الاصل ان يكون لكل شخص آلة واحدة اما آلة الرجل واما آلة الانثى واجتماع الآلتين في شخص واحد في غاية الندرة ولكن قد يقع ذلك فيحتاج الى بيان حكمه فلاجل هذا ذكره وآخره عن سائر الكتب لندرته وقلة الاحتياج الى بيانه انتهى اقول هذا جيد لا قوله وقلة الاحتياج الى بيانه فانه ما يكون نادر الوقوع وخلاف المعتاد يكون احوج الى البيان لكونه بعيدا عن الاذهان موقوفا حاله على امر خفي وعن هذا قال في العناية ومن محاسن احكام الخنثى ترك الاهمال في البيان وان ندر وجوده في الازمان **قوله** فصل في بيانه قال صاحب العناية فان قيل الفصل انما يذكر لقطع شئ من شئ آخر باعتبار نوع مغائرة بينهما وههنا لم تقدم شئ فما وجه ذكر الفصل قلت كلامه في قوة ان يقال هذا الكتاب فيه فصلان فصل في بيان الخنثى وفصل في احكامه وما ذكرت فانما هو في وقوعه في التفصيل لا في الاجمال وقال بعض المتاخرين بعد نقل هذا السوال والجواب ولك ان تقول انفصال طائفة من المسائل عن اخرى منها يستلزم انفصال الاخرى عن الاولى فاذا عنونت الثانية بالفصل كما هو المعتاد وكان ذلك في قوة ان يعنون الاولى به ايضا وان لم يصرح به في العنوان ولكن صرح به ههنا اشارة في اول الوهلة الى ان ههنا فصلا آخر يذكر لبعيده ذهولا ما ذكر بقوله فصل في احكامه فتامل انتهى اقول هذا كلام خارج عن سنن السداد اما اولا فلان الفصل انما يذكر لقطع شئ من شئ آخر تقدم عليه القطع من شئ آخر مطلقا وقد اشار اليه صاحب العناية بقوله ههنا لم تقدم شئ فما وجه ذكر الفصل فاستلزام انفصال طائفة من المسائل عن الاخرى منها انفصال الاخرى عن الاولى انما يقتضي تحقق معنى الانفصال مطلقا في الاولى لا تحقق الانفصال مما تقدم

قوله وعن احد الرجلين بعينه كالسبابة والمشهود لهما ان الميت للشاهدين الاولين ثلثا المال لان الشهادة مشتركة وفي الوجه الرابع اختلفوا فيه وجه الشهادة بالدين انتفى تزيد تقسم ثم ان الحق ان ثلثت القسمة ههنا كما فعله النقية ابو الليث في كتاب نكتة الوصايا ميت قال واذا شهد اربعة نفر شهد اثنان منهم على اليت فان هذا على ثلثة اوجه في وجه تقبل شهادتهما بالاتفاق وفي وجه لا تقبل بالاتفاق وفي وجه اختلفوا فيه ثم فصل كل وجه بامثلته ودليله كما فصله شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي للحاكم الشهيد حيث قال وههنا ثلثة فصول احدها لا تقبل الشهادة فيه بالاتفاق والثاني ما تقبل الشهادة فيه بالاتفاق والثالث ما اختلفوا فيه وبين كل واحد منها

كتاب الخنثى

قال في النهاية لما فرغ من بيان احكام من له آلة واحدة في المثال من التي النساء والرجال شرع في بيان من له آلتان فيه وقد ذكر الاول كما ان الواحد قبل الاثنين اولان الاول بوالاعم والاغلب وهذا كالنادر فيه انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلان ما ذكر في الكتب السابقة من الاحكام ليس مخصوصا بمن له آلة واحدة بل يعم من له آلة واحدة ومن له آلتان الا يرى ان احكام المارة في كتاب البوعد ايا شمل جارية باشرها في حق الخنثى ايضا وكذلك الحال من احكام سائر الكتب المتقدمة كلها او جلها فما معنى قوله لما فرغ من بيان احكام من له آلة واحدة شرع في بيان احكام من له آلتان واما ثانيا فلان قوله شرع في بيان احكام من له آلتان ليس تاما اذ جعل الحنثى فصلين ووضع الفصل الاول لبيانه والفصل الثاني لاحكامه حيث قال فصل في بيانه وفصل في احكامه فهو في هذا الكتاب انما شرع حقيقة في بيان من له آلتان لا في بيان احكامه وانما ذكر احكامه في الفصل الثاني بعد ان ذكر بيان نفسه في الفصل الاول وان صح ان يقال شرع في احكامه ايضا بتاويل ما فما معنى تخصيص الشروع في الثاني في قوله شرع في بيان احكام من له آلتان ويمكن التوجيه بعناية فتامل وقال في العناية لما فرغ من بيان احكام من غلب وجوده ذكر احكام من هو نادر الوجود انتهى اقول تجه عليه ايضا ما ذكرنا انفا من البحث الاول بل بعض البحث الثاني ايضا فتامل وقال في غاية البيان آخر كتاب الخنثى لو قوعه نادرا لان الاصل ان يكون لكل شخص آلة واحدة اما آلة الرجل واما آلة الانثى واجتماع الآلتين في شخص واحد في غاية الندرة ولكن قد يقع ذلك فيحتاج الى بيان حكمه فلاجل هذا ذكره وآخره عن سائر الكتب لندرته وقلة الاحتياج الى بيانه انتهى اقول هذا جيد لا قوله وقلة الاحتياج الى بيانه فانه ما يكون نادر الوقوع وخلاف المعتاد يكون احوج الى البيان لكونه بعيدا عن الاذهان موقوفا حاله على امر خفي وعن هذا قال في العناية ومن محاسن احكام الخنثى ترك الاهمال في البيان وان ندر وجوده في الازمان **قوله** فصل في بيانه قال صاحب العناية فان قيل الفصل انما يذكر لقطع شئ من شئ آخر باعتبار نوع مغائرة بينهما وههنا لم تقدم شئ فما وجه ذكر الفصل قلت كلامه في قوة ان يقال هذا الكتاب فيه فصلان فصل في بيان الخنثى وفصل في احكامه وما ذكرت فانما هو في وقوعه في التفصيل لا في الاجمال وقال بعض المتاخرين بعد نقل هذا السوال والجواب ولك ان تقول انفصال طائفة من المسائل عن اخرى منها يستلزم انفصال الاخرى عن الاولى فاذا عنونت الثانية بالفصل كما هو المعتاد وكان ذلك في قوة ان يعنون الاولى به ايضا وان لم يصرح به في العنوان ولكن صرح به ههنا اشارة في اول الوهلة الى ان ههنا فصلا آخر يذكر لبعيده ذهولا ما ذكر بقوله فصل في احكامه فتامل انتهى اقول هذا كلام خارج عن سنن السداد اما اولا فلان الفصل انما يذكر لقطع شئ من شئ آخر تقدم عليه القطع من شئ آخر مطلقا وقد اشار اليه صاحب العناية بقوله ههنا لم تقدم شئ فما وجه ذكر الفصل فاستلزام انفصال طائفة من المسائل عن الاخرى منها انفصال الاخرى عن الاولى انما يقتضي تحقق معنى الانفصال مطلقا في الاولى لا تحقق الانفصال مما تقدم

فصل في احكامه الاصل في الخنثى المشكل ان يوخذ فيه بالاحوط والاوثق في امور الدين وان لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته

قال واذا وقف خلف الامام قام بين صفي الرجال والنساء احتمال انه امرأة فلا يتحمل الرجال كيلا تفسد صلوتهم ولا النساء احتمال انه رجل فتفسد صلوته فان قام في صف النساء فاحب الي ان يعيد صلوته لاحتمال انه رجل وان قام في صف الرجال فصلوته تامة ويعيد الذي على يمينه وعن يساره والذي خلفه عن امامه صلوتهم احتياطا لاحتمال انه امرأة **قال** واحب الينا ان يصلي قدام النساء لانه يمكنه حينئذ ان يصلي بصلاتهن احتمال انه امرأة وعلى هذا لو كان في صف النساء فاحب الي ان يعيد صلوته لاحتمال انه رجل **قال** ويكره ان يصلي بغير وضاء امكن وان صلى بغير وضاء اعاد ندبا لاحتمال انه امرأة وهو على الاستحباب ان لم يعد اجزاه وتباع له امة تخنثه ان كان له مال ان كان له مال يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب فيما قلنا وان تخير ان له قال اتباع له لان الامام امين على نوائب المسلمين فاذا خنثه باعها ودفع ثمنها في بيت المال لوقوع الاستغناء عنها

من الاولى ايضا كما لا يخفى والفصل انما يذكر لقطع شيء من شيء آخر تقدم عليه فلا تتم التفريع واما ثانيا فلانه كيف يجعل بالتصريح بالفصل ههنا الاشارة في اول الوهلة الى ان ههنا فصلا آخر يذكر بعده وذكر فصل لا يقتضي ذكر فصل آخر لا في اللغة ولا في العرف والالزم ان يقتضي ذكر فصل في احكامه ذكر فصل آخر يعيده ولم يذكروه

فصل آخر قطعا وعن هذا ترى انهم يذكرون في كثير من المواضع فصلا واحدا ولا يذكرون بعده فصلا آخر اصلا

فصل في احكام الخنثى وهو الذي لم تظهر فيه احدى العلامات وتعارضت العلامات لان غير المشكل اما ان يكون رجلا او امرأة وحكم كل واحد منهما معلوم فيما مضى من الكتب على وجه التفصيل واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليله لاحتمال انه امرأة فلا تتحمل الرجال كيلا تفسد صلوتهم ولا النساء لاحتمال انه رجل فتفسد صلوتهم اقول في تحرير تنهما التعليل نوع خلل لان قوله ولا النساء عطف على الرجال في قوله فلا تتحمل الرجال وقوله فلا تتحمل الرجال متفرع على قوله لاحتمال انه امرأة لانه معطوف فيلزم ان قوله يكون ولا النساء متفرعا ايضا على قوله لاحتمال انه امرأة لان المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر الى ما قبله فيصير الحاصل لاحتمال انه امرأة اذ لا تاثير لاحتمال انه رجل وكان صاحب الكافي ذاق نهده الباغة بصير تحرير المصنف في التعليل حيث قال وان وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء فلا تتحمل الرجال ولا يفسد صلوتهم باستعمال انه امرأة ولا تتحمل النساء حتى تفسد صلوتهم لاحتمال انه رجل انتهى قوله فان قام في صف النساء فاحب الي ان يعيد صلوته لاحتمال انه رجل هذا لفظ محمد رح في الاصل قال جمهور الشراح انما قال باستحباب اعادة الصلوة دون الوجوب والاخذ بالاحتياط في باب العبادات واجب لان السقوط وهو الاداء معلوم والفساد وهو مجاوزة الرجل والمرأة في صلوة مشتركة موهوم فليتوهم اجب له ان يعيد الصلوة انتهى وعزاه في النهاية والكفاية الى المبسوط اقول فيه نظر اذ لا يذهب على ذي فطانة ان كون الفساد موهوما لا يرفع وجوب اعادة الصلوة عند تعذر كون الاخذ بالاحتياط واجبا في باب العبادات كما صرحوا به فان الاحتياط يقتضي الاحتراز عن الموهوم ايضا فالظاهر عندي ما ذكر في الذخيرة ونقله الشراح ههنا حتما وان قوله فاحب الي ان يعيد صلوته فيما اذا كان الخنثى المشكل مراهقا فان الاعادة مستحبة في حقه محلفا واعتيادا واما اذا كان بالغا فالاعادة واجبة لانه ان كان ذكرا كان بصلاته الاعادة وان كان انثى لم يلزم الاعادة فيجب الاعادة احتياطا على ما هو الحكم في باب العبادات قوله ويجلس في صلوته جلوس المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب ما امكن اقول في هذا التعليل كلام وهو انه ان اراد بقوله وهو جائز في الجملة انه جائز بلا عذر فهو ممنوع بل هو مكروه وان اراد به انه جائز بعذر كما صرح به في الكافي حيث قال وهو جائز في الجملة عندنا بعذر وكما صرح به في المبسوط والذخيرة وبين وجه العذر ههنا حيث قال لان الرجل يجلس كذلك عند العذر واشتباه الحال من ابين الاعذار انتهى فهو مسلم لكن يرد عليه حينئذ على قوله وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها ان يقال ارتكاب المكروه ايضا جائز عند العذر واشتباه الحال من ابين الاعذار فالوجه ان في جلوسه جلوس المرأة قال قوله وتباع له امة تخنثه ان كان له مال لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امرأة قال صاحب النهاية هذا التعليل وان كان صحيحا في حق الرجل ولكن هو فاسد في حق المرأة لان الامة لا يباح لها النظر الى موضع العورة من سيدتها مطلقا لانه ذكر في استحباب المبسوط ان للامة ان تنظر الى مولاتها كالاجنبيات فعلم بهذا انه لا تاثير للملك في اباحة النظر الى سيدتها والاولى في التعليل ههنا ما ذكره في المبسوط والذخيرة فقال لانه متى اشتري الولي جارية الخنثى فان يملكها الخنثى ثم ان كان الخنثى ذكرا فقد انظر المملوك الى مالكها وان كان الخنثى انثى فانه نظر الجنس الى الجنس وانه مباح حال العذر فعلم بهذا ان نفس الجارية له على تقدير ان يكون الخنثى انثى باعتبار ان نظر الجنس الى الجنس اخف من نظره الى خلاف الجنس لان يكون للملك تاثير في اباحة نظر المملوكة الى سيدتها الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب العناية هذا نقل اعتراض

ويكره له في حيوته لبس الحرير ويجوز ان تكشف قدام الرجال وقدام النساء وان تجلس بغير محرم من رجل وامرأة أو بيسا فرجل غير محرم من الرجل قدام عن احتمال المحرم وان احرم وقال ابو يوسف لا اعلم في هذا خلافا في الباسانية ان كان ذكرا يكره له لبس المخيط وان كان انثى تركه له وقال محمد يلبس لباس المرأة لان له لبس المخيط وهي امرأة فيما خلف بطلاق او عتاق ان كان اول له لان له ذلك عند ابي حنيفة ومحمد وله ذلك عند ابي يوسف لقصة حتى تستبين امره فتنتفي لان الحنث لا يثبت بالشك وكره قال كل عبد في حرا وقال ان مت فانت حر وله عبيد غيره لا يعتق حتى تستبين امره لما ذكرنا وان قال لفلانين جميعا عتق للمتيقن بالحنث لو صغيرا لانه ليس منهم من ان قال للخنثى انا رجل وانا امرأة عتق قبل قوله اذا كان مستكملا لانه دعوى خلاف قضية الدليل فان لم يكن مستكملا ينتظر ان يقبل قوله لانه اعلم بحاله من غيره وان مات قبل ان يستبين لم يرث لانه لم يتيقن رجل لا امرأة لان حال الاصل غير ثابت بيقين لجواز ان يكون خنثى ولا يحكم بالتعصيب لان الخنثى لا يحكم له بالتعصيب بالشك ولا يحكم بالفرض لاحتمال ان كان ذكرا فالتعصيب وان كان انثى فالفرض وان كان ذكرا واحدا

الا ان يكون نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن فى تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو ان يكون الورثة زوجا واما واختا لاب وهى حنثا وامراة وانى بن لام واختا لاب وام وهى حنثى فعند نا فى الاولى للزوج النصف وللام الثلث والباقى للحنثى وفى الثانية للمراة الربع وللاخرين للام الثلث ولها وللحنثى الباقى فالنصيبان نصف واللّٰه اعلم بالصواب مسائل شتى قال واذا قرئ على الاخرس كتاب وصية فقيل له اتشهد عليك بما فى هذا الكتاب فاومى برأسه اى نعم او كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار فهو جائز ولا يجوز ذلك فى الذى يعقل لسانه وقال الشافعى رح يجوز فى الوجهين لانه اقر بالجواز المأخوذ والمعقول فصل لا فرق بين الاصم والقارئ كما لو حنث والمترجم من الاصم فى حق الكرامة كالصمم بنا رحمهم اللّٰه ان الاشارة انما تعتبر اذا صارت معهودة وذلك فى الاخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارات معلومة قالوا هو بمنزلة الاخرس لان التفريط جاء من قبله حيث اخر الوصية الى هذا الوقت واما الاخرس فلا تفريط منه قال ولا يدى ايماء يعرف به فانه يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيوعه واقراره ويقضى له وعليه ولا يحد ولا يحد له اما الكتابة فلانها من نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا الا ترى ان النبى عليه السلام اذى واجب التبليغ مرة بالعبارة وتارة بالكتابة الى الغائب الحاضر فى حق الغائب العين وهو فى الاخرس اظهر والزم ثم الكتابة تتعلق بها مراتب مستبينين مرسوم وهو بمنزلة النطق فى الغائب الحاضر عند ما تانا وامستبينين غير مرسوم كالكتابة على الجدران لا يجعل ذلك منه بمنزلة عبارة بل الكتابة على الهواء والماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم واما الاشارة فجعلت حجة فى حق الاخرس فى حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد ولا حجة فى حق الاحكام التى هى من حقوق اللّٰه تعالى ولا حاجة الى الحدود لانها تسقط بالشبهات ولعلة كان مصدقا للقاذف فلا يجد للشبهة ولا يجد ايضا بالاشارة فى القذف لا بعد ام القذف صريحا وهو الشرط ثم الفرق بين الحدود والقصاص ان الحق لا يثبت فيه بشبهة الا ترى لو شهد ابا الوصى احرام ازا قرا بالوصى الحرام لا يجب الحد ولو شهدا بالقتل المطلق او اقر مطلق للقتل يجب القصاص حتى لم يوجد لفظ التعمد

ان لم يعلم انه مشكل ان يعلم انه ليس بمشكل حتى يحكم بانه ذكر او انثى بل الحاجة الى قوله نفسه بل يجوز وان لم يعلم انه مشكل ام لا بانى لا يعلم ظهور احدى العلامات ولا عدم ظهوره فح تتحقق الحاجة الى قوله نفسه وهو مسئلة الكتاب هنا وعلى التعليل بقوله لانه اعلم بحاله من غيره فلا غبار فيه والعجب منه انه بعد ان حيث معنى المقام ما تنبى عليه نظره كيف اورد النظر على التعليل دون نفس المسئلة وهى حق بورود ها عليها على مدار فهمه معنى المقام بان يقال لا معنى بهذه المسئلة لانه انما لا يكون مشكلا اذا ظهرت فيه احدى العلامات فبعد ظهورها يحكم بانه ذكر او انثى فلا حاجة الى قوله بعد ذلك فما معنى قول المصنف وان لم يكن مشكلا ينبغى ان يقبل قوله **قوله** الا ان يكون نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا قال فى العناية وهذا استثناء من قوله وهو ميراث الانثى يتيقن به يعنى او جنبا للخنثى ميراثا للانثى للمتيقن وما تجاوزنا عنه الى نصيب الذكر لان المال ما تبدأ لا يجب بالشك الا ان نصيب الخنثى اقل من نصيب الانثى ان قدرناه ذكرا فحينئذ يخطئ نصيب الابن فى تلك الصورة لكونه متيقنا به انتهى اقول فيه نوع اختلال لان تفسيره مراد المصنف بقوله يعنى او جنبا للخنثى ميراثا للانثى للمتيقن الخ يقتضى ان يكون قول المصنف وان لم يكن مشكلا الا ان نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا استثناء من قوله او جنبا المتيقن به فصار اقصر اغلبية كما هو ظاهر والمصرح به فى غاية البيان فتخالف هنا فى قوله فى اول كلامه وهذا استثناء من قوله وهو ميراث الانثى متيقن به تدبر **مسائل شتى** قد كانت عادة المصنفين ان يذكروا فى آخر الكتاب ما ذكر فى الابواب السابقة من المسائل استدراكا للغاية وتيرجمون تلك المسائل بمسائل شتى او بمسائل متفرقة او بمسائل منثورة فعل المصنف هنا ايضا كذلك جريا على عادتهم **قوله** واذا قرئ على الاخرس كتاب وصية فقيل له اتشهد عليك بما فى هذا الكتاب فاومى برأسه اى نعم او كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار فهو جائز قال الشراح وانما قيد بقوله فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار لان ما يجئ من الاخرس ومعتقل اللسان على نوعين احدهما ما يكون ذلك منه دلالة الانكار مثل ان يحرك راسه عرضا والثانى ما يكون ذلك منه دلالة الاقرار بان يحرك راسه طولا اذا كان معهودا منه فى نعم انتهى اقول فيه نظر لانه لما فسر الايماء برأسه فى تقرير المسئلة بقوله اى نعم تعين وصفها فيما جاء منه دلالة الاقرار فلم يبق حاجة فى تقرير جوابها الى قوله فاذا جاء من ذلك يعرف انه اقرار بل كان يكفى قوله جائز كما لا يخفى **قوله** ولان التفريط جاء من قبله حيث اخر الوصية الى هذا الوقت واما الاخرس فلا تفريط منه اقول لا يذهب عليك ان هذا التعليل يقتضى ان لا يجوز اشارة معتقل اللسان ولو امتد اعتلاله لان تاخير الوصية قد جاء من قبله هناك ايضا مع انهم قالوا ان هذا بمنزلة الاخرس فى الحكم كما صرح به المصنف فيما قبل آنفا فتامل صاحب الكافى تفطن له حيث طرح هذا التعليل من البين **قوله** واما الكتابة فلانها من نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا الى آخره اقول فيه شئ وهو ان هذا يدل على بعض المدعى ولا يدل على بعضه الآخر بل يدل على خلافه قال المدعى ان كتاب الاخرس حجة فيما سوى الحدود واذا لا فارق بينه وبين الحدود وهذا الدليل المذكور لا يدل على عدم كونها حجة فى الحدود ايضا اذ كانت مسئلة باقتضاء قوله وهو بمنزلة النطق فى الغائب والحاضر على ما قالوا فانه اذا كان بمنزلة النطق فى حق الحاضر ايضا لم تكن حجة ضرورية فينبغى ان يكون حجة فى الحدود ايضا كما كان النطق فيها حجة ايضا فتامل فى الخلاص **قوله** واما الاشارة فجعلت حجة فى حق الاخرس فى حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد اقول تسائل ان يقول من هذه الاحكام الطلاق على ما صرح به فى موضع المسئلة وهو من حقوق اللّٰه تعالى لان فيه تحريم الفرج وهو حق اللّٰه تعالى وكذا لم يشترط الدعوى فى الشهادة عليه بالاتفاق كما لم يشترط فى الشهادة على عتق الامة ايضا بالاتفاق بناء على ذلك كما صرح به فى المحيط وقد صرح فى الكتاب ايضا فى باب عتق احد العبدين من كتاب العتاق فان قلت ليس الطلاق من حقوق اللّٰه تعالى المفرقة بل فيه حق العبد ايضا لتعلق

وهذا الان القصاص فيه بمعنى العقوبة لانه لما شرع جائزا فجاز ان يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد اما الحدود الخالصة لله تعالى شرعت زواجر لا نها بمعنى العقوبة فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وتكون كتاب الاقرار انه الكتاب من الغائب ليس بحجة في قضاء عند علمائنا وقيل ان يكون الجواب هنا كذلك فيكون فيهما روايتان وعسى ان يكون مفارقا لان ذلك لانه يمكن الوصول الى نطق الغائب في الجملة لقيام اهلية النطق ولا كذلك الاخرس لتعذر الوصول الى النطق للافة الملازمة ودلت المسئلة على ان الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة عند محمد رحمه الله خلافا لهما وجه قولهما ان الاشارة لا تعتبر مع القدرة على الكتابة لانه حجة ضرورية ولا ضرورة لانه جمع فيها بينهما فقال اشار اوكتب وانما استويا لان كل واحد منهما حجة ضرورية في الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الاشارة زيادة لم يوجد في الكتابة انما استويا الى النطق من انا لا نسلم ان ذلك الذي صمت يوما او يومين بعارض بين في المعتقل لسانه ان الة النطق قائمة وقيل هذا تفسير متصل الاستثناء

حق الزوجين لان يكون مدار قول المصنف ولانها من حقوق على العباد ذلك قلت مجرد تحقق العبد في شئ لا يكفي في كون اشارة الاخرس حجة فيه الا يرى ان اشارة لا تكون حجة في حد القذف مع ان فيه وقع العار عن المقذوف كما ان حق الله تعالى بل لابد في كون اشارته حجة من ان يكون الحكم في حقوق العباد فقط او مما غلب فيه حق العبد على حقوق الله تعالى كالقصاص لا مما غلب فيه حق الله تعالى على حق العبد كحد القذف عندنا على موضعه وكون الطلاق مما غلب فيه حق العبد على حق الله تعالى فهو ممنوع كيف ولو كان كذلك لما قبلت الشهادة عليه بدون الدعوى فان الدعوى شرط في قبول الشهادة في حقوق العباد حتى ان مطالبة القذف شرط في ثبوت حد القذف وان كان لله تعالى فيه حق الله تعالى عندنا ولهذا لا يسع عفو المقذوف ولا يجوز الاعتياض عنه ولا يجوز ان الارث فيه عندنا كما مر في الحدود فما ظنك بعدم اشتراط الدعوى في ثبوت الطلاق لو كان حق العبد فيه غالبا على حق الله تعالى تفكر قوله

عند لان القصاص فيه بمعنى العقوبة لانه لما شرع جائزا فجاز ان يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد اما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر ليس فيها معنى العقوبة فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة اقول فيه بحث اما اولا فلان ما ذكره ههنا من جواز ثبوت القصاص مع الشبهة خلافا للصريح فيما مر في عدة مواضع منها كتاب الكفالة فانه قال فيه ولا يجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند ابي حنيفة رح لان معنى الكرامة على الخطر فلا تجب فيه الاسباق ومنها كتاب الشهادات فانه قال فيه ولا تقبل في الحدود والقصاص شهادة النساء لان فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ثم قال فيه في باب الشهادة على الشهادة جائزة عندنا في كل حق يسقط بالشبهة ولا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص ومنها كتاب الوكالة فانه قال فيه وتحول الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق وكذا بالقبض واستيفائها الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة قال في غيبته ومنها كتاب الدعوى فانه قال فيه في باب اليمين ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف او يقر وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح يلزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة فلا يثبت به القصاص ويثبت به المال ومنها كتاب الجنايات فانه صرح فيه في مواضع كثيرة منه بعدم ثبوت القصاص بالشبهة بل جعلها اصلا موثرا في ثبوت القصاص وفرع عليه كثيرا من مسائل سقوط القصاص بتحقق نوع من الشبهة في كل واحد منها كما لا يخفى على الناظر في تمام ذلك الكتاب واما ثانيا فلان قيد الخالصة في قوله لما الحدود الخالصة لله تعالى فثبوت زواجر مستدرك بل مخل هناك فان حد القذف غير خالص لله تعالى بل فيه حق الله تعالى وحق العبد كما صرحوا به مع انه ايضا زواجر لا يثبت بالشبهات ولا يكون اشارة الاخرس حجة فيه ايضا كما صرح به فيما سيأتي فالاتيم التقريب بالنظر اليه على التقييد المزبور قوله ودلت المسئلة على ان الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة لانه جمع بينهما فقال اشار اوكتب قال صاحب العناية ولنا في دعوة الجمع بينهما نظر لانه قال في جامع الصغير واذا كان الاخرس يكتب او يومي وكلمة او لاحد الشيئين لا الجمع على انا نقول قال في الاصل وان كان الاخرس لا يكتب وكانت له اشارة تعرف في نكاحه وطلاقه وشرائه وبيعه فهو جائز فيجاب ان اشارة رواية الاصل ان الاشارة من الاخرس لا يعتبر مع القدرة على الكتابة لانه بين حكم اشارة الاخرس بشرط ان يكتب فافهم الى هنا لفظه اقول نظره ساقط جدا اذ ليس مراد المصنف رح بالجمع بينهما في كل مادة من مواد اعلام الاخرس مراده بل الجمع بينهما في جواز اعلام الاخرس من مراده بايهما واحد منهما ولا شك في كلمة او دلالة او على هذا المعنى لانها احد الامرين لا بالتعيين فاذا اتى الاخرس بايهما واحد منهما على انفراده تحقق الاتيان باحد الامرين ويجوز ذلك بحسب الشرع اي تقبل ويعمل بموجب قول محمد رح في جواز هذه المسئلة فهو جائز واما حديثه الذي ذكره بقوله على انا نقول الخ فليست بشئ ايضا لان مراد المصنف رح دلالة مسئلة الجامع الصغير على استواء الاشارة

قال واذا كان الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها وان كانت الميتة اكثر او كانا نصفين لم يؤكل هذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار اما في حالة الضرورة يحل التناول في جميع ذلك لان الميتة تحل له في حالة الضرورة التي تحتمل ان تكون ذبيحة اولى تحريا لانه طريق يوصله الى اليقين في الجملة فلا يتركه من غير ضرورة لشافعي رحمه الله لا يجوز الاكل في حالة الاختيار وان كانت المذبوحة اكثر لان التحري دليل ضروري فلا يصار اليه من غير ضرورة ولنا ان الحالة حالة الاختيار ولنا ان الغلبة تنزل منزلة العين في افادة الاباحة الا ترى ان اسواق المسلمين لا تخلو عن الحرام والمغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الغالب وهذا لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع عنه فسقط اعتباره كقليل النجاسة وقليل الاكتساب بخلاف ما اذا كانا نصفين او كانت الميتة اغلب لقوة فيه والله اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

تتمة

والكتابة من الاخرس ومعنى قوله لانه جمع ههنا بينهما انه جمع في الجامع الصغير بكلمة كما صرح به المذكور حيث قال في شرح قوله لانه جمع ههنا بينهما اى جمع في الجامع الصغير بين الاشارة والكتابة ولا ريب ان هذا انما في اشارة مسئلة الاصل اشارة الاخرس لا تعتبر مع القدرة على الكتابة غاية الامر ان يكون في المسئلة روايتان ومثل ذلك كثير فان قلت فعلى هذا يكون تتميم قول المصنف بخلافه بعض اصحابنا انه لا تعتبر الاشارة اليسيرة مع القدرة على الكتابة فان ما ذهب اليه ذلك البعض من اصحابنا يكون حينئذ مبنيا على رواية الاصل فما معنى توهم السيرة بالنظر الى الدراية دون الرواية قلت قوله واذا كان الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها وكل وان كانت الميتة اكثر او كانا نصفين لم يؤكل قال في العناية اخذا من النهاية وطولب بالفرق بين هذا وبين الثياب فانه لو اشتبه ثوب المسافر اذا كان معه ثوبان احدهما نجس والآخر طاهر ولا ماء وليس معه ثوب غيرهما فانه يتحرى ويصلي في الذي يقع تحريه انه طاهر فقد تجوز التحري هناك فيما اذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين وفي الذكية لم تجز واجيب بان وجه الفرق هو ان حكم الثياب اخف من غيرها لان الثياب لو كانت كلها نجسة ان يصلي في بعضها ثم لا يعيد صلوته لانه مضطر صلوة فيها بخلاف ما نحن فيه من غنم ويوشك ان الرجل اذا لم يكن معه الا ثوب فان كان ثلثة ارباعه نجسا وربعه طاهرا يصلي فيه ولا يصلي عريانا بالاجماع جازت صلوته فيه وهو نجس متعين فلا يجوز بالتحري حالة الاشتباه انتهى اقول لا شبهة شئ ولا جواب عندي اما الاول فلان تجويز التحري فيما اذا كان النجس والطاهر نصفين انما هو في حالة الاضطرار ان لا يكون معه ثوب غيرهما كما صرحوا به وعدم تجويزه فيما اذا كانت الميتة والذكية نصفين انما هو في الاختيار كما صرحوا به في شرح الجامع الصغير وصرح به المصنف ههنا بقوله وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار اما في حالة الضرورة يحل له التناول جميع ذلك فبهذه المقابلة بالفرق بين المسئلتين ظهر اختلاف حكمي حالتي الاختيار والاضطرار قطعا واما ما ذكر فيه لا يقتضي كون حكم الثياب اخف من حكم ان جواز الصلوة في بعض الثياب عند كون كلها نجسة وعدم لزوم الثياب اذ ذاك انما هو في حالة الاضطرار كما افصح عنه المجيب بقوله لانه مضطر الى الصلوة فيها وكون ما نحن فيه من الغنم بخلاف ذلك انما هو في حالة الاختيار كما تحققته فمن اين ثبت كون حكم الثياب يكون ملائما لتجويز ما نحن فيه حتى يصح ان يجعل مدار الفرق بين تينك المسئلتين هذا

آخر ما تيسر لنا من شرح الهداية بتوفيق من له العلي وهدايته الفقه مع توزع الخواطر وتشتت البال من تراكم الهموم وكثرة البلبال وسميته تائج الافكار في كشف الرموز والاسرار لاشتماله على ثلثة آلاف من الآلات التي لم يستغن اليها احد من الثقات ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء والله ذو الفضل العظيم

الحمد والمنة ولله الكبرياء ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار ربنا فاغفر لنا ذنوبنا وكفر عنا سيئاتنا وتوفنا مع الابرار

الحمد لله على ما انعم بنهاية الكاملة وموفقاته الوافية وحمايته الكافية وعلى ما انعم علينا بنعمه السابغة ورحمته البالغة اما بعد فصلى وسلم على رسوله الذي هو اول الانبياء وآخرهم وبه ختم النبوة وابتدأ الابداء وجدنا ما قال بعض ملك البلغاء في شأنه الجليل ومحامده النبيل التي لا يمكن ان يكون فيه شريك او شركاء لعظم بدء وبابدي المشيمين سره للاجابة الابداء والايداء وقد خصه الباري باوصاف على لم يعطها الاحداث والقدماء وعلى آله النجباء الكرماء واصحابه الفتهاء العظماء وبعد فيقول عبده الاوار محمد اعظم حسين الصديقي الخيرابادي لازال مشمولا بفضل الله الكريم من البلاء والبلاء دار زرقة شفاعة نبيه خير الشفعاء وادخلني زمرة عباده الصلحاء لما وجدت هذا الشرح جليل الشان فاتح ابواب المنفعة جلي البرهان حاويا لمسائل الدين المتين ماحيا لمصنفات الفقهاء المتقدمين متمسكا ومستند اللعلماء المتاخرين واحسنها نظما ونسقا واجمعها تنقادا وتفقا طاريه في الاقطار كالامطار مشتهرا بين شروح الهداية غاية الاشتهار كالشمس في نصف النهار الذي جمع فيها مصنفه العلام امام العلماء سيد فقهاء الكرام قدوة المفسرين سلطان المحدثين شيخ الاسلام كمال الملة والدين المعروف بابن الهمام المتوفى سنة ٨٦١ احدى وستين وثمان مائة روح الله روحه ونور ضريحه واعلى درجته في دار السلام مسائل الفقه الحنفية مجيبا لايرادات العلماء الشافعية والمالكية والحنبلية وبذل جهده البليغ في تخريج الاحاديث الشريفة وتحقيقاته الانيقة وتطبيقاتها على طرق هذه الملة النامية وتصحيحها باسناد صحيحة ورواة ثقات عدول كلهم عن الخلل والاضطراب خالية لاسيما بكتبه الحجوبة المطلوبة للعلماء والاخيار الشهيرة بنتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار للفاضل المقدام والحبر الهمام زين الدين الافندي عسكر اروم مفتيه المتوفى سنة تسعمائة وثلاث عشر بكمل لهذا الشرح من كتاب الوكالة الى آخر الكتاب جامعة للادلة النقلية والتعليلية المشتملة على الف ايرادات على شرح الهداية التي لم يسبق لها سبق مصنفها احد من الثقات لما بها من البسط والمباحث العلية وبيان مذاهب الائمة المجتهدين غاية التحقيق وشموس افاضته عالية على البشار والنظار في طلبه احيا الى الله بالصباح والمساء والمتشوقون الى لقائه متمنيا بغاية التمنا بحيث من تيسر له جزء امنه فكانه اعطى درايتها ومن وجد منه الكل فكانما ازف فوزا عظيما فلما روت ان اكسير يكبوة الانطباع والاعلان واتيه من وجوه متحدرا ته لتقاب الفقدان فشوقت الى طبعه ملك التجار ذو الفضل والافتخار منار اسعد الرعاية وغرائم المتعالية بين اعيان الزمان في الامصار سني المراتب والمناقب كثير الجود والمواهب المنشي نول كشور مالكا للمطبعة الجليلة الشهيرة باوده اخبار لازال ممتازا بين مطابع الدهور بالمجد والاعتبار فتلقى كلامي بالقبول وعزم بانجاح المرام والايصال الى ما هو المسؤل وامرني بتفحص نسخة الصحاح عن العلماء الكبار فتوجهت الى تجسسها ووصلت الى المطلوب بعد الجد والطلب البليغ بعناية الله العزيز الغفار ووجدت اربع نسخ كاملة مقروة على العلماء الاخيار منها نسخة صحيحة كاملة مملوكة لحضرة استاذي العلام استاذ علماء الانام مستند فضلاء الكرام البحر الذاخر في المعقول والمنقول معدن ميزان الفروع والاصول بالغرة الجبهة الاجق مولانا وموسى الانام محمد عبد الحق لازال بافضاله ملاذا لعلماء الدهر ومناصا لفضلاء العصر ومنها نسخة صحيحة غاية التصحيح عديم النظير في حسن خطه وكتابته مقروة على الامام الهمام سلطان العلماء قدوة المجتهدين نقبة الفقهاء والمحدثين منبع اغصان الفروع والاصول كاشف رموز المعقول والمنقول بحر العلوم امام العلماء مولانا ابو العياش عبد العلي محمد نعمة الله بغفرانه واسكنه بغبطة جنانه مملوكة الاعلم علماء الزمان افضل فضلاء الدوران وحيد عصره فريد دهره الحافظ الحجاج مولانا ابو الاحياء محمد نعيم لازال مقرونا بعناية الله الكريم ومنها نسخة تامة صحيحة مقروة على الفاضل المتعالي الخبير المؤيد بلطف التلطين المولى محمد مبين اعلى الله درجته في اعلى عليين ومنها نسخة تكملة الصحيحة التامة المملوكة لاعلم العلماء استاذ الفضلاء كامل الكرام اصاحب الدراية المؤيد بتائيد الصمد مولانا المفتي الحافظ الحجاج المولوي محمد سعد الله اجرى الله تعالى معاليه على صفائح الايام وربط اطناب فضله باوتاد الدوام ومنها نسخة مملوكة الجناب الفاضل الاديب ذي المجد والمفاخر المولوي محمد عبد العزيز خان بهادر صدر الصدور والساعي لازال مقرونا بعناية الله العزيز القادر وان لم تتفق الاستفادة من هذه النسخ الاربع الصحاح المنور للابصار وبتعسيرها اشرع في كتابته وفوض الى رب الفتح والمنح ومعطي الجود والسماح واتممته صحيحة بمقابلة النسخ المقروة ارجو الاجر والاستفتاح لاغاية التحصيل بجميعه الفاضل الاديب الكامل الاريب وحيد الدوران صاحب التصنيف والتاليف ابو سليمان ظهير الدين احمد المعروف بمولوي محمد اشرف علي اللكنوي ايده الله بلطفه الخفي والجلي فالحمد لله على اختامه واشكره على حسن اتمامه وبشرى للطالبين بطلوع كوكبه عن افق الجلال وطلوع صبح افضاله عن سماء الكمال عم نوره الابصار والبصائر وزاد الله في البصيرة والضمائر وكتب قواما في مصر لكهنؤ في شهر شوال المكرم سنة ١٢٩٢ الف ومائتين واثنين وتسعين من السنين الهجرية على هاجرها الف الف سلام وتحية المطابق لشهر نومبر سنة ١٨٧٥ خمس وسبعين من الف وثمان مائة من السنين المسيحية على صاحبها الصلوة وعلى نبينا اشرف البرية تمت